

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 29.08.2003
EMENTÁRIO Nº 2 1 2 1 - 13

Supremo Tribunal Federal

12.09.2001

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.972-7 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO

IMPETRANTE: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA

ADVOGADO: AFFONSO HENRIQUES PRATES CORREIA

IMPETRADO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

IMPETRADO: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

LITISCONSORTE PASSIVO: PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA

ADVOGADOS: CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS E OUTROS

LITISCONSORTE PASSIVO: JOSÉ RICARDO PORTO

ADVOGADO: JOSÉ RICARDO PORTO

LITISCONSORTE PASSIVO: FRANCISCO REGIS FROTA ARAÚJO

ADVOGADO: FRANCISCO REGIS FROTA ARAUJO

LITISCONSORTE PASSIVO: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADVOGADO: MARCELO MELLO MARTINS

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA: ATO COMPLEXO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA DA IMPETRANTE: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. DECADÊNCIA. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL: COMPOSIÇÃO. QUINTO CONSTITUCIONAL: NÚMERO PAR DE JUÍZES. C.F., art. 94 e art. 107, I. LOMAN, Lei. Compl. 35/79, art. 100, § 2º.

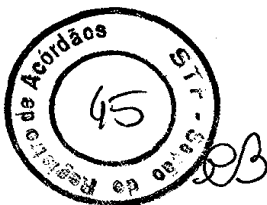
I. - Nomeação de Juiz do quinto constitucional: ato complexo de cuja formação participam o Tribunal e o Presidente da República: competência originária do Supremo Tribunal Federal.

II. - Legitimidade da impetrante, a Associação Nacional dos Procuradores da República, entidade de classe legalmente constituída e em funcionamento há mais de ano, para a impetração coletiva em defesa de interesse de seus membros ou associados, os Procuradores da República (C.F., art. 5º, LXX, b).

III. - Inocorrência de decadência do direito à impetração, tendo em vista que o ato de nomeação de Juiz do T.R.F. é ato complexo, que somente se completa com o decreto do Presidente da República que, acolhendo a lista triplíce, nomeia o magistrado. A partir daí é que começa a correr o prazo do art. 18 da Lei 1.533/51.

IV. - A norma do § 2º do art. 100 da LOMAN, Lei Compl. 35/79, é aplicável quando, ocorrendo vaga a ser preenchida pelo quinto constitucional, uma das classes se acha em inferioridade na composição do Tribunal. No preenchimento, então, dessa vaga, inverter-se-á a situação: a classe que se achava em inferioridade passa a ter situação de superioridade, atendendo-se, destarte, ao princípio constitucional da paridade entre as duas classes, Ministério Público e advocacia. Precedente do STF: MS 20.597-DF, Octavio Gallotti, Plenário, RTJ 120/75.

V. - Mandado de Segurança indeferido.

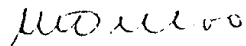


MS 23.972-7 DF*Supremo Tribunal Federal*A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar as preliminares de incompetência, de ilegitimidade, de decadência e de inépcia da inicial, e, por maioria, vencido o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, indeferir a segurança e cassar a medida liminar anteriormente concedida. Falaram, pelo litisconsorte passivo, Paulo de Tasso Benevides Gadelha, o Dr. Carlos Eduardo Caputo Bastos, e, pelo Ministério Público Federal, o Professor Geraldo Brindeiro, Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, porque em representação do Tribunal, o Senhor Ministro Moreira Alves.

Brasília, 12 de setembro de 2001.

MARCO AURÉLIO - PRESIDENTE



CARLOS VELLOSO - RELATOR

/cd
/ifa

Supremo Tribunal Federal

12/09/2001

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.972-7 DISTRITO FEDERAL**RELATOR: MIN. CARLOS VELLOSO**

IMPETRANTE: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA

ADVOGADO: AFFONSO HENRIQUES PRATES CORREIA

IMPETRADO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

IMPETRADO: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

LITISCONSORTE PASSIVO: PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA

ADVOGADOS: CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS E OUTROS

LITISCONSORTE PASSIVO: JOSÉ RICARDO PORTO

ADVOGADO: JOSÉ RICARDO PORTO

LITISCONSORTE PASSIVO: FRANCISCO REGIS FROTA ARAÚJO

ADVOGADO: FRANCISCO REGIS FROTA ARAUJO

LITISCONSORTE PASSIVO: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO
BRASIL

ADVOGADO: MARCELO MELLO MARTINS

R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: - Trata-se de **mandado de segurança coletivo**, com caráter preventivo, com pedido de liminar, impetrado pela **ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA**, em **25.5.2001**, contra ato a ser praticado, *àquela época*, pelo Senhor Presidente da República, consistente na nomeação de "qualquer membro da lista tríplice organizada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, integrada por ilustres representantes da classe dos advogados" (fls. 02/03). Na inicial indica-se como impetrado, também, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Sustenta a impetrante, **preliminarmente**, o seguinte:

a) **competência do Supremo Tribunal Federal**, nos termos do art. 102, I, **d**, da Constituição Federal, dado que a impetração visa a que o Sr. Presidente da República se abstenha de nomear qualquer membro da citada lista tríplice;



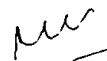
*Supremo Tribunal Federal*MS 23.972-7 DF

b) **legitimidade ativa**, uma vez que se impetra o presente **writ** com fundamento no art. 5º, LXX, **b**, da C.F., sendo certo que a Associação Nacional dos Procuradores da República é associação de classe legalmente constituída e em funcionamento há mais de um ano, em defesa do direito de seus associados, membros do Ministério Público Federal, a quem pertenceria a vaga do quinto constitucional ora em apreço;

c) **legitimidade passiva**, porquanto a autoridade para proceder à nomeação dos membros dos Tribunais Regionais Federais é o Presidente da República, conforme art. 107 da Lei Maior, sendo relevante a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no MS 21.632-DF (R.T.J. 152/493).

No **mérito**, diz a impetrante, em síntese, ser "absolutamente irrelevante" (fl. 05) a ordem em que são mencionadas as classes da advocacia e do Ministério Público Federal no art. 107, I, da Constituição Federal, até porque essa ordem é distinta no art. 94 da mesma Carta, sendo certo que a única norma juridicamente válida, para o deslinde da questão, seria a contida no art. 100, § 2º, da Lei Orgânica da Magistratura. Assim, a única opção jurídica válida seria a da alternância, consoante asseverou o Juiz Ridalvo Costa e, no caso, como a última vaga preenchida no quinto constitucional, fora ocupada pela Juíza Margarida Cantarelli, da classe dos advogados, a vaga criada pela Lei 9.967/2000, que estabeleceu número ímpar de componentes daquele quinto, somente poderia ser ocupada por membro do Ministério Público Federal.

Pede a impetrante, ao final, o deferimento do **writ** para que "impeça o Excelentíssimo Senhor Presidente da República de nomear, para a vaga criada pela Lei 9.967, de 10 de maio de 2000,



*Supremo Tribunal Federal***MS 23.972-7 DF**

qualquer integrante da classe dos advogados, por ser ela reservada ao Ministério Público Federal" (fl. 07).

Em 30.5.2001, o eminente Ministro Marco Aurélio, então Relator, **deferiu a liminar** (fls. 44/46) "para, já havendo ocorrido a nomeação, impedir a posse e o exercício do nomeado", determinando, ainda, a solicitação de informações e a citação dos litisconsortes passivos.

