



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADORA FEDERAL VICE-PRESIDENTE DO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO – MANDADO DE
SEGURANÇA ORIGINÁRIO 2009.02.01.002405-0

A **ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SEÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, serviço público independente, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, com sede na Av. Marechal Câmara, nº 150, Centro, Rio de Janeiro, inscrita no CNPJ sob o nº 33.648.981/0001-37, vem, por seus procuradores abaixo assinados (doc. 1), com fulcro no artigo 102, II, b da Constituição Federal e art. 539, II, a do Código de Processo Civil, bem como no art. 23, §2º, I do Regimento Interno do TRF-2, interpor **RECURSO ORDINÁRIO** contra o acórdão de fls. 283-295, emanado do **PLENÁRIO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO**, pelo qual, por maioria de votos, julgaram-se improcedentes os pedidos formulados no mandado de segurança em epígrafe, pelos motivos anexos.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

Requer, após juízo de admissibilidade positivo, seja o recurso remetido ao Superior Tribunal de Justiça.

Termos em que,
Pede deferimento.
Rio de Janeiro, 16 de julho de 2009.

RODRIGO MOREIRA
OAB/RJ 162.575-E

JOÃO PEDRO PÁDUA
Procurador da OAB/RJ
OAB/RJ 130.690

GUILHERME PERES DE OLIVEIRA
Subprocurador-Geral da OAB/RJ
OAB/RJ 147.553

RONALDO CRAMER
Procurador-Geral da OAB/RJ
OAB/RJ 94.401

WADIH DAMOUS
Presidente da OAB/RJ
OAB/RJ 768-B



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

Razões da Recorrente.

TEMPESTIVIDADE

1- O acórdão recorrido foi publicado no dia 01.07.2009, quarta-feira, de modo que este recurso ordinário é tempestivo, vez que protocolado hoje, dia 16.07.2009, quinta-feira, último dia da quinzena legal.

SINTESE DA CONTROVÉRSIA

2- Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança contra acórdão do Plenário do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que decidiu que o cálculo da quantidade de membros egressos da advocacia privada e do Ministério Público que perfazem o quinto constitucional na composição daquele Tribunal deve ser arredondado para baixo, no caso da conta não ser exata, sendo a fração não inteira inferior a 0,5.

3- No entender da maioria, a interpretação da Constituição sugere que o quinto seria uma exceção à regra geral na composição dos Tribunais do Poder Judiciário brasileiro, que deveria feita pela promoção de magistrados de carreira. Assim, sendo uma exceção, o quinto deveria ser interpretado e calculado restritivamente.

4- Some-se a isso a controversa tese trazida pela AJUFERJES, de que o quinto constitucional seria contrário ao princípio republicano, devendo,



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

também por esta razão, o número de desembargadores do TRF-2 ser sempre arredondado para baixo, prevalecendo a promoção de juízes federais de carreira.

5- O acórdão recorrido admite ainda que a jurisprudência atual do STF se consolidou em sentido oposto, qual seja, de que, em caso cálculo inexato, deve prevalecer o quinto, de modo que o número deve ser sempre arredondado para cima, não importando a proporção, uma vez que a Constituição Federal traz norma explícita – consignada nos arts. 94, caput e 107, inciso I, da CF – que garante o quinto constitucional na composição dos Tribunais brasileiros.

6- No entanto, optou o Plenário do TRF-2 por resgatar o “posicionamento histórico” do STF, que, “por décadas”, teria orientado todos os Tribunais no sentido de que, sendo a conta inexata e a fração não inteira menor que 0,5, deve-se arredondar para baixo, prestigiando-se a “regra geral” de que a composição dos tribunais deve se dar por magistrados de carreira, sob pena de “desestimular” o ingresso na magistratura.

7- Conforme se demonstrará ao longo destas razões, tais argumentos não merecem prevalecer.

8- Desde já, no entanto, é imperioso rechaçar este “resgate” do posicionamento” histórico do STF acerca do tema. A jurisprudência da Corte Suprema consolidou-se definitivamente no sentido de que o quinto deve prevalecer sempre, tendo assim decidido em diversos precedentes, em diferentes ocasiões e com diferentes composições, o que confere plena legitimidade à atual orientação jurisprudencial, dispensando a necessidade de forçar um novo



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

pronunciamento a respeito do tema, motivado unicamente por um pleito corporativo dos magistrados federais de primeiro grau.

9- Inclusive, a esse respeito, importante ressaltar que o parecer do MPF é favorável à tese da recorrente, tendo aduzido de forma muito bem fundamentada que a função do quinto constitucional seria assegurar o pluralismo – um valor inerente à democracia – na composição dos Tribunais brasileiros.

10- Para o MPF, a interpretação correta dos dispositivos constitucionais que tratam do quinto deve levar em conta os princípios que norteiam a Constituição, sendo o pluralismo um dos mais importantes. Por conseguinte, na hipótese de cálculo inexato, deve prevalecer sempre o quinto constitucional, devendo a quantidade ser arredondada para cima, independente da fração – “*um quinto é um quinto, e nunca menos do que isso*”.

11- Além disso, o *parquet* federal condenou a interpretação “pré-Constituição” adotada pelos Desembargadores, chamando atenção para o fato de que a jurisprudência atual do STF se consolidou toda na vigência da nova Ordem Constitucional. Desse modo, a leitura “histórica” seria imprecisa, na medida em que despreza a importância da Constituição Federal como o novo marco institucional na ordem jurídica brasileira.

12- Diante de tudo isso, é imperativa a reforma do acórdão recorrido, tomada pela maioria dos Desembargadores do Plenário do TRF-2 no dia do julgamento do mandado de segurança originário. Trata-se, portanto, de prestigiar a orientação atual do STF acerca do tema, reiterada em diferentes ocasiões, além



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

de promover uma interpretação das normas constitucionais em conformidade com seus princípios fundadores, afastando a falaciosa argumentação deduzida pelos recorridos.

BREVE HISTÓRICO:
CONTEXTUALIZAÇÃO

13- Antes de adentrar o mérito da controvérsia, faz-se necessário abordar sinteticamente o histórico desta controvérsia, abordando os fatos que contextualizam a questão e deram origem a toda esta discussão.

14- Faleceu recentemente o Desembargador Federal Francisco José Pires e Albuquerque Pizzolante, em janeiro de 2009. Com isso, ficou aberta sua vaga no Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

15- O Desembargador Pizzolante era oriundo do quinto constitucional, numa vaga preenchida pela advocacia. Originalmente, a parcela do quinto constitucional no TRF-2 contava com 6 membros, considerando a composição do Tribunal, com 27 Desembargadores. Assim, após a morte do Desembargador, o quinto ficou defasado, passando a contar com apenas 5 membros, na seguinte configuração:

- a) 3 membros oriundos do Ministério Público: Desembargadores Paulo Espírito Santo, André Ricardo Cruz Fontes e Vera Lúcia Lima;
- b) 2 membros oriundos da advocacia: Desembargadores Frederico José Leite Gueiros e Messod Azulay Neto.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

16- Diante da necessidade de preencher a vaga do quinto constitucional oriunda da advocacia privada, a recorrente oficiou à Presidência do TRF-2 requerendo fosse destinada a vaga a um membro da advocacia, em observância ao art. 94 da Constituição Federal e ao equilíbrio com os membros do Ministério Público.

