

**PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO 0007828-62.2009.2.00.0000****Requerente:** Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Espírito Santo**Interessado:** Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - Anpt

Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho -

Anamatra

Requerido: Tribunal Regional do Trabalho 17a. Região**Advogado(s):** DF007077 - Alberto Pavie Ribeiro e Outros (INTERESSADO)

DF012500 - Aristides Junqueira Alvarenga e Outros

(INTERESSADO)

PROCEDIMENTOS DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. TRT 17ª REGIÃO. PEDIDOS DE CONTROLE MANEJADOS PELA OAB-SEÇÃO ESPÍRITO SANTO E ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DO TRABALHO - ANPT. QUINTO CONSTITUCIONAL. FRAÇÃO RESULTANTE DA DIVISÃO POR CINCO. DEFINIÇÃO DA CLASSE QUE DEVE OCUPAR A VAGA DO QUINTO CONSTITUCIONAL.

1. A composição dos tribunais com o quinto constitucional não sofreu qualquer modificação ou mitigação, estando em pleno vigor, independentemente do número de componentes da Corte.
2. Quando o tribunal é composto por número cuja divisão resulta em fração, o arredondamento deve ser feito para cima, conforme firme entendimento do STF.
3. A vaga no TRT 17ª Região deve ser ocupada pela classe dos advogados, obedecendo a alternância e sucessividade.

Trata-se de pedidos de controle de ato administrativo praticado pelo TRT da 17ª Região ao destinar a quarta vaga criada pela Lei 11986/2009 à magistratura trabalhista, quando a vaga deveria ser destinada para um membro das categorias que compõem o quinto constitucional.

A Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) afirma que referida lei criou cargos no âmbito do TRT da 17ª Região, aumentando as vagas destinadas ao quinto constitucional, motivando um pedido para que tal vaga fosse destinada ao Ministério Público porque é categoria sub-representada no Tribunal e porque inexistente precedência entre os membros do MP e da advocacia.

Informa que o tribunal decidiu que a quarta vaga criada seria destinada à magistratura de carreira, já que não se arredonda para cima, ou seja, havendo doze cargos de desembargador, dois são do quinto constitucional e os demais da magistratura de carreira, em afronta à decisão do Supremo Tribunal Federal.

A OAB, no processo conexo, reiterou os fatos alegados pela ANPT, acrescentando que a Constituição não garantiu que esses Tribunais fossem ocupados por 4/5 de magistrados de carreira e 1/5 das classes dos advogados e MP, até porque não é aritmeticamente possível manter essa proporção e que, portanto, a regra é a composição de 1/5 dos desembargadores sejam oriundos do MP e da advocacia que deve prevalecer.

Requeru a suspensão cautelar da decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região que destinou todas as vagas criadas pela Lei nº 11.986/2009 para preenchimento por membros oriundos da Magistratura, na forma permitida pelo art. 99 do Regimento Interno.

Por fim, requer também que seja declarada a inexistência de direito dos membros do MP à vaga em razão da inocorrência de situação de desequilíbrio entre as classes, uma vez que o número de vagas era par desde a instituição do TRT-ES até a edição da referida Lei, tendo a OAB-ES sido a classe para quem a vaga do quinto constitucional foi primeiramente destinada e deverá ocupar a terceira vaga aberta, em virtude do preenchimento por alternância.

Indeferi a liminar no PCA nº 0000406-02.2010.2.00.0000 por ausência dos requisitos legais, enquanto o Conselheiro Ives Gandra, em regime de plantão, indeferiu a liminar pleiteada no processo conexo. Posteriormente, reconsiderei minha decisão, e deferi a liminar para suspender processo de promoção para o Tribunal.

O Tribunal prestou informações, em ambos os processos, alegando, em síntese, que *"o ponto nodal da questão cinge-se à interpretação do art. 94 da Constituição e sua correta forma de aplicação a Tribunal cuja composição não é múltipla de cinco."* Afirmou o entendimento de que não sendo múltiplo de cinco o número atual, de doze desembargadores, um quinto fica sendo dois.

Argumenta, ainda, que este deve ter sido o raciocínio do legislador constituinte, ou teria estabelecido regra diversa.