Às fls. 52/83 e 85/94, **PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA**, ora litisconsorte passivo, formulou **pedido de reconsideração da decisão deferitória** da liminar que **sustou a posse e exercício**, no cargo de Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª Região na vaga criada pela Lei 9.967/2000, tendo em vista que o Sr. Presidente da República, em 23.5.2001 (D.O. de 24 subsequente, fl. 83), já o nomeara para aquele cargo. Nesse pedido, sustentou, **preliminarmente**, em síntese, o seguinte:

a) **incompetência do Supremo Tribunal Federal** para apreciar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outro tribunal; assim, se a referida impetração visa a atacar decisão do T.R.F. da 5ª Região, quando deliberou destinar à classe dos advogados a vaga criada pela Lei 9.967/2000, é competente aquela Corte Regional para apreciar o presente feito, nos termos do art. 21, VI, da LOMAN;

b) **ausência de pressuposto de procedibilidade**, dado que a impetração encontra o obstáculo contido na Súmula 267-S.T.F.;

c) **ocorrência de decadência**, uma vez que se impetrou o **writ** em caráter preventivo, vale dizer, quando ainda não havia ato praticado pelo Presidente da República e sim pelo T.R.F. da 5ª



*Supremo Tribunal Federal***MS 23.972-7 DF**

Região quando decidiu em sede administrativa, o que faz incidir o prazo decadencial peremptório previsto no art. 18 da Lei 1.533/51.

No mérito, diz o litisconsorte PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA:

a) **existência de errônea premissa da inicial e da decisão ora impugnada**, vale dizer, de que seria ímpar o número de vagas destinado ao quinto constitucional no T.R.F. da 5ª Região, mormente porque, antes do advento da Lei 9.967/2000, não havia superioridade numérica de uma ou outra classe, dado que integravam aquela Corte dois representantes do quinto constitucional (um ex-Procurador da República e um ex-advogado), certo que, quando da edição daquela lei, que criou mais uma vaga para o quinto (elevando para três), acertadamente aquele Regional entendeu *"que, em princípio, a nova vaga tanto poderia ser destinada para representante da advocacia como do Ministério Público"* (fl. 90); ademais, consoante ressaltou o Min. Octavio Gallotti no voto proferido no MS 20.597-DF, a regra de alternância tem aplicação *"quando uma das classes se acha em inferioridade na composição do tribunal, sempre que suceda uma vaga, há que inverter imediatamente a situação"* para atender ao princípio legal. Em síntese, *"só há falar em observância do critério de alternância quando - antes do preenchimento da vaga nova - fosse ímpar o número de vagas destinado ao quinto constitucional"* (fl. 93);

b) **ocorrência de prejuízo irreparável**, tendo em vista que o litisconsorte ultrapassou todo o processo de escolha para a vaga *"que, além de penoso, foi legitimado por todas as instâncias que participaram do ato de sua indicação e nomeação"* (fl. 93);

c) **ofensa ao interesse público** se mantida a liminar, visto que o T.R.F. da 5ª Região ficará desfalcado de um juiz, com uma



MS 23.972-7 DF

Supremo Tribunal Federal

turma funcionando com dois juizes, havendo necessidade de se convocar outro magistrado para proferir voto de desempate.

À fl. 95-v, determinei que se cumprisse a solicitação de informações às autoridades impetradas, bem como a citação dos litisconsortes passivos mediante ofício.

O eminente Presidente do T.R.F. da 5ª Região, Dr. Geraldo Apoliano, prestou informações (fls. 109/130), salientando que referida Corte decidiu que a vaga em tela seria da advocacia, em atenção ao disposto nos arts. 107, I, da Constituição Federal e 100, § 2º, da LOMAN, sendo certo que essa decisão, até aquela data, não fora impugnada em juízo ou fora dele.

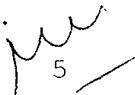
Às fls. 133/138, o litisconsorte passivo **PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA**, em aditamento, salienta o seguinte:

a) preliminar de decadência;

b) ausência de direito líquido e certo, pelo fato de a pretensão da impetrante não se pautar na lei, mas em sua hipotética interpretação;

c) validade da composição da lista tríplice, principalmente pelo fato de que a decisão soberana do Plenário do T.R.F./5ª Região, quando destinou a vaga para o representante da advocacia, jamais fora impugnada pela impetrante;

d) entendimento proferido no MS 22.323-SP, por mim relatado, no sentido de que "desde quando, no TFR, fizemos a primeira lista, vem em primeiro lugar o advogado, em segundo o membro do Ministério Público, por causa da ordem constitucional (inc. I do art. 107)" (fl. 137).


5

*Supremo Tribunal Federal*MS 23.972-7 DF

Os **litisconsortes passivos**, advogados, Drs. **FRANCISCO REGIS FROTA ARAUJO** e **JOSÉ RICARDO PORTO**, às fls. 140/141 e 143/146, pedem a **reconsideração da decisão concessiva da liminar**, bem como a **denegação da segurança**.

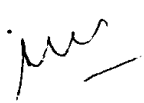
O Excelentíssimo Senhor **Presidente da República**, reportando-se a pronunciamentos da Advocacia-Geral da União, **prestou informações** (fls. 148/162), quando salienta a **legalidade da nomeação** e, de consequência, a **improcedência do pedido**.

Às fls. 164/175, o **litisconsorte passivo**, **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**, em **contestação**, argúi as seguintes **preliminares**:

a) **ilegitimidade ativa**, porquanto se cabia ao Colégio de Procuradores da República formular a lista sêxtupla (art. 53 da L.C. 75/93), e não à Ordem dos Advogados do Brasil, competeria, então, ao próprio Ministério Público, por meio de seu representante, o Procurador-Geral da República, impugnar a decisão do T.R.F. da 5ª Região, sendo ainda certo que sequer o Estatuto da associação autora admite a pretensão aqui deduzida;

b) **inépcia da inicial**, tendo em vista que o **pedido liminar** — de impedir a posse, caso ocorrida a nomeação — é mais amplo do que o **pedido final**, vale dizer, de impedir a nomeação, o que demonstra incongruência e leva à inépcia da inicial, nos termos do art. 295, parágrafo único, do C.P.C., inépcia essa que se exacerba, visto que não houve indicação do valor da causa;

c) **ocorrência de decadência**, porque "há quase um ano definiu o TRF da 5ª Região que a vaga cabia à OAB" (fl. 170).



*Supremo Tribunal Federal***MS 23.972-7 DF**

No mérito, pede o CONSELHO FEDERAL DA OAB a denegação da ordem, mormente porque "não há direito prescrevendo que a vaga ímpar recém criada seja da classe dos advogados ou dos membros do Ministério Público. Ao Tribunal onde surgiu a vaga caberá a decisão" (fl. 173).

Em 07.6.2001, **MARCOS ANTÔNIO RODRIGUES ARAGÃO**, advogado, com fundamento no art. 56 do C.P.C., oferece **oposição de terceiro** (autos em apenso).

Em 28.6.2001, **indeferi** a **oposição** acima mencionada, bem como o **pedido de reconsideração** da decisão que concedeu a medida liminar. Determinei, ainda, vista ao Ministério Público Federal.

O ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Flávio Giron, em parecer aprovado pelo eminente Vice-Procurador-Geral da República Substituto, Dr. Paulo da Rocha Campos, opina pela denegação do **writ**.