17- Curioso observar, através da leitura das notas taquigráficas da sessão administrativa do Pleno do TRF-2 que apreciou esse ofício da OAB/RJ, que a votação corria normalmente, havendo apenas uma breve discussão acerca da destinação da vaga (se iria para o MPF ou para a advocacia), quando subitamente emergiu a tese de que a vaga não caberia ao quinto constitucional, mas sim à magistratura de carreira.

18- A questão surgiu da insatisfação da classe dos magistrados de carreira com o cálculo das vagas destinadas ao quinto no TRF-2. O cálculo da reserva do quinto atualmente é inexato, por conta da composição atual do TRF-2. O Tribunal possui 27 membros, que, divididos por 5, daria um número não inteiro, indicando uma reserva de 5,4 vagas.

19- Assim, deu-se o debate sobre essa fração, se deveria ocorrer o arredondamento para cima, cabendo 6 vagas ao quinto, ou para baixo, sendo a vaga do Des. Pizzolante destinada à magistratura de carreira.

20- A maior parte dos desembargadores presentes àquela sessão defendeu que deveria ocorrer o arredondamento para baixo, no que seria uma



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

“luta antiga” dos magistrados de primeiro grau. A sessão contou com 16 presentes e teve resultado apertado, sendo que 9 votaram pela destinação da vaga à magistratura de carreira e 7, pela destinação ao quinto.

21- Diante de tal resultado, a recorrente ajuizou mandado de segurança, defendendo o direito líquido e certo da destinação da vaga em aberto ao quinto, em respeito à Constituição e à jurisprudência consolidada do STF. O resultado do julgamento do *mandamus*, como já se mencionou, foi pela destinação da vaga à magistratura de carreira, sob o entendimento de que, sendo o resultado do cálculo da reserva do quinto correspondente 5,4, arredonda-se o número para baixo, a fim de prevalecer a promoção de magistrado de carreira.

22- Como já referido, tal tese não procede. Além de a Constituição, em seus arts. 94 e 107, prever de forma absolutamente inversa, o STF também consolidou seu entendimento em reiteradas oportunidades de que, em caso de resultado fracionado, prevalece sempre o quinto, não importando a fração.

23- Assim, segue-se a explanação através da qual se comprovará que a vaga do Desebargador Pizzolante cabe ao quinto constitucional e, mais precisamente, à advocacia.

A CORRETA INTERPRETAÇÃO DOS DISPOSITIVOS
CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS

24- No que tange à correta hermenêutica dos dispositivos constitucionais aplicáveis à espécie, duas teses opostas se delinearam na instância



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

originária: de um lado, a tese da recorrente, apoiada em robusta e atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; de outro, a tese sustentada pela AJUFE – e acatada parcialmente pelo acórdão recorrido, a qual se lastreia em suposto “entendimento histórico” do Supremo Tribunal Federal, já claramente superado pela atual jurisprudência do STF.

25- A tese da AJUFE consiste, em síntese, no seguinte: (i) a Constituição não se utiliza, nos arts. 94 e 107, de expressões como “no mínimo” ou “pelo menos”, quando se refere ao quinto constitucional, pelo que não se poderia inferir a prevalência dessa regra sobre aquela que se extrai a *contrario sensu* do mesmo texto – a de que 4/5 dos Tribunais devem ser preenchidos por magistrados de carreira; (ii) a interpretação sistemática da Constituição autorizaria a conclusão/premissa de que os Tribunais são formados, em regra, por magistrados de carreira, ingressos por concurso de provas e títulos e que o quinto constitucional, por sua vez, seria exceção a essa regra – o que, ao cabo, levaria à incidência da regra hermenêutica de que as exceções devem ser interpretadas restritivamente; (iii) afirma ainda que, em uma perspectiva teleológica, a par do objetivo mediato da previsão do quinto constitucional seja a promoção do pluralismo na formação dos Tribunais, o objetivo imediato seria a manutenção de proporção entre magistrados de carreira e membros do Ministério Público e da advocacia na composição dos Tribunais, o que atrairia uma análise meramente matemática da questão; (iv) por fim, afirma que, do ponto de vista histórico, deveria prevalecer um voto vencido do Min. Nelson Hungria, proferido em julgamento de 1957 do Supremo Tribunal Federal.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

26- Quanto ao tópico IV (voto do Min. Nelson Hungria), dedicar-se-á um tópico específico. No que toca aos tópicos (i) a (iii), o acórdão recorrido acolheu os em parte os argumentos neles sintetizados, nos seguintes termos:

“É fácil ver que, matematicamente, o critério de arredondar para cima apenas em caso de fração superior a 0,5 é o que mais se aproxima da divisão 80/20, isto é, da norma que prevê o quinto.

Palavras como “*a regra explícita prevalece sobre a regra implícita*” tem tanto valor, abstratamente, como a assertiva de que “*as exceções são interpretadas restritivamente*”. Ou melhor, se fosse possível haver juízo de comparação entre elas, a assertiva de que “*as exceções são interpretadas restritivamente*” é muito mais intuitiva, muito mais inerente ao sistema, e dotada de maior prestígio.

Entre as Constituições de 34, 37, 46, 67, 69 e 88 não houve qualquer alteração de linguagem apta a gerar nova interpretação: sempre se disse um quinto (nunca mais que um quinto). A alteração ocorreu, na Constituição de 1988, apenas na origem da formação da lista. Antes a lista era feita nos Tribunais, e agora ela parte da OAB ou do MP. Alteração de poder, e, diria Lassale, são essas realmente as que importam.” (Fls. 292)

27- O equívoco essencial da tese vencedora do julgamento ora impugnado está em sua premissa essencial: a de que o quinto constitucional, tanto na Constituição atual quanto nas anteriores, seria exceção à regra de que os Tribunais devem ser formados, essencialmente, por juízes de carreira a eles promovidos.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

28- Ora, o único dispositivo constitucional em que a AJUFE busca sustentar essa afirmação – o acórdão recorrido se limita a afirmá-lo, sem qualquer fundamentação - é o art. 93, I da Constituição Federal, que tem a seguinte redação:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, **observados os seguintes princípios:**

I - **ingresso na carreira**, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, **mediante concurso público de provas e títulos**, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação”;

29- Mesmo em primeira e perfunctória análise, **salta aos olhos que o referido dispositivo não trata, absolutamente, dos critérios de formação dos Tribunais estaduais e federais brasileiros.** Cuida o artigo, na verdade, da forma de ingresso na magistratura de carreira, que não é a única a ocupar as vagas dos magistrados que compõem os Tribunais. **Cabe ressaltar que mesmo os magistrados de carreira não ingressam nos Tribunais por concurso público, e sim pelos critérios de antiguidade e merecimento.**

30- **A principal premissa da tese vencedora, portanto, não se sustenta, revelando-a patentemente falaciosa.** Não se pode extrair, seja dos arts. 94 e 107 da Constituição vigente, seja de sua interpretação sistemática (a qual, segundo a AJUFE, deveria levar em conta o disposto no art. 93, I), e muito menos dos dispositivos semelhantes das Constituições anteriores (como afirma o acórdão recorrido) que os Tribunais devem ser formados em regra por



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

magistrados de carreira e, excepcionalmente, por membros oriundos da advocacia ou do Ministério Público.

31- Ao contrário, a redação dos referidos dispositivos denota o exato oposto. Senão, vejamos:

“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 subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação”.

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

II - os demais, mediante promoção de juízes federais com mais de cinco anos de exercício, por antigüidade e merecimento, alternadamente”.

32- Ora, não fosse suficientemente clara a redação do art. 94, que garante à sociedade que os Tribunais terão em sua composição um quinto de



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

membros oriundos do Ministério Público e da advocacia, o art. 107, específico em relação aos Tribunais Regionais Federais, é ainda mais expresso.

33- Desse artigo se extrai, de forma clara e inequívoca, que regra de preenchimento dos Tribunais é a seguinte: um quinto será preenchido por membros do MP e advocacia. “OS DEMAIS”, pela promoção de juízes de carreira. Em outras palavras: uma vez GARANTIDA a fração de um quinto de membros do MP e advocacia, apenas nesse momento passa-se ao preenchimento das vagas restantes por magistrados de carreira.

34- Se a Constituição garante um quinto, evidentemente não se pode dar a esse dispositivo interpretação que leve ao preenchimento das vagas em determinado Tribunal por essas categorias em fração menor do que essa.

35- De outro lado, a Constituição não garantiu – sequer por interpretação sistemática, como já visto – que esses mesmos Tribunais fossem ocupados por 4/5 de magistrados de carreira. E nem poderia. Vejamos o motivo.

36- **As garantias constitucionais, ao contrário das regras e dos princípios, se impõem de forma absoluta, não admitindo afastamento ou mesmo mitigação em qualquer hipótese.** Por isso mesmo, já prevendo casos em que o número de desembargadores não fosse múltiplo de 5 – como é o caso do TRF-2, composto por 27 desembargadores –, em evidente exercício de ponderação *a priori*, o constituinte optou por garantir as classes já desfavorecidas numericamente no critério de composição do Tribunal.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

37- Foi exatamente esse o posicionamento do STF no julgamento da ADIn nº 160-TO:

“EMENTA: 1 - MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL JUNTO AOS TRIBUNAIS DE CONTAS. Não lhe confere, a Constituição Federal, autonomia administrativa. Precedente: ADI 789. Também em sua organização, ou estruturalmente, não é ele dotado de autonomia funcional (como sucede ao Ministério Público comum), pertencendo, individualmente, a seus membros, essa prerrogativa, nela compreendida a plena independência de atuação perante os poderes do Estado, a começar pela Corte junto à qual oficiam (Constituição, artigos 130 e 75). 2 - TRIBUNAIS DE JUSTIÇA. A eles próprios compete (e não ao Governador) a nomeação dos Desembargadores cooptados entre os Juízes de carreira (Constituição, art. 96, I, c). Precedentes: ADI 189 e ADI 190. **Inconstitucionalidade da previsão, pela Carta estadual, de percentual fixo (4/5), para o preenchimento das vagas destinadas aos oriundos da magistratura, pela possibilidade de choque com a garantia do provimento, do quinto restante, quando não for múltiplo de cinco o número de membros do Tribunal.** Inconstitucionalidade, por igual, da dispensa de exigência, quanto aos lugares destinados aos advogados e integrantes do Ministério Público, do desempenho de dez anos em tais atividades. Decisões tomadas por maioria, exceto quanto à prejudicialidade, por perda de objeto, dos dispositivos transitórios referentes à instalação da Capital e à criação de municípios do Estado do Tocantins”.

Trecho do voto do Min. Ilmar Galvão:

Manteve S. Ex^a, todavia, o inc. I, que assegura quatro quintos dos lugares do Tribunal aos membros oriundos da magistratura.

Concordo com o entendimento consagrado no voto de S. Ex^a, mas me permito ir além, **para também declarar a inconstitucionalidade do inc. I, que assegura percentual fixo dos lugares do Tribunal para preenchimento por membros oriundos da carreira da magistratura, garantia que a**



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

Constituição Federal não prevê, justamente por gerar possibilidade de choque com a garantia do quinto, quando o número de membros do Tribunal não for múltiplo de cinco.

E como, em face desse entendimento, nada mais reste ao art. 47 que possa servir como norma jurídica, meu voto, com a vênia do eminente relator, estende a declaração de inconstitucionalidade a todo o dispositivo, isto é, ao caput e aos incisos”.

Trecho da retificação parcial do voto do Min. Relator Octavio Galotti:

“Sr. Presidente, quando examinei a questão do art. 47 da Constituição de Tocantins, ative-me á controvérsia suscitada na petição inicial que dizia respeito á prerrogativa do Governador, ou do próprio Tribunal, para prover os cargos de Desembargador destinados aos Juízes de carreira.

O eminente Ministro Ilmar Galvão, teve, porém, a perspicácia de vislumbrar, além disso, a questão referente à distribuição das vagas no Tribunal, entre juízes ou participantes do chamado quinto constitucional (advogados e membros do Ministério Público).

Por haver dúvida plausível de que possa estar em desafio à Carta Federal, acolho a sugestão de S. Ex^a e proponho ao Tribunal, tal como S. Ex^a o faz, que se julgue **inconstitucional todo o caput do dispositivo, porque assim teremos a aplicação direta da Constituição Federal, com a eliminação de possível controvérsia acerca da composição da Corte Estadual”.**

(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 160 – TO. Rel. Min. Octavio Galotti. Tribunal Pleno do STF. J. em 23.04.1998 – grifou-se).

38- Também na Medida Cautelar da ADI 1.171-5 RS, o STF afirmou de maneira contundente que o Quinto Constitucional é uma garantia, não podendo ser mitigada em nenhuma hipótese. Confira-se trecho do voto do Min. Francisco Rezek:



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

“Não é a questão aritmética da fração que me motiva neste caso; não é a questão de saber se a fração pertinente ao quinto é superior à fração remanescente. Leio na Constituição unicamente um princípio, unicamente uma garantia: a de que nos tribunais – onde os juízes de carreira têm maioria avassaladora – as classes dos advogados e membros do Ministério Público devam dispor de um quinto dos lugares. Essa é a garantia.

Não sei, nunca soube onde alguns hermeneutas da Constituição leram o ‘princípio constitucional dos quatro quintos’.