À fl. 214-v, determinei que fosse trasladada para os autos da oposição a decisão de fls. 178/181, bem como a juntada àqueles autos do **agravo regimental** interposto pelo **opoente** (fls. 55/59), tendo sido negado provimento ao mencionado agravo pelo Plenário.

Autos conclusos em 22.8.2001. Nesta data, 31.8.2001, estou remetendo estes autos à pauta.

É o relatório.



*Supremo Tribunal Federal*MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.972-7 DISTRITO FEDERALV O T O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): Examino as **preliminares** argüidas.

A **competência do Supremo Tribunal Federal**, no caso, é de íntegra procedência. É que está sendo atacado ato complexo, de cuja formação participam o Tribunal Regional Federal, que elabora a lista tríplice, e o Presidente da República, que expede o ato de nomeação, apontado na inicial como autoridade coatora, o que estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento do mandado de segurança. A jurisprudência da Corte Suprema, em casos tais, é pacífica. Menciono, **inter plures**, MS 20.597-DF, Relator o Ministro Octavio Gallotti (RTJ 120/75) e MS 21.632-DF, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence (RTJ 152/493).

Improcede, também, a **preliminar de ilegitimidade ativa** da impetrante, a Associação Nacional dos Procuradores da República, entidade de classe legalmente constituída e em funcionamento há mais de ano, certo que a segurança é impetrada com fundamento no art. 5º, LXX, **b**. É dizer, trata-se de mandado de segurança coletivo impetrado pela entidade de classe em defesa de interesse de seus membros ou associados. Bem registra o Ministério Público Federal, no seu



MS. 23.972-7 DF*Supremo Tribunal Federal*

parecer, é direito da classe dos membros do Ministério Público Federal integrar os Tribunais Regionais Federais (C.F., art. 107, I).

A preliminar de decadência do direito à impetração improcede, tendo em vista que o ato de nomeação de Juiz do T.R.F. é ato complexo, que somente se completa com o decreto do Presidente da República que, acolhendo a lista tríplice, nomeia o magistrado. A partir daí é que começa a correr o prazo do art. 18 da Lei 1.533/51. Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS 22.323-SP, por mim relatado ("DJ" de 19.6.96). No mesmo sentido, conforme revelado no parecer da Procuradoria-Geral da República, os MMSS 21.103-RJ e 21.814-RJ, relatados pelos Ministros Ilmar Galvão e Néri da Silveira.

Esclareça-se que a impetração teve caráter preventivo, a fim de impedir a nomeação, ou, caso "ocorra a nomeação, antes do exame do pedido de liminar, (...) seja a liminar impeditiva da posse e exercício...". O ato do Sr. Presidente da República, que nomeou o litisconsorte passivo, Sr. Paulo de Tasso Benevides Gadelha, é de 23.5.2001, publicado no "DO" de 24.5.2001. A segurança foi distribuída, nesta Corte, em 25.5.2001. 

MS 23.972-7 DF*Supremo Tribunal Federal*

Improcede, de outro lado, a **preliminar de inépcia da inicial**. Com propriedade, opina, no ponto, a Procuradoria-Geral da República:

"(...)

Por seu turno, a apontada inépcia da petição inicial absolutamente não ocorre. É que os pedidos principal e liminar, a despeito da maior amplitude desse último, não são incompatíveis entre si. E o fato de o julgamento da ação já encontrar escolhido o ocupante da vaga aberta no Tribunal Regional Federal não inibe o Excelso Pretório de, sem ultrapassar as balizas do pedido, anular, por ilegal, o ato complexo concretizado com a nomeação. Em outros termos, a anulação do ato de autoridade porventura praticado no curso do processo compreende-se no pedido; está de acordo com o fato e o direito expostos pela impetrante. A toda a evidência, de perda do objeto não se trata. Finalmente, a não-atribuição de valor à causa, conquanto em foco requisito obrigatório (artigo 6º da Lei nº 1.533, de 31-12-1951 c/c artigos 282, inciso V, e 283 do Código de Processo Civil), não possui o poder de, sem que intimado o impetrante, determinar a extinção do processo sem julgamento do mérito (artigo 284, C.P.C.).

(...)". (fl. 193)

Examino o **mérito** da questão.

Dispõe a Constituição Federal, no que concerne ao quinto constitucional, nos Tribunais Regionais Federais:

"Art. 107. Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juizes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente



MS 23.972-7 DF

Supremo Tribunal Federal

da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo:

I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira;"

Estabelece, a seu turno, o art. 94 e seu parág. único da Constituição Federal:

"Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação."

Pelos dispositivos constitucionais acima transcritos, art. 107, I, art. 94 e seu parág. único, verifica-se que a Constituição consagrou o princípio de que um quinto da composição dos Tribunais Regionais Federais será de advogados e de membros do Ministério Público. Noutras palavras, conforme salientei no voto que proferi por ocasião do julgamento do MS 22.323-SP, não pode a composição de qualquer Tribunal Regional ter menos de um quinto de juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público.

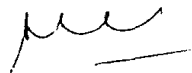
MS 23.972-7 DF*Supremo Tribunal Federal*

No caso, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com sede em Recife, Pernambuco, era composto de 10 (dez) juizes, dois deles oriundos da advocacia e do Ministério Público. A Lei 9.967, de 10.5.2000, aumentou o número dos juizes daquela Corte, de dez para quinze, pelo que criou mais uma vaga para o quinto constitucional.

É dizer, a referida Lei 9.967, de 10.5.2000, encontrou o T.R.F./5ª Região composto de 10 (dez) juizes, sendo dois do quinto constitucional. Originariamente, foram nomeados, para essas vagas, os Drs. Nereu Santos (Ministério Público) e o Dr. Francisco Falcão (advogado). O Dr. Francisco Falcão ascendeu ao Superior Tribunal de Justiça. A vaga foi preenchida, então, pela Dra. Margarida Cantarelli, anteriormente, entretanto, à citada Lei 9.967, de 10.5.2000.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em 14.6.2000, decidiu que a vaga criada pela Lei 9.967/2000, seria destinada à advocacia. Posteriormente, em 09.5.2001, formou lista tríplice, tendo em vista lista sêxtupla que lhe foi encaminhada pelo Conselho Federal da O.A.B., na qual foi incluído o litisconsorte passivo, Sr. Gadelha, que veio a ser nomeado.

O Tribunal entendeu que a vaga criada pela Lei 9.967/2000, para o quinto constitucional, deveria ser destinada, por primeiro,



MS 23.972-7 DF

Supremo Tribunal Federal

aos advogados, com base no voto do Juiz Ridalvo Costa, ao argumento de que o art. 107, I, da Constituição, menciona, em primeiro lugar, a classe dos advogados. Este foi, então, o critério adotado pelo Tribunal.

Sustenta a impetrante, entretanto, que a citada vaga deveria ser ocupada por membro do Ministério Público Federal, tendo em linha de conta a última nomeação ocorrida no T.R.F./5ª Região, da Juíza Margarida Cantarelli, oriunda da classe dos advogados. O argumento da impetrante funda-se no art. 100, § 2º, da LOMAN, Lei Complementar nº 35, de 1979, que dispõe:

"Art. 100. Na composição de qualquer Tribunal, um quinto dos lugares será preenchido por advogados, em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos, de prática forense.

(...)