Se a fração não fosse essa que no caso concreto se estampa, 0.6 contra 0.4, mas apenas 0.1 ou 0.05 ainda assim acho que só existe um modo de preservar o preceito constitucional: valorizando a fração, qualquer que seja ela, para garantir a integridade do quinto”. (Medida Cautelar na ADI nº 1.171-5 RS. Rel. Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. J. em 22.02.1995).

39- Igualmente, a jurisprudência do STJ corrobora esse entendimento:

“CONSTITUCIONAL. COMPOSIÇÃO DE TRIBUNAL. VAGA A SER PREENCHIDA PELO QUINTO CONSTITUCIONAL. ARREDONDAMENTO.

1. O Colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS nº 22.323-5-SP, definiu que:

"II - Um quinto da composição dos Tribunais Regionais Federais será de juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal. Esta é uma norma constitucional expressa, que há de prevalecer sobre a norma implícita, que decorre da norma expressa, no sentido de que, se um quinto é dos advogados e de membros do Ministério, Público Federal, quatro quintos serão de juízes de carreira. Observada a regra de hermenêutica - a norma expressa prevalece sobre a norma implícita - força é convir que, se o número total da composição não for múltiplo de cinco, arredonda-se a fração - superior ou inferior a meio - para cima, obtendo-se, então, o número inteiro seguinte. E que, se assim não foi feito, o Tribunal não terá na sua composição, um quinto de juízes oriundos da



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

advocacia e do Ministério Público Federal com descumprimento da norma constitucional (C.P., art. 94 e art. 107, I)."

2. Essa interpretação homenageia a mensagem constitucional que é voltada para garantia do quinto constitucional, em sua expressão numérica maior, e não a composição representada pela magistratura.

3. No caso, sendo o Tribunal composto por nove Desembargadores, o quinto constitucional deve ser de dois representantes, haja vista que deve ser arredondado para dois o resultado encontrado da operação para apurar-se o "quinto" dessa titularidade ($9 : 1/5 = 1,8$).

4. Recurso provido".

(RMS 10594/AC. Rel. Min. José Delgado. Primeira Turma do STJ. J. unânime em 16.03.2000)

40- **Percebe-se de forma clara, portanto, que tanto a AJUFE quanto o acórdão recorrido buscam extrair da letra da lei mais do que ela pode fornecer.** A esse respeito, confira-se o que, sem sede doutrinária, aduz o Min. Gilmar Mendes, atual presidente do Supremo Tribunal Federal:

“Assentadas essas premissas, é de ter presente, também como problema de ordem geral e não apenas da experiência constitucional, em particular, a questão da legitimidade das mutações normativas, na medida em que, por exemplo, assim como no terreno da lingüística a atribuição de novos significados a uma palavra equivale à criação de palavras novas, também no âmbito do Direito novas leituras de um texto velho implicam a criação de outras ordenações de conduta, dada a substancial distinção entre texto e norma, hoje tranquilamente aceita.

Por isso é que todos os juristas, e não apenas os intérpretes/aplicadores da Constituição, quando analisam os processos informais de criação do direito por via interpretativa, advertem, à partida, que **uma coisa são as leituras que, mesmo novas, ainda se mantêm no espectro dos significados aceitáveis de um texto jurídico, e outra, bem distinta, são as criações sub-reptícias de novos preceitos, mediante**



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

interpretações que ultrapassam o sentido literal possível dos enunciados jurídicos e acabam por transformar os seus intérpretes em legisladores sem mandato.

Externando essa preocupação, Gomes Canotilho afirma que muito embora não se deva entender a Constituição como um texto estático e rígido, completamente indiferente às alterações da realidade constitucional, **isso não significa entregar o seu texto à discrição dos intérpretes/aplicadores, liberando-os para leituras que, realizadas à margem ou além da fala constitucional, acarretem alterações não permitidas pela Constituição.**

O tema, que preocupa os juristas, em geral, assume especial relevo entre os que trabalham com a Constituição, porque, em razão do efeito irradiante da interpretação constitucional, mesmo as leituras não autorizadas do seu texto se espalham por todo o ordenamento jurídico e nele provocam estragos, pelo menos até que sejam tiradas de circulação”

(MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 131-132).

41- De fato, de acordo com o princípio da legalidade, tem-se que as regras jurídicas expressas prevalecem sobre as regras implícitas. Se atuar de acordo com a legalidade significa fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei, e nosso sistema se baseia em direito codificado, o direito expressamente positivado tem um peso maior do que interpretações feitas a *contrario sensu*, por exemplo.

42- Como já visto, a regra explícita é que um quinto dos Tribunais será composto por advogados e membros do Ministério Público. A norma nada menciona sobre a composição do restante das vagas dos respectivos Tribunais.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

43- Ora, como não há reserva de vagas para outras categorias, poder-se-ia afirmar que, *a contrario sensu*, 4/5 dos Tribunais seriam compostos de magistrados de carreira. Tratar-se-ia de uma regra implícita, extraída de interpretação *a contrario sensu* de regra expressamente positivada no art. 94 da Constituição Federal. Conforme já demonstrado, é impossível extrair, como pretende fazer a AJUFE, uma norma explícita que contemple, ao mesmo tempo, a fração de 1/5 para advogados e promotores e 4/5 para juízes de carreira, eis que, não sendo o número total de desembargadores divisível por cinco, não será possível manter essa proporção.

44- De outra forma, como já visto, o fiel da balança não pode ser uma proporção meramente aritmética. O quinto constitucional, enquanto garantia, deve ser sempre o parâmetro jurídico de solução de uma controvérsia como esta.

45- Assim, a solução para tais casos é evidente: o intérprete deve fazer prevalecer a regra explícita, que determina que 1/5 dos desembargadores sejam oriundos do MP e da advocacia, e não a regra implícita no sentido de que 4/5 devem ser oriundos da magistratura de carreira.

46- Na hipótese dos autos, a prevalecer a interpretação dada ao dispositivo pelo acórdão recorrido, o coeficiente de desembargadores no TRF-2 oriundos do MP e da advocacia, após o preenchimento da vaga do Des. Pizzolante, será de 18,51/100 (menos do que 1/5), enquanto para cumprimento do comando constitucional deveria ser, pelo menos, 20/100 (exatamente 1/5).



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

47- É de se ressaltar que a jurisprudência pacífica de ambos os Tribunais Superiores corroboram esse entendimento, como se depreende das seguintes ementas:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADENCIA. ATO COMPLEXO. C.F., ART. 94, PARAGRAFO ÚNICO. LEI 1.533/51, ART. 18. CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL: COMPOSIÇÃO: QUINTO CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL: SOBRA. NUMERO TOTAL DA COMPOSIÇÃO QUE NÃO É MULTIPLO DE CINCO. ARREDONDAMENTO. C.F., ART. 94, ART. 107, I. I. - DECADENCIA DO DIREITO A IMPETRAÇÃO: INOCORRENCIA, TENDO EM VISTA QUE O ATO DE NOMEAÇÃO DE JUIZ DO TRF E ATO COMPLEXO, QUE SOMENTE SE COMPLETA COM O DECRETO DO PRESIDENTE DA REPUBLICA QUE, ACOLHENDO A LISTA TRIPLICE, NOMEIA O MAGISTRADO. A PARTIR DAI E QUE COMECA A CORRER O PRAZO DO ART. 18 DA LEI 1.533/51. II. - UM QUINTO DA COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS SERÁ DE JUIZES ORIUNDOS DA ADVOCACIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ESTA É UMA NORMA CONSTITUCIONAL EXPRESSA, QUE HÁ DE PREVALECER SOBRE A NORMA IMPLICITA, QUE DECORRE DA NORMA EXPRESSA, NO SENTIDO DE QUE, SE UM QUINTO É DOS ADVOGADOS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, QUATRO QUINTOS SERÃO DOS JUIZES DE CARREIRA. OBSERVADA A REGRA DE HERMENEUTICA - A NORMA EXPRESSA PREVALECE SOBRE A NORMA IMPLICITA - FORÇA E CONVIR QUE, SE O NUMERO TOTAL DA COMPOSIÇÃO FOR MULTIPLO DE CINCO, ARREDONDA-SE A FRAÇÃO - SUPERIOR OU INFERIOR A MEIO - PARA CIMA, OBTENDO-SE, ENTÃO, O NUMERO INTEIRO SEGUINTE. E QUE, SE ASSIM NÃO FOR FEITO, O TRIBUNAL NÃO TERA NA SUA COMPOSIÇÃO, UM QUINTO DOS JUIZES ORIUNDOS DA ADVOCACIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, COM DESCUMPRIMENTO DA NORMA CONSTITUCIONAL (C.F., ART. 94 E ART. 107, I). III. - PRELIMINARES REJEITADAS. MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO”.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

(Mandado de Segurança nº 22.323-SP. Rel. min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno do STF. J. em 28.09.1995 – grifou-se).

“EMENTA: Tribunal de Justiça. Se o número total de sua composição não for divisível por cinco, arredonda-se a fração restante (seja superior ou inferior à metade) para o número inteiro seguinte, a fim de alcançar-se a quantidade de vagas destinadas ao quinto constitucional destinado ao provimento por advogados e membros do Ministério Público”.

Trecho do voto do Min. Relator:

“Em defesa de uma deliberação administrativa conscientemente adotada ao revés da orientação já firmada pelo voto unânime do Plenário do Supremo Tribunal (fls. 99/103), buscam as informações extrair o argumento da indivisibilidade, por cinco, da quantidade de desembargadores (27), mas já foi esse raciocínio espancado no precedente a que me refiro, como consta da ementa redigida por seu relator, eminente Ministro CARLOS VELLOSO:

‘II – Um quinto da composição dos Tribunais Regionais Federais será de juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal. Esta é uma norma constitucional expressa, que há de prevalecer sobre a norma implícita, que decorre na norma expressa, no sentido de que, se um quinto é dos advogados e de membros do Ministério Público Federal, quatro quintos serão dos juízes de carreira. Observada a regra de hermenêutica – a norma expressa prevalece sobre a norma implícita – força é convir que, se o número total a composição não for múltiplo de cinco, arredonda-se a fração – superior ou inferior a meio – para cima, obtendo-se então, o número inteiro seguinte. É que, se assim não for feito, o Tribunal não terá na sua composição, um quinto de juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal, com descumprimento da norma constitucional (C.F., art. 94 e art. 107, I)’

Mais recentemente, foi este magistério reafirmado ao fulminar-se, na Ação Direta nº 160, dispositivo da Constituição do Estado de Tocantins, que estipulava, o percentual fixo de quatro quintos para o acesso dos Juízes de carreira, visando-se, precisamente, a assegurar prioritariamente a inteireza do quinto destinado à advocacia e ao Ministério Público. Tive, assim, ocasião de esclarecer na ementa respectiva:

‘Inconstitucionalidade da previsão, pela Carta estadual, de percentual fixo (4/5), para o preenchimento das vagas destinadas aos oriundos da magistratura, pela possibilidade de choque com a garantia do provimento



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

do quinto restante, quando não for múltiplo de cinco o número de membros do Tribunal’.

Defiro, portanto, o pedido, para que seja preenchida por candidato oriundo da classe dos advogados, a vaga decorrente da aposentadoria do Desembargador Nelson Amorim, excluída da relação processual a litisconsorte passiva Desembargadora Maria Helena Couceiro Simões”.

(Ação Originária nº 493-7 PA. Rel. Min. Octavio Galotti. Primeira Turma do STF. J. unânime em 06.06.2000 – grifou-se).

“RECURSOS ORDINÁRIOS. MANDADO DE SEGURANÇA. PROVIMENTO DE VAGA DE DESEMBARGADOR. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ. QUINTO CONSTITUCIONAL. DISPUTA ENTRE A OAB/PI E MPE/PI.

1. Direito líquido e certo demonstrado pela OAB/PI, mediante a invocação de dispositivos constitucional e legal de notoriedade inconcussa (CF, art. 94, e LOMAN, art. 100 e § 2º).
2. O aumento do número de Desembargadores do TJPI, de 13 para 14, resultou na transformação do "quinto constitucional" a ser preenchido por membros da OAB ou do MPE em número ímpar, três (3), devido ao arredondamento para maior da divisão de $14/5=2,8$.
3. Consoante entendimento consagrado pelo Excelso Pretório, intérprete máximo da Constituição Federal, secundado por este Superior Tribunal de Justiça, a norma expressa sobre o "quinto constitucional" prevalece sobre a norma implícita dos "quatro quintos" destinados aos magistrados de carreira.
4. A última vaga do mencionado Tribunal, quando composto de 13 Desembargadores, foi preenchida por membro do MPE. Desse modo, criado mais um cargo de Desembargador este deve ser provido por membro da OAB, devido ao princípio da alternância previsto em lei.
5. Recurso da OAB conhecido e provido, prejudicado o do MPE”.

(RMS 15.236/PI. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. Segunda Turma do STJ. J. unânime em 06.11.2003).

48- Por todo o exposto, percebe-se, a toda evidência, que a correta interpretação dos dispositivos constitucionais aplicáveis ao caso prestigia a



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

posição do recorrente, devendo, por esse motivo, ser o acórdão recorrido reformado, concedendo-se, no mérito, a segurança perseguida.

A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL
SOBRE O CÁLCULO DO QUINTO

49- A celeuma em torno do cálculo do quinto é antiga e provoca discussões arraigadas desde os tempos de sua implementação, na Constituição de 1934, Carta que veio substituir a Constituição de 1891 e visou implementar um Estado liberal e moderno, trazendo inovações de peso ao quadro institucional brasileiro, tais como o voto secreto (decretando o fim do voto de cabresto), a criação da Justiça Eleitoral (visando trazer ordem e legitimidade às eleições na época, marcadamente tomadas por influências coronelistas), o voto feminino, a implementação do salário mínimo e de outras políticas sociais importantes que permanecem até hoje no ordenamento jurídico brasileiro, tamanha a sua importância.