§ 2º Nos Tribunais em que for ímpar o número de vagas destinadas ao quinto constitucional, uma delas será, alternada e sucessivamente, preenchida por advogado e por membro do Ministério Público, de tal forma que, também sucessiva e alternadamente, os representantes de uma dessas classes superem os da outra em uma unidade."

Todavia, a norma mencionada, o § 2º do art. 100, LOMAN, não tem aplicabilidade, no caso. 

MS 23.972-7 DF

Supremo Tribunal Federal

No julgamento do MS 20.597-DF, Relator o eminente Ministro Octavio Gallotti, fez-se exata exegese do disposto no citado § 2º do art. 100 da LOMAN.

Estabeleceu-se, na ementa do acórdão:

" (...)

Estando a Corte integrada, em decorrência do claro a ser preenchido, por um Desembargador oriundo da classe dos advogados e outro proveniente do Ministério Público, a lista tríplice deve ser composta por representantes dessa última categoria, que se achava em minoria até a verificação da vaga a ser provida. Mandado de segurança concedido." (RTJ 120/75).

O caso que foi decidido apresentava as seguintes premissas fáticas: o quinto representativo com assento no Tribunal de Justiça do Distrito Federal era constituído pelos Desembargadores Valtênio Mendes Cardoso, oriundo da classe dos advogados, Antônio Honório Pires de Oliveira Júnior, proveniente do Ministério Público e Heládio Monteiro, proveniente da classe dos advogados. Tinha-se, então, dois Desembargadores oriundos da advocacia e um do Ministério Público. Aposentou-se o Des. Heládio. O Tribunal de Justiça entendeu que a vaga seria de advogado, porque oriundo o Des. Heládio da advocacia. O Supremo Tribunal, julgando o mencionado MS 20.597-DF, com base na norma do § 2º do art. 100, LOMAN, decidiu que a vaga seria do Ministério Público porque, repete-se, estava este em

MS 23.972-7 DF*Supremo Tribunal Federal*

minoria, no Tribunal, dado que ímpar o número dos juizes do quinto, conforme acima explicitado.

O eminente Ministro Gallotti, no seu primoroso voto, após analisar toda a evolução constitucional e legislativa a respeito do quinto constitucional nos Tribunais, a partir da Constituição de 1934, fixou-se sobre a norma do § 2º do art. 100, LOMAN, denominando-a, com base em parecer do Ministro Xavier de Albuquerque, de "hipótese excepcional" "e destinada ao preenchimento de vaga excedente do número par imediatamente inferior." E acrescentou:

"(...)

Quando uma das classes se acha em inferioridade na composição do Tribunal, sempre que suceda uma vaga, há que inverter imediatamente a situação, e com a maior frequência possível, para atender à paridade que é princípio constitucional. Perpetuar, desnecessariamente, a inferioridade de alguma das classes é o mesmo que contrariar o espírito da Lei Maior.

(...) " (RTJ 120/81).

Ora, no caso, a hipótese é outra. O T.R.F./5ª Região, conforme vimos, compunha-se de 10 (dez) Juizes, sendo dois do quinto constitucional. Assim, quando a Lei 9.967/2000 criou mais uma vaga para o quinto, naquela Corte, havia paridade entre as duas classes. É dizer, a classe do Ministério Público não se encontrava em



MS 23.972-7 DF*Supremo Tribunal Federal*

situação de inferioridade na composição do Tribunal, dado que aquela composição não apresentava número ímpar, mas número par.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, portanto, quando decidiu pela classe dos advogados, apoiando-se no critério da precedência inscrita no inc. I do art. 107 da Constituição, não violou a norma do § 2º do art. 100 da LOMAN. Inexistindo, então, norma constitucional ou infraconstitucional que, na hipótese sob exame, estabeleça a categoria que deva ocupar a nova vaga, iniciando-se, então, o número ímpar de cargos que importará na aplicação, daí para frente, da norma do § 2º do art. 100, LOMAN, segue-se que o T.R.F./5ª Região não praticou nenhuma ilegalidade na adoção do critério que entendeu objetivo, inc. I do art. 107 da C.F., norma específica do quinto constitucional nos Tribunais Regionais Federais.

Do exposto, cassa a liminar e indefiro o mandado de segurança. *muero*

Supremo Tribunal Federal

12/09/2001

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.972-7 DISTRITO FEDERALV O T O

A Senhora Ministra Ellen Gracie : Sr. Presidente, provenho, como sabe V. Exa., do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, onde questão semelhante, embora nunca se tenha colocado - poderia surgir.

Lá, também iniciamos as nossas atividades com um número ímpar no quinto constitucional. O Tribunal era composto, então, de quatorze membros, sendo a primeira cadeira - no caso, a quinta do Tribunal - ocupada pelo atual Ministro Gilson Dipp; a décima por mim, originária do Ministério Público Federal, e a décima quarta ocupada por outro representante da classe dos advogados, o atual Presidente da Corte - Juiz Teori Albino Zavascki.

Posteriormente, a composição foi ampliada para vinte e três membros. Nesta ocasião, viemos a compor o quinto com mais dois ocupantes, desta vez, ambos provenientes da classe do Ministério Público: os eminentes Juizes Amir Sarti e Germano da Silva. Eles integraram-se ao quinto constitucional que, então, pendeu em número a favor do Ministério Público. Quando, antes, havia uma maioria de advogados, passamos a ter uma maioria de integrantes daquele órgão.

Atualmente, o Tribunal Regional da 4ª Região é composto por vinte e sete membros, porque também sofreu nova ampliação - ao mesmo tempo em que ocorreu a do Tribunal da 5ª Região -, conseguindo-se, afinal, a paridade de números entre as duas classes dentro do quinto constitucional. Há, hoje em dia, número idêntico em ambas as categorias.

No Tribunal da 5ª Região, esta vaga ímpar também decorre de sua ampliação. Até então havia, uma paridade entre as duas representações e o desempate há que se fazer, como se fez nos outros tribunais, e também como propugna o eminente Ministro Carlos Velloso, pela ordem constitucional posta pelo artigo 107, inciso I.

Acompanho o eminente Relator, denegando a ordem.



Supremo Tribunal Federal

12/09/2001

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.972-7 DISTRITO FEDERALV O T O

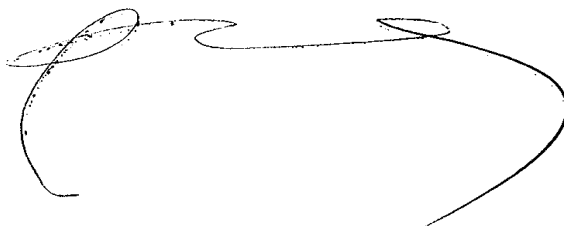
O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Sr. Presidente, parece-me que a questão se resume no seguinte: na composição anterior à lei, havia-se cumprido plenamente a paridade - a presença de um advogado e de um membro do Ministério Público, representantes das categorias. Portanto, o Tribunal estava harmonicamente funcionando com as representações, devidamente cumprindo a Constituição Federal.

Veio a lei nova e criou mais cinco vagas de juízes, possibilitando o preenchimento de mais uma pelo quinto constitucional.

Com isso, inaugura-se e instala-se uma outra vaga a ser respeitada daí para frente.