50- Assim foi com o quinto constitucional, que perpassou todos os diplomas constitucionais desde então, sobrevivendo inclusive aos períodos de instabilidade institucional e mesmo durante a ditadura militar. Sua origem, portanto, está ligada a medidas vanguardistas e democráticas, que dão o tom da sua essência, que é trazer pluralismo aos órgãos judicantes de cúpula.

51- No entanto, a forma de cálculo de sua reserva na composição dos Tribunais sempre gerou controvérsia. Como apontou o acórdão recorrido, o



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

Supremo Tribunal Federal já foi chamado a se manifestar sobre o tema em reiteradas oportunidades, citando inclusive um precedente dos idos de 1957 - MS 4.348/MG -, no qual o Supremo decidiu sobre a constitucionalidade de uma Lei do Estado de Minas Gerais que estabelecia que, na hipótese de cálculo inexato da parcela reservada ao quinto, sempre que a fração fosse maior que 0,5, prevaleceria o quinto; sendo menor que 0,5, prevaleceria a magistratura de carreira.

52- Nesse julgamento, ficou vencido o Min. relator Nelson Hungria, que votara pela prevalência da Magistratura de carreira, que seria “a regra”, sendo o quinto a exceção na composição dos Tribunais.

53- **Curioso é observar que este mesmo precedente já denota uma mudança de orientação na jurisprudência do STF, que já caminhava em direção ao posicionamento atual, de que, no caso de conta inexata, deve-se sempre privilegiar o quinto.**

54- Isso porque o posicionamento anterior do STF era justamente de acordo com a posição do Min. Nelson Hungria naquele MS 4.348/MG de 1957. Em 1950, julgou o STF o Mandado de Segurança 1.060/ES, impetrado pela OAB/ES contra ato administrativo do Tribunal daquele Estado que, com 8 membros, entendia que caberia ao quinto apenas um. Nesse julgado, o STF entendeu que, havendo conta inexata, prevaleceria a promoção de magistrado de carreira. Eis a ementa e trecho de votos:



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

“Ementa: Mandado de segurança contra ato administrativo do Trib. De Justiça. Composição do Tribunal. Inteligência e Aplicação do art. 124 da Const. Federal. Como se apurar o quinto para efeito de composição dos membros do Tribunal.”

Voto do Min. José Linhares, relator:

“O número 8 não é suscetível de divisão cômoda por 5, e só se compreende nele 1 – ficando um resto. Este resto não pode ser atribuído aos advogados e membros do Min. Público, porquanto, neste caso, seria a 4ª parte do Tribunal composta por não magistrados de carreira.”

Voto do Min. Macedo Ludolf, vogal:

“tratando-se de Tribunal de oito membros, é evidente não ser possível admitir nele o ingresso de dois elementos estranhos à magistratura. No sentido constitucional, como já se tem decidido, a nomeação de advogado ou membro do Ministério Público para Desembargador, deve corresponder a cada quinto e não à fração dele.”

55- **Como se pode observar, houve uma mudança clara de orientação do STF num espaço curto de tempo. Se em 1950 a fração caberia à magistratura, em 1957, a fração não inteira maior que 0,5 já caberia ao quinto.**

56- Deste modo, já se demonstra ser incabível o resgate da orientação do saudoso Min. Nelson Hungria, cuja posição, a seu tempo, já era defasada. Também no mesmo sentido, cai por terra a argumentação de que a “posição histórica” do STF seria no sentido de restringir o quinto. Pelo contrário. A



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

jurisprudência do Supremo caminhou e se consolidou no sentido inverso, que é a prevalência do quinto constitucional.

57- Tal é de fácil comprovação, pois o STF já se manifestou em reiteradas oportunidades desde a promulgação da Carta de 1988 nesse sentido. Alguns precedentes já foram mencionados no corpo deste petição, mas é válido repisá-los a fim de deixar clara a real posição do Supremo.

58- Em fevereiro de 1995, mais precisamente no dia 22.02.1995, o STF foi chamado a se manifestar acerca da Medida Cautelar 1171-5/SP, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, com o fito de suspender a Resolução Administrativa do Plenário do TRF-4, que deliberou que, frente à criação de mais 9 vagas para aquele Tribunal, que passaria a contar com 23, somente 4 seriam destinadas ao quinto.

59- A situação era parecida com a presente, de modo que, antes do incremento na composição do Tribunal este era composto de 14 vagas, sendo 3 destinadas ao quinto. Neste caso, a conta era igualmente inexata ($14 \text{ por } 5 = 2,8$), mas houve o arredondamento para cima, sendo destinadas 3 vagas para o quinto.

60- Com o aumento da composição, a conta seria novamente inexata ($23 \text{ por } 5 = 4,6$). O Tribunal, no entanto, entendeu que a conta deveria ser arredondada para baixo, cabendo apenas 4 vagas ao quinto.

61- Indignado, o PGR ajuizou Medida Cautelar perante o STF, que deu-lhe provimento sem maiores discussões. Veja-se a ementa:



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

“Ementa: Constitucional. Tribunais. Quinto constitucional. Resolução Administrativa do TRF/4ª Região. CF. art. 94 e art. 107, I – Suspensão cautelar da resolução administrativa do TRF/4ª Região, que fixou em quatro o número de juízes do “quinto constitucional” que integram aquela Corte.”

62- A ementa é pouco esclarecedora, mas a leitura da íntegra do acórdão dá a real noção do que veio a ser tornar a jurisprudência do STF. Veja-se breve trecho do voto do e. Min. Francisco Rezek, já citado acima, que é paradigmático do atual posicionamento do STF, de que o quinto é uma garantia a ser resguardada em sua integralidade:

“Leio na Constituição unicamente um princípio, unicamente uma garantia: a de que nos tribunais – onde os juízes de carreira têm maioria avassaladora – as classes dos advogados e membros do Ministério Público devam dispor de um quinto dos lugares. Essa é a garantia.”

“Se a fração não fosse essa que no caso concreto se estampa, 0.6 contra 0.4, mas apenas 0.1 ou 0.05 ainda assim acho que só existe um modo de preservar o preceito constitucional: valorizando a fração, qualquer que seja ela, para garantir a integridade do quinto.”

(Medida Cautelar na ADI nº 1.171-5 RS. Rel. Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. J. em 22.02.1995).

63- Não houve julgamento sobre o mérito desta questão, pois o TRF-4, diante de tão incisiva manifestação do Supremo, fez revogar, em 1995, a tal resolução, o que fez a Medida Cautelar em questão perder seu objeto. No entanto, não demorou para que o STF se manifestasse efetivamente nesse sentido.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

64- Ainda em 1995, o pleno STF julgou o MS 22.323/SP, ajuizado pela mesma AJUFE que é hoje recorrida neste RO. Neste caso o Supremo não deixou dúvidas: o Quinto é uma norma expressa, que deve prevalecer sobre a norma implícita, devendo-se arredondar **sempre** a fração para cima, não importa a proporção. **Interessante observar que o Tribunal em questão, o TRF-3, continha exatamente 27 vagas, ou seja, um caso idêntico ao atual.**

65- Segue ementa, que resume o julgamento no qual o voto do relator, Min. Carlos Velloso, foi acompanhado por quase a unanimidade do Pleno, de modo que ficou vencido apenas o Min. Maurício Corrêa:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADENCIA. ATO COMPLEXO. C.F., ART. 94, PARAGRAFO ÚNICO. LEI 1.533/51, ART. 18. CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL: COMPOSIÇÃO: QUINTO CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL: SOBRA. **NUMERO TOTAL DA COMPOSIÇÃO QUE NÃO É MULTIPLO DE CINCO. ARREDONDAMENTO. C.F., ART. 94, ART. 107, I. I. -** DECADENCIA DO DIREITO A IMPETRAÇÃO: INOCORRENCIA, TENDO EM VISTA QUE O ATO DE NOMEAÇÃO DE JUIZ DO TRF E ATO COMPLEXO, QUE SOMENTE SE COMPLETA COM O DECRETO DO PRESIDENTE DA REPUBLICA QUE, ACOLHENDO A LISTA TRIPLICE, NOMEIA O MAGISTRADO. A PARTIR DAI E QUE COMECA A CORRER O PRAZO DO ART. 18 DA LEI 1.533/51. II. - UM QUINTO DA COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS SERÁ DE JUIZES ORIUNDOS DA ADVOCACIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **ESTA É UMA NORMA CONSTITUCIONAL EXPRESSA, QUE HÁ DE PREVALECER SOBRE A NORMA IMPLICITA, QUE DECORRE DA NORMA EXPRESSA, NO SENTIDO DE QUE, SE UM QUINTO E DOS ADVOGADOS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, QUATRO QUINTOS SERÃO DOS JUIZES DE**



Ordem dos Advogados do Brasil

Seção do Estado do Rio de Janeiro

Procuradoria

CARREIRA. OBSERVADA A REGRA DE HERMENEUTICA - A NORMA EXPRESSA PREVALECE SOBRE A NORMA IMPLICITA - FORÇA E CONVIR QUE, SE O NUMERO TOTAL DA COMPOSIÇÃO FOR MULTIPLIO DE CINCO, ARREDONDA-SE A FRAÇÃO - SUPERIOR OU INFERIOR A MEIO - PARA CIMA, OBTENDO-SE, ENTÃO, O NUMERO INTEIRO SEGUINTE. E QUE, SE ASSIM NÃO FOR FEITO, O TRIBUNAL NÃO TERA NA SUA COMPOSIÇÃO, UM QUINTO DOS JUIZES ORIUNDOS DA ADVOCACIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, COM DESCUMPRIMENTO DA NORMA CONSTITUCIONAL (C.F., ART. 94 E ART. 107, I). III. - PRELIMINARES REJEITADAS. MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO.

(MS 22323, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 28/09/1995, DJ 19-04-1996 PP-12213 EMENT VOL-01824-10 PP-02224)

66- Como se pode verificar, a posição do Supremo naquela oportunidade foi clara. Como se não bastasse, tal posição foi confirmada em outros julgados a partir de então, dos quais se enumeram a ADIn 160/TO, julgada em 23.04.1998, cuja ementa já foi transcrita acima e a AO 493/PA, que trata também de um caso idêntico ao presente, uma vez que o Tribunal de Justiça do Estado do Pará era composto por precisamente 27 desembargadores. Veja-se a ementa:

EMENTA: Tribunal de Justiça. **Se o número total de sua composição não for divisível por cinco, arredonda-se a fração restante (seja superior ou inferior à metade) para o número inteiro seguinte, a fim de alcançar-se a quantidade de vagas destinadas ao quinto constitucional destinado ao provimento por advogados e membros do Ministério Público.** (AO 493, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 06/06/2000, DJ 10-11-2000 PP-00081 EMENT VOL-02011-01 PP-00001)



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

67- Novamente, não há espaço para especulações de qualquer natureza. A posição do Supremo é clara: O quinto deve prevalecer sempre. Tal é que o voto do relator, Min. Octavio Gallotti, remete aos dois precedentes anteriores, o MS 22.323/SP e a ADIn/TO, manifestando inclusive certa indignação com o deliberado desrespeito à jurisprudência unânime do Supremo. Veja-se trecho do voto do relator:

“Em defesa de uma deliberação administrativa conscientemente adotada ao revés da orientação já firmada pelo voto unânime do Plenário do Supremo Tribunal Federal, buscam as informações extrair argumento de indivisibilidade, por cinco, da quantidade de desembargadores (27), mas já foi esse raciocínio espancado no precedente a que me refiro, como consta da ementa redigida por seu relator, eminente Min. Carlos Velloso: [e transcreve a ementa do MS 22.323/SP]”

“Mais tarde, foi este magistério reafirmado ao fulminar-se, na Ação Direta nº 160, dispositivo da Constituição do Estado de Tocantins, que estipulava o percentual fixo de quatro quintos para o acesso de Juízes de carreira, visando-se, precisamente, a assegurar prioritariamente a inteireza do quinto destinado à advocacia e ao Ministério Público...[e transcreve a ementa da ADIn 160/TO]”.

68- Diante de tudo isso, resta evidente qual a posição do Supremo, reiterada e confirmada em diferentes ocasiões - e com diferentes composições, o que confere legitimidade ao posicionamento jurisprudencial e afasta qualquer necessidade de forçar nova manifestação do STF sobre o tema, como tanto insistem os recorridos.

69- A Jurisprudência do STF se desenvolveu e se aperfeiçoou no sentido de que o Quinto é uma garantia que deve sempre prevalecer, por ser esta



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

a vontade constitucional. Também a este respeito, não há sentido em invocar a suposta “posição histórica” do STF, que, se existe, está em consonância com a posição das recorrentes, conforme se demonstrou pela minuciosa análise jurisprudencial ora oferecida.

70- Além disso, devem os julgadores ter em mente que **a posição atual do Supremo se consolidou toda sob a égide da Constituição Federal de 1988**, que veio para inaugurar uma nova ordem jurídica e institucional, implementando uma democracia estável e consolidada. Deve, portanto, prevalecer, no mais das vezes, a Jurisprudência democrática do STF, que prestigia e reafirma os valores do pluralismo, ao fazer prevalecer o quinto constitucional.