Ora, ainda que se aplicasse o § 2º do artigo 100 da Lei Complementar nº 35, creio que não haveria nenhuma violação à lei, porque, ao falar em alternância, estar-se-ia regamente cumprindo-a, para ter início daí para frente o preenchimento da vaga eventualmente aberta; isto é, a partir do momento em que o advogado for empossado juiz, é claro que a outra vaga do quinto será do Ministério Público.

Acompanho o eminente Relator, também indeferindo a segurança.



12/09/2001

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 23.972-7 DISTRITO FEDERALV O T O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): - Poderia o TRF ter optado pelo representante do Ministério Público, mas o que deve ser dito é que a norma invocada, o § 2º do art. 100, da LOMAN, não confere à impetrante direito líquido e certo, porque não tem aplicação, no caso.

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** (Presidente): - Qual seria o critério? O subjetivo, do par ou ímpar? Há na Lei Orgânica da Magistratura uma regra específica.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): - Ministro Marco Aurélio, o § 2º do art. 100 da LOMAN não tem aplicação, no caso, repito.

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** (Presidente): - Estamos asseverando que, se fosse ao contrário, e houvesse a impetração pela Ordem dos Advogados, também concederíamos a segurança? Poderia o



Tribunal escolher? Será que nesse campo da aplicação da Carta da República há escolha? Há ato discricionário?

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): - Não há solução na Constituição, Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** (Presidente): - Há solução, porque o único critério jurídico é o estampado no artigo 100, § 2º, da Lei Orgânica da Magistratura que esta Casa proclamou, em diversas oportunidades, agasalhada pela Constituição Federal.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): - Mas isso não tem aplicação, no caso, já vimos, já falamos.

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** (Presidente): - Existe aplicação a partir do momento em que o número de vagas destinadas ao quinto tornou-se ímpar no Regional Federal.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): - Daí para frente, sim. Se, na próxima vaga, o TRF escolher um advogado, terá violado direito do Ministério Público. É o caso do TJDF, que foi decidido pelo Supremo Tribunal no precedente de que foi relator o Ministro Gallotti, mencionado no meu voto.

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** (Presidente): - Por que se inaugura a prevalência da classe dos advogados se há, na ordem jurídica, uma regra remetendo à última nomeação para saber-se a subsequente? Passou a ser ímpar o número de cadeiras a partir do momento em que foi criada a terceira vaga, gerando a aplicabilidade do artigo 100, § 2º, da Lei Orgânica da Magistratura.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): - Não, Ministro. Com a nomeação do advogado, esse fato vai gerar, daqui para frente, a aplicação do § 2º do art. 100 da LOMAN.

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** (Presidente): - Escolher pelo humor de plantão!

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): - Não, Ministro, não leve a questão para esse lado. Há um precedente: quando fizemos, no antigo TFR, as primeiras listas para os cinco tribunais, esse foi o critério adotado, à unanimidade, pelo Tribunal Federal de Recursos. O TRF da 5ª Região não laborou com bom ou mau humor, mas baseou-se num precedente sério, de um dos tribunais mais sérios da República, o antigo Tribunal Federal de Recursos. E poderia fazê-lo,



porque não estava condicionado por nenhuma regra de direito, conforme já foi exposto.

A Sr^a Ministra **ELLEN GRACIE**: - É exatamente o exemplo do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, em que a alternância em números ímpares sempre se fez assim. Primeiro, tínhamos uma preponderância de advogados, depois passamos a ter uma preponderância do Ministério Público, até que, agora, com o aumento de número, temos de novo o número par.

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** (Presidente): - Estimaria ouvir do Tribunal que o Regional não poderia escolher, porque estamos numa Casa de Justiça.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): - O quinto regional ou o quinto constitucional?

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** (Presidente): - Nomear egresso do Ministério Público ou da advocacia. Penso que só há uma situação agasalhada pela ordem jurídica.



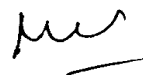
O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): - O quinto constitucional é preenchido pelo Presidente da República, com base na lista tríplice que lhe é encaminhada pelo TRF.

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** (Presidente): - Não, eu digo quanto à solicitação de lista. Estou ressaltando o ponto, porque ouvi que seria dado ao Tribunal escolher: ou solicitar a lista à Ordem dos Advogados ou ao Ministério Público. Com isso não posso concordar, porquanto seria adentrar o extravagante, quando se tem balizas constitucionais e legais norteadoras da definição. Creio que o Tribunal não assentará isso em um acórdão. Espero, pelo menos, que não o faça sob a minha presidência.

O Sr. Ministro **NELSON JOBIM**: - Aqui se decidirá, sob a sua presidência, não importa, sobretudo se relevante o tema. O fato é que V.Exa. está distorcendo o voto do Ministro Carlos Velloso.

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** (Presidente): - Não, Excelência, eu ouvi bem. Vossa Excelência admite que a Corte poderia escolher um ou outro?

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): - Admito. O TRF não estava condicionado por norma constitucional ou



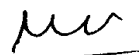
infraconstitucional. Está dito aqui, no meu voto, claramente expressamente.

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** (Presidente): - Vossa Excelência fundamenta o seu voto no artigo 107 da Constituição Federal, o qual revelaria que há uma primazia dos advogados, pelo menos ante a ordem de colocação geográfica dos vocábulos.

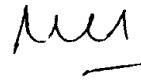
O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): - Agora, farei a mesma reclamação que fez o Ministro Nelson Jobim: V.Exa. não prestou atenção ao meu voto, pois essa questão está nele expressamente exposta: o TRF não estava condicionado por norma constitucional ou legal.

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** (Presidente): - Qual foi a reclamação? Vossa Excelência baseou o seu voto no artigo 107, em que há referência a advogados, em primeiro lugar, para ter-se o quinto duplamente composto.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): - Sr. Presidente, está escrito no meu voto que o TRF não estava condicionado por norma constitucional ou infraconstitucional, a adotar uma ou outra classe. Já que não havia condicionamento, o que fez o TRF da 5ª Região? Com



base no precedente do antigo Tribunal Federal de Recursos, aplicou a norma específica do inciso I do art. 107, observando a precedência dos advogados. Poderia basear-se na precedência do art. 94, também. Certo é, repito, que o TRF não estava condicionado nem por norma constitucional nem por norma infraconstitucional. E a impetrante sustenta o seu direito líquido e certo na norma infraconstitucional, § 2º do art. 100 da LOMAN, que não tem aplicação, no caso, portanto não confere à impetrante direito subjetivo.



Supremo Tribunal Federal

12/09/2001

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.972-7 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Sr. Presidente, tal qual o eminente Relator, conheço do mandado de segurança, rejeitando as diversas preliminares suscitadas no memorial do litisconsorte passivo.

A primeira, sobre a legitimação do Presidente da República para responder a tais mandados de segurança, por nomeações decorrentes do que é mais do que um ato complexo – do procedimento administrativo de nomeação dos magistrados dos Tribunais Federais – já tem sido repetidamente discutida e afirmada por este Tribunal.

Apenas, de um lado – em atenção ao memorial e, de outro, prenunciando a súmula já proposta para que não tenhamos a repetir mais – refiro-me ao MS 21.571, de 29.4.93, de que fui relator, relativo à promoção compulsória de magistrados (RTJ 162/517); aos Mandados de Segurança 21.631 e 21.632, de 09.6.93 e 12.5.92, respectivamente, relativos à observância, ou não, do primeiro quinto da antigüidade, na promoção por merecimento de juízes federais aos Tribunais Regionais Federais, dos quais também fui relator (RTJ 174/806).