SOBRE O ENQUADRAMENTO REPUBLICANO DO QUINTO
CONSTITUCIONAL: COOPERAÇÃO E NÃO DISPUTA

71- Em praticamente todos os argumentos expendidos ao longo da instrução e julgamento do mandado de segurança impetrado pela OAB/RJ, nomeadamente nos que pugnaram ou decidiram pela sua denegação, estava presente no enquadramento que permitia e perfazia a coerência de fundo daqueles argumentos a imagem de uma disputa, de um jogo competitivo no sentido nashiano, em que o equilíbrio seria alcançado pela soma zero: ou seja: se a OAB ganhasse, e conseqüentemente a vaga fosse para a advocacia, a magistratura perdia; se a OAB perdesse, e conseqüentemente, a vaga fosse para magistrado de carreira, a magistratura ganharia.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

72- Note que este enquadramento perpassou mesmo argumentos favoráveis ao pleito da OAB/RJ e que votaram pela concessão da segurança: o quinto constitucional teria de ser especialmente justificado – por valores ou normas constitucionais tais como o princípio fundamental do pluralismo político (art. 1º, IV, da CF/88) – uma vez que estabeleceria um tipo de vaga nos tribunais que viria em contrário à ascensão funcional típica da magistratura. Mais uma vez, fosse qual fosse o motivo, como a magistratura perdia um lugar, era preciso justificar, em outras fontes, a possibilidade de investidura nos tribunais pelo quinto constitucional. Note-se que em nenhum momento se teve ou se ensaiou justificar os “demais lugares” dos tribunais para os magistrados de primeiro grau.

73- Em verdade, no entanto, ao invés de um jogo de disputa, o quinto constitucional tem de ser enquadrado, nesse e em outros casos, como um jogo de cooperação. Não é que o advogado ou membro do MP ganhe uma vaga nos tribunais às expensas de uma vaga de magistrado de primeiro grau – e, por isso, tenha de disputar com ele vaga a vaga. Ao contrário, como bem colocaram vários desembargadores federais em seus votos vencidos, o quinto constitucional colabora, junto com os magistrados de carreira, para um tribunal mais apto a desempenhar o seu papel constitucional de instância de revisão plena das decisões da magistratura de primeiro grau.

74- Sob esse novo enquadramento, não faz mais sentido a rejeição implícita demonstrada pelo eminente relator do mandado de segurança a uma suposta busca de vagas no tribunal pela OAB – rejeição que fica clara na referência nada elogiosa que fez S. Exa. ao dizer que em 1957, no suposto primeiro precedente do STF sobre a matéria, a “OAB estava satisfeita com o



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

arredondamento apenas da fração superior a cinco décimos. Nem lutava por mais, como o faz hoje.” (fls. 290)

75- Com efeito, sob o enquadre da cooperação, não deve haver disputa por mais ou menos lugares: deve haver um quinto destinado à advocacia e ao MP, com “os demais lugares” providos por magistrados que ascendam funcionalmente. Ambos cooperam pela formação de um melhor tribunal. Ambos se juntam na formação de decisões mais plurais. Ambos se influenciam mutuamente, no afã de revisar e consolidar decisões de primeira instância. Enfim, ambos dialogam, a partir de suas experiências e narrativas pessoais próprias, compondo, cooperativamente, um entendimento coletivo mais maduro e justo, como sói acontecer em órgãos jurisdicionais colegiados. Os magistrados de primeiro grau continuam, como não poderia deixar de ser, a formar a grandíssima maioria dos membros dos tribunais de segundo grau. Mas não poderão prescindir ou disputar com seus colegas oriundos do quinto constitucional, senão com eles cooperar e dialogar, buscando trocar argumentos, entendimentos, numa mútua influência voltada para o engrandecimento pessoal e institucional.

76- Este enquadre cooperativo, não competitivo deve, pois, ser o fio condutor de uma pré-compreensão que dê sentido de coerência aos argumentos sobre a matéria. De forma, antes de tudo, a afastar considerações meramente numerológicas, que neguem este sentido fundamental. Um sentido essencialmente republicano de permitir que o diálogo entre as várias influências culturais e pessoais, com vistas à formação de vontade e decisão racional do poder – seja ele executivo, legislativo, ou, para o que interessa aqui, judiciário.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

NECESSIDADE DE RECEBIMENTO DESTE RECURSO
TAMBÉM NO EFEITO SUSPENSIVO
PERICULUM IN MORA

- 77- O *periculum in mora*, na hipótese dos autos, é evidente.
- 78- A efetivação da decisão recorrida fará com que este recurso (assim como outros sucessivos e eventuais recursos) perca totalmente sua utilidade, ante a eventual promoção de um juiz ao cargo de desembargador e ocupação da vaga aberta com o falecimento do Des. Pizzolante.
- 79- Tal situação, diante do regime dos servidores públicos, tende a ser praticamente irreversível, e fará consumir a evidente inconstitucionalidade que ora se combate.
- 80- O recurso ordinário constitucional, como se sabe, tem regime idêntico ao do recurso de apelação. É o que determina expressamente o art. 540 do CPC, *in verbis*:
- “Art. 540. Aos recursos mencionados no artigo anterior aplica-se, quanto aos **requisitos de admissibilidade e ao procedimento no juízo de origem**, o disposto nos Capítulos II e III deste Título, observando-se, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o disposto nos seus regimentos internos”.
- 81- O art. 558 do CPC, por sua vez, permite que o relator do recurso, diante da possibilidade de lesão grave e de difícil reparação, conceda efeito



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

suspensivo ao recurso dele despido, como é o caso do recurso interposto do julgamento de mandado de segurança. Cumpre ressaltar que o parágrafo único do mesmo artigo deixa expresso sua aplicação ao recurso de apelação, e, por consequência, ao recurso ordinário, já que se trata de questão de admissibilidade a ele atinente.

82- Sendo assim, é imperativo o recebimento do presente recurso também no efeito suspensivo, a fim de impedir qualquer procedimento destinado ao preenchimento da vaga vacante em virtude do falecimento do Des. Pizzolante, até seu julgamento definitivo.

PEDIDO

83- Por todo o exposto, pede a recorrente:

84- Seja este recurso recebido também no efeito suspensivo, com base nos arts. 540 e 558 do CPC, impedindo, com isso, o início do procedimento destinado ao preenchimento da vaga do Des. Francisco Pizzolante.

85- Ao final, a OAB/RJ requer seja dado INTEGRAL PROVIMENTO ao presente recurso para, reformando o acórdão proferido pelo Plenário do TRF-2, julgar TOTALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial do Mandado de Segurança, determinando que a vaga aberta com o falecimento do Des. Francisco Pizzolante seja preenchida por um membro oriundo da advocacia, e expedindo-se o ofício mencionado no art. 30 de seu Regimento Interno ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Procuradoria

Termos em que,
Pede deferimento.
Rio de Janeiro, 16 de julho de 2009.

RODRIGO MOREIRA
OAB/RJ 162.575-E

JOÃO PEDRO PÁDUA
Procurador da OAB/RJ
OAB/RJ 130.690

GUILHERME PERES DE OLIVEIRA
Subprocurador-Geral da OAB/RJ
OAB/RJ 147.553

RONALDO CRAMER
Procurador-Geral da OAB/RJ
OAB/RJ 94.401

WADIIH DAMOUS
Presidente da OAB/RJ
OAB/RJ 768-B