A terceira vez, no Mandado de Segurança 21.814, de 14.4.94, relator o Sr. Ministro Néri da Silveira (RTJ 154/500), em que também se impugnava a validade da lista organizada por um Tribunal Regional do Trabalho, por impedimento de um juiz, pai de candidato nela incluído.



*Supremo Tribunal Federal*MS 23.972-7/DF

A quarta, foi o problema do Ministério Público da Justiça do Trabalho, ou seja, a falta de integrantes com o interstício necessário, no MS 21.168, de 23.6.93, de que fui relator (RTJ 156/50).

Finalmente, no MS 22.323, de 28.09.95, relator o Sr. Ministro Carlos Velloso, onde se cuidava do critério de cálculo do quinto constitucional, quando fracionário o número advindo da divisão por cinco do seu número no Tribunal.

A questão volta no MS 22.042, de 22.02.95, relator o Sr. Ministro Moreira Alves (RTJ 164/125), quando igualmente se discutia questão relativa ao quinto constitucional, em Roraima. Acentuou o Ministro-Relator que, em se tratando do que alguns chamam de ato complexo, outros de procedimento administrativo, se todos os órgãos participantes desse processo são autônomos, todos são legitimados a responder ao mandado de segurança; e, se já consumado o ato, pelo menos aquele que o consumou.

Tudo isso tem um pressuposto óbvio: o Presidente da República não está obrigado a efetivar a nomeação, se entender inválida a lista. Por isso se faz co-responsável se, com base nela, nomeia.

A alegação de inexistência de direito líquido e certo, na verdade, é improcedente; os fatos são indubitáveis, a questão é de mérito.

Alega-se, no caso, como suporte da impetração, o § 2º do art. 100 da LOMAN:

"Art. 100

2 

*Supremo Tribunal Federal*MS 23.972-7/DF

§ 2º - Nos Tribunais em que for ímpar o número de vagas destinadas ao quinto constitucional, uma delas será, alternada e sucessivamente, preenchida por advogado e por membro do Ministério Público, de tal forma que, também sucessiva e alternadamente, os representantes de uma dessas classes superem os da outra em uma unidade."

Pressupõe-se, portanto, um Tribunal com número ímpar na sua composição e regula-se o destino de uma das vagas que poderá variar na sua composição, de tal modo que a maioria, no quinto, seja alternada e sucessivamente composta por membros do Ministério Público ou da Advocacia.

O dispositivo teve aplicação precisa, como lembrou o eminente Ministro-Relator, no MS 20.597, do eminente Ministro Octavio Gallotti (RTJ 120/75), relativo ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Mostrou-se, então, que não cabia esperar uma outra vaga, que seria a destinada a ser rotativa, mas, sim, aplicar sempre o princípio do § 2º do art. 102, de modo a que se alternasse a maioria dentro do quinto, inevitável quando este se compõe de um número ímpar de vagas.

Não creio, com as vênias de V.Ex^a., Sr. Presidente, que esse caso tenha aplicação à espécie. O problema que se está discutindo é exatamente a primeira composição da vaga que determinou o número ímpar do quinto no Tribunal Regional Federal de Pernambuco. A partir daí, sim, permanecendo o quinto com três integrantes, caberá regulá-la, caberá disciplinar o preenchimento das futuras vagas, com base no art. 102, § 2º, com a interpretação racional que lhe deu o Ministro Octavio Gallotti, acompanhado pelo Tribunal, no MS 20.597.



*Supremo Tribunal Federal*MS 23.972-7/DF

Surge, então, o problema. Há um critério para o primeiro provimento da vaga ímpar? Argumentou-se, com o que eu chamaria de um critério tipográfico, que a palavra "advogados", no texto do art. 107, tenha sido mencionada antes da expressão "membros do Ministério Público". A mim não me impressiona tal critério, porque procuro sempre uma razão de ser do dispositivo constitucional. Não consigo encontrar nada de racional que explique, de um lado, que o art. 94 mencione Ministério Público antes dos advogados e, de outro, em todas as disposições específicas das Justiças da União, se inverta a ordem (assim, no art. 104, II, com relação ao STJ; no art. 107, I, com relação aos TRF's e no art. 111, I, com relação ao TST).

Prefiro dizer que a Constituição Federal não deu solução para o problema, o que não me impressiona. A Constituição não é um código. É um texto necessária e historicamente fragmentário. Cuida de resolver aqueles problemas em relação aos quais pareceu ao constituinte necessário dar tratamento e hierarquia constitucional.

Poderia tê-lo feito a lei ordinária, a meu ver, exatamente porque é inútil procurar na Carta Federal, com todas as vênias, qualquer critério. A LOMAN, assim como regulou o problema dos sucessivos provimentos no quinto, quando seja ímpar o seu número, poderia também ter adotado um critério qualquer, ainda que arbitrário, apenas para evitar disputas acerca de qual categoria daria o seu primeiro ocupante.

Estou convencido de que não o fez.

No mesmo sentido - o da inexistência de um critério constitucional - temos decidido repetidas vezes, a partir da ADIn 219, julgada em 24.6.93, de que fui relator (DJ 23.09.94), a



*Supremo Tribunal Federal*MS 23.972-7/DF

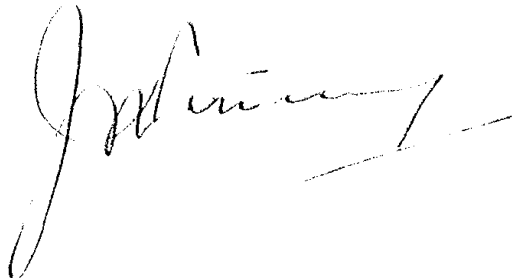
propósito da ordem de nomeação dos conselheiros dos Tribunais de Contas estaduais. E também ante soluções diversas dadas pelas Constituições estaduais, dando prioridade ou à livre nomeação do Governador de Estado, ou à eleição pela Assembléia Legislativa, ou às vagas vinculadas, aos Auditores e aos Procuradores.

O problema que se põe - e a LOMAN poderia tê-lo resolvido, mas não o fez - é quanto ao nosso entendimento, em relação aos Tribunais de Contas, de que é dado estabelecer qualquer ordem, sobretudo nas Constituições estaduais, porque a Carta Federal não o resolveu.

Se não o fez, chego à mesma conclusão do eminente Relator, em um segundo momento, de que era necessário que o Tribunal - dados os critérios do art. 94 e similares da Carta Federal -, elegeisse uma das categorias para iniciar o processo do seu primeiro provimento. Poderia ter, sim, escolhido uma ou outra das categorias componentes do "quinto".

Por isso, Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator e conheço do mandado de segurança, mas o indefiro.

CR/



Supremo Tribunal Federal

12/09/2001

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 23.972-7DISTRITO FEDERAL

À revisão de aparte do Sr. Ministro Nelson Jobim

VOTO

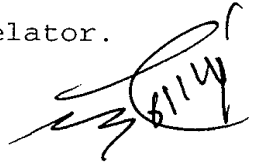
O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Ministro, há uma coisa curiosa: no caso, tínhamos duas vagas. Foi indicada e criada a nova e nomeado advogado. Observe que, matematicamente, se for criada sucessivamente uma outra vaga, vai haver empate de novo. E, então, estabelece-se alternância, de forma tal que sempre os advogados serão nomeados no desempate das vagas que se criarem, salvo em hipótese de aposentadoria.

Houve um caso no Rio Grande do Sul em que um juiz se aposentou numa categoria e foi nomeado outro, porque o anterior tinha sido da classe distinta. Rigorosamente, colocando isso em projeção matemática, verificamos que, quando houver empate, o Ministério Público, no caso, só conseguirá ter um número superior de advogados, dentro do conjunto do quinto, em decorrência de aposentadoria na alternância, e não em consequência de criação de vagas porque, com a criação de uma, dá-se o empate e vêm os

*Supremo Tribunal Federal***MS 23.972 / DF**

advogados de novo. Então, nessa hipótese, serão eles sempre uma maioria, que só se inverte na hipótese da aposentadoria. Esse é o efeito matemático, a fórmula está correta, é essa mesma.

O SR. MINISTRO SYDNEY SANCHES - Sr. Presidente, com a devida vênica de V.Exa., que já manifestou seu ponto de vista, acompanho o Ministro-Relator.



Supremo Tribunal Federal

12/09/2001

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.972-7 DISTRITO FEDERAL

V O T O

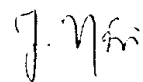
O SR. MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Sr. Presidente. Também não empresto procedência ao fundamento da decisão administrativa do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, porque o fundamento da decisão de opção no sentido de solicitar lista à Ordem dos Advogados e não ao Ministério Público foi, ao que ouvi do relatório, o art. 107, item I, da Constituição. Penso, realmente, que não há precedência da Ordem dos Advogados, relativamente ao Ministério Público.

O art. 94, que também concerne a processo de provimento de vagas do quinto, já estabelecia, então, uma ordem diferente, referindo-se, primeiro, a membros do Ministério Público e, depois, aos advogados.

Então, compreendo que o fundamento do ato administrativo, em si, não é subsistente, mas da circunstância de não sê-lo não decorre uma situação de ilegalidade ou de inconstitucionalidade para o ato administrativo. Se a Lei Maior não dá solução, invoca-se o § 2º, do art. 100, da LOMAN, que, também, dispõe sobre matéria relativa a provimento de vagas do quinto, nestes termos:

"§ 2º - Nos Tribunais em que for ímpar o número de vagas destinadas ao quinto constitucional, uma delas será, alternada e sucessivamente, preenchida por advogado e por membro do Ministério Público, de tal forma que, também sucessiva e alternadamente, os representantes de uma dessas classes superem os da outra em uma unidade."

Esse é o fundamento da impetração, eis que a última nomeação havida para o quinto, naquela Corte, foi a de um advogado,



Supremo Tribunal Federal
MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.972-7 - DISTRITO FEDERAL

na vaga do, hoje, Ministro Francisco Falcão, do Superior Tribunal de Justiça.

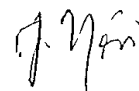
A meu ver, o fundamento da impetração também não é de acolher-se. Realmente, entendo que o § 2º, do art. 100, da LOMAN, não tem a extensão pretendida pela inicial. O número ímpar já pressupõe o Tribunal composto. No caso concreto, este número se tornou ímpar, mas ainda não foi provida a vaga. A alternância de que cuida o § 2º, há de ser preservada, respeitada na sucessão de provimentos dessa vaga que constitui o número ímpar.

Então, pergunta-se: O ato administrativo não tem, realmente, um fundamento consistente? A petição não empresta ao impetrante um fundamento no qual possamos dizer que há um título de direito - um direito líquido e certo - a ser reclamado. Como se resolver a questão?

Estamos examinando um mandado de segurança e, para concedê-lo, havemos de reconhecer, antes de mais nada, o título de direito do impetrante, que teria por base o § 2º, do citado art. 100. Esse título, a meu ver, não se constitui porque tal dispositivo não serve de apoio.

De outro lado, entendo não haver ilegalidade na opção feita pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, de acordo com a competência de que dispõe para compor a lista, na circunstância do caso concreto, em que se cuidava de prover, pela vez primeira, essa vaga que constitui o número ímpar decorrente da lei nova. E não havendo título de direito por parte do impetrante, parece-me que a solução a dar-se é aquela proposta, por outros fundamentos, pelo Sr. Ministro-Relator, indeferindo o mandado de segurança, porque não há direito líquido e certo, com base no § 2º, do art. 100, da LOMAN, em ordem a que o Ministério Público tivesse precedência sobre a Ordem dos Advogados.

Quanto ao fato de ter sido destinada a advogado a última nomeação para o preenchimento de vaga do quinto, não me parece que, na espécie, seja precedente e invocável esse



Supremo Tribunal Federal

MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.972-7 - DISTRITO FEDERAL

provimento, porque implicava compor a Corte de acordo com a Constituição Federal, uma vez que, para aquela vaga, já havendo um membro do Ministério Público, em realidade, só poderia ser nomeado um advogado. Esse fato, em si, não é bastante a impedir a solução dada pelo Tribunal.

Por essas razões, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator para indeferir o mandado de segurança.

(J. V. G.)

Supremo Tribunal Federal

12/09/2001

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.972-7 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Tenho voto na espécie, porque se trata da aplicabilidade da Constituição Federal.

Quanto à competência, dita-a o envolvimento, no caso, de ato do Presidente da República, e creio que não se pode desconhecer que a nomeação para o preenchimento da cadeira, no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, compete a Sua Excelência.

Em relação à preliminar de ilegitimidade, esta ação foi ajuizada pela Associação Nacional dos Procuradores da República, no intuito de defender os interesses dos integrantes da categoria profissional.

No tocante à decadência, observo que a nomeação data de 23 de maio de 2001, e a impetração, de 25 do mesmo mês e ano. O fato de não se ter impugnado, de imediato, o ato primeiro da complexidade revelada pela espécie não é de molde a concluir-se pela decadência, porque, aí, o mandado seria preventivo relativamente ao ato do Presidente da República.

No que tange à inépcia da inicial, o relator demonstrou que a peça atende ao figurino normativo.



*Supremo Tribunal Federal***MS 23.972-7 DF**

No mérito, continuo convencido da procedência da articulação e, ante até mesmo o objeto do mandado de segurança, assento a necessidade de se preservar, com a concessão da medida acauteladora, campo propício, sem transtornos maiores - e aqui já me refiro a atos judicantes -, à efetividade de uma possível concessão da segurança.

Diria que, talvez, o mal esteja em não se perceber, quando da criação de vagas nos tribunais, a consequência do número ímpar relativamente ao quinto, a desaguar nesses pseudos impasses.

Não confiro primazia a esta ou àquela categoria, para o efeito de preenchimento das vagas destinadas ao quinto. Entendo que Ministério Público e advocacia estão no mesmo patamar e formam, independentemente da ordem, da dimensão dada às nomenclaturas, o grande todo composto pelo quinto. Essa conclusão decorre até mesmo do fato de a Constituição Federal referir-se, em certo passo, primeiramente, ao Ministério Público. E na regra básica concernente ao quinto - o artigo 94 -, alude-se aos membros do Ministério Público e, posteriormente, aos advogados, de modo a compor, portanto, ambas as categorias, o quinto. Após essa referência, a revelar que não tem significado maior a ordem de colocação dos vocábulos, constatamos a disciplina quanto ao Superior Tribunal de Justiça, aos tribunais regionais federais e à Justiça do Trabalho, quando, então, menciona-se, primeiramente, a laboriosa classe dos advogados para, depois, aludir-se ao Ministério Público.



*Supremo Tribunal Federal*MS 23.972-7 DF

Na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, o trato da matéria, a demonstrar que não há uma precedência, também se faz de forma diversificada. Na cabeça do artigo 100, cuida-se do quinto preenchido por advogados, em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público; no § 1º, porém, há referência a membros do Ministério Público e advogados, e, no § 2º, a advogado e membro do Ministério Público.

No Quinto Regional, composto inicialmente por dez juízes, não se teve problema algum, na matemática, para chegar-se à definição das cadeiras destinadas ao quinto. As duas foram preenchidas simultaneamente: uma, por integrante do Ministério Público, e outra, por advogado. A lei criou mais cinco vagas na Corte, e o quinto, de par, passou a ser ímpar, contando com três cadeiras. Como definir, então, aquele que viria a preencher essa terceira cadeira? De forma aleatória? Não, o aleatório não é fundamento de decisão judicial - e aqui estamos julgando mandado de segurança. Há de se encontrar um dispositivo que discipline a matéria - perdoem-me os colegas, pois o mandado de segurança já está concedido por uma margem expressiva de nove votos a um - e, sob a minha óptica, essa norma está no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal. Dir-se-á que esse preceito só tem aplicação após verificada a existência de número ímpar de vagas. Ora, o que surge primeiro: a nomeação ou a cadeira?



*Supremo Tribunal Federal*MS 23.972-7 DF

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Ministro, no meu raciocínio não disse que a norma pressupõe a criação legal da vaga, o que realmente seria ridículo. Pressupõe a composição efetiva do quinto, dando maioria a uma das classes. E regula como proceder em seguida. Não é a criação da vaga, **data venia**.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Como assento que não há prevalência desta ou daquela categoria, e preciso necessariamente lançar um fundamento jurídico para definir o conflito de interesses, devo fazê-lo a partir da ordem jurídica, do arcabouço normativo. Considerado o momento em que se passou a contar com três vagas no Quinto Regional, nasceu o fato gerador da aplicabilidade do § 2º do artigo 100, sob pena de não sabermos o critério agasalhado por lei para o preenchimento da nova vaga. Daí eu ter dito esperar que este Tribunal não lançasse, num acórdão, que a Corte de origem poderia ter solicitado a lista sêxtupla indistintamente à Ordem ou ao Ministério Público. Daí ter afirmado que o mandado de segurança não poderia, independentemente do impetrante, se a Associação do Ministério Público ou a Ordem, ser concedido.

Não parto sequer para a aplicação analógica da regra inserta no § 2º do artigo 100, porque, para mim, a norma incide tal como se contém e existe justamente para disciplinar a hipótese em que, seja qual for a época - originariamente, quando da criação do tribunal ou, posteriormente, quando da vinda à balha de uma lei

*Supremo Tribunal Federal*MS 23.972-7 DF

aumentando o número de cadeiras -, aquelas vagas destinadas ao quinto passaram a estar estampadas em número ímpar.

Por isso, o § 2º do artigo 100 refere-se à alternância e à sucessividade. Alternância em relação a quê? O que define a alternância para saber-se a categoria que deve preencher a vaga existente - por isso ou por aquilo, não importa - no tribunal, verificado o número ímpar? O que define essa alternância e essa sucessividade? A última nomeação.

Para o Quinto Regional, ante a ascensão do ministro Francisco Falcão ao Superior Tribunal de Justiça, que encaro como uma verdadeira promoção, nomeou-se, por último, um egresso da categoria dos advogados. Logo, a terceira vaga, criada pela lei nova - é o único critério que vejo para não partir para o par ou ímpar, para a escolha aleatória -, deveria, com todas as vênias, ser preenchida por integrante do Ministério Público. Fora isso, não existe outro critério legal, nem constitucional. É certo que a Constituição Federal não disciplina a matéria, mas o faz a Lei Orgânica da Magistratura Nacional - Lei Complementar nº 35/79 -, que esta Corte já proclamou recepcionada pela Carta de 1988.

O SR. MINISTRO **CARLOS VELLOSO** (RELATOR) - O Supremo Tribunal não interpretou o § 2º do artigo 100 da LOMAN, em hipótese igual à destes autos, mas em hipótese diferente.



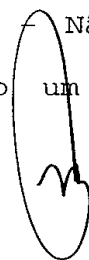
*Supremo Tribunal Federal*MS 23.972-7 DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) -
Ministro Carlos Velloso, na hipótese do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, esta Corte proclamou que haveria uma vinculação à cadeira. A cadeira deixada por advogado deve ser preenchida por integrante da advocacia. Concordo, desde que o número seja par. Neste caso não há vinculação, porque o § 2º do artigo 100...

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO (RELATOR) - Ministro Marco Aurélio, O Ministério Público estava em minoria lá, no TJ/DF. Daí a decisão do Supremo Tribunal Federal concedendo o mandado de segurança ao seu representante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Não é a mesma coisa, concordo com Vossa Excelência e fico muito tranquilo, porque a proposta inicial de reforma da Carta da República, quanto ao capítulo do Judiciário, não frutificou. Senão, seria chamado às barras da Justiça para responder pelos danos causados, no que, mediante liminar, suspendi a posse do nomeado, já que teria agido por culpa, por imperícia.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO (RELATOR) - Não, Sr. Presidente, mantive a decisão de V.Exa. Foi-me feito um pedido extenso de reconsideração, que não atendi.



*Supremo Tribunal Federal*MS 23.972-7 DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Então, tenho dificuldade maior em agasalhar um critério que não possa encontrar justificativa, quer na Constituição Federal, quer na legislação de regência.

O único critério que vejo - sob pena de ter-se, aí, o fator preferência como a predominar, segundo a óptica dos integrantes da Corte no momento - é o do § 2º do artigo 100 da Constituição Federal, no que encerra, repito, a alternância e a sucessividade; alternância essa que se define ao indagar-se qual o último nomeado para a Corte, de que classe ele saiu para preencher a cadeira no Tribunal.



Supremo Tribunal Federal

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.972-7

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO

IMPTE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA

ADV. : AFFONSO HENRIQUES PRATES CORREIA

IMPDO. : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

IMPDO. : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

LIT.PAS. : PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA

ADVDO. : CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS E OUTROS

LIT.PAS. : JOSÉ RICARDO PORTO

ADV. : JOSÉ RICARDO PORTO

LIT.PAS. : FRANCISCO REGIS FROTA ARAÚJO

ADV. : FRANCISCO REGIS FROTA ARAÚJO

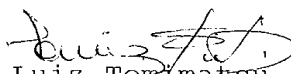
LIT.PAS. : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV. : MARCELO MELLO MARTINS

Decisão : O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares de incompetência, de ilegitimidade, de decadência e de inépcia da inicial, e, por maioria, vencido o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, indeferiu a segurança e cassou a medida liminar anteriormente concedida. Falaram, pelo litisconsorte passivo, Paulo de Tasso Benevides Gadelha, o Dr. Carlos Eduardo Caputo Bastos, e, pelo Ministério Público Federal, o Professor Geraldo Brindeiro, Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, porque em representação do Tribunal, o Senhor Ministro Moreira Alves. Plenário, 12.9.2001.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Senhores Ministros Néri da Silveira, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Ellen Gracie.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.


Luiz Tomimatsu
Coordenador