Além disso, não há primazia da regra do quinto sobre a regra do 4/5 de vagas que devem ser preenchidas por magistrados de carreira.

Concluiu afirmando que o entendimento que adotaram é de que o cálculo das vagas do quinto deve ser feito de forma a restringir o número de representantes do Ministério Público e OAB, de modo que o preenchimento da quarta vaga de Desembargador criada pelo Lei 11.986/09 deve ser destinada à magistratura.

Manifestaram-se nos autos, admitidas como interessadas, a Associação de Magistrados da Justiça do Trabalho da 17ª Região, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho e a Associação dos Magistrados Brasileiros, todas defendendo a tese do TRT da 17ª Região, no sentido de que a vaga em discussão é da magistratura e não do quinto constitucional, sob diversos argumentos.

A ANAMATRA defendeu, entre outros argumentos: (i) necessidade de revisão da participação de advogados e membros do MP na composição dos tribunais; (ii) equívoco na interpretação do STF sobre o arredondamento para cima, desrespeitando o 4/5 da magistratura que deve compor o tribunal, mesmo porque ainda não se trata de entendimento fechado e, de qualquer maneira, o entendimento é de que arredonda para cima quando a fração for igual ou superior a 0,6; (iii) o fato de que o magistrado ingressa na carreira por concurso, devendo ser prestigiado, como era entendimento do STF na época dos Ministros Nelson Hungria, Barros Barreto, Ary Franco, Afrânio Antonio da Costal, José Linhares, Macedo Ludol, Rocha Lagoa e Luiz Gallotti. Concluiu, afirmando que, por ser excepcional a regra do quinto deve ser interpretada restritivamente.

A AMATRA 17 também defendeu que a Emenda 45/2004 deu novo perfil ao Poder Judiciário, não estando pacificada a questão do quinto constitucional. Ademais, como não há expressões como "no mínimo" ou "pelo menos" 1/5 de magistrados oriundos do MP e advocacia e a regra é que o tribunal seja composto por magistrados de carreira.

A AMB aduziu que não há ilegalidade para ser corrigida na decisão do TRT 17^a Região, que apenas exerceu sua autonomia administrativa, decidindo no sentido de que a composição de 12 membros admite apenas duas vagas para o quinto constitucional porque não se trata de número divisível por cinco.

O Procurador-Geral de Justiça manifestou-se também argumentando que a obediência à regra do quinto constitucional impõe que em 12 membros, três sejam as vagas na medida em que 2,4 deve ser arredondado para cima, conforme já decidiu o Supremo. Também afirmou que a vaga é do Ministério Público porque não se pode deixar a escolha para o tribunal que, no preenchimento da segunda vaga pelo MP, houve um lapso de três meses em relação à vaga da OAB.

É o relatório. Voto:

I Ato combatido

A decisão objeto dos pedidos de controle administrativo foi assim ementada:

O Tribunal composto por 12 cargos de Desembargador tem composição insuficiente para abertura de outras vagas destinadas ao quinto constitucional, o que será observado quando sua composição for múltipla de cinco. Mesmo que admitida qualquer tese de arredondamento, este seria para baixo. Noutras palavras, tratando-se de unidades que podem ser fracionadas, 1/5 de 12 é 2,4. Não sendo, entretanto, possível fracionar a unidade, como agora, 1/5 de 12 é dois. Frisamos: 1/5 é 1/5 e não mais do que isso. E nem se argumente com decisões do STF no sentido de arredondamento para cima. Após a Emenda 45/2004, a democratização do Poder Judiciário, que se visava com a composição de pessoas egressas de

outras categorias, foi atendida com a composição múltipla do CNJ, e o quinto passa, agora, a desempenhar um papel num contexto jurídico diverso do anterior. À luz do novo contexto, não há porque olvidar da máxima em direito de que as regras de exceção devem ter interpretação restritiva.

II Controvérsia

Toda a celeuma se limita à definição do que seja o quinto constitucional quando a composição do tribunal não é múltipla de cinco: (i) se aplicável somente aos casos em que o tribunal tem composição múltipla de cinco; ou (ii) se arredondado para cima sempre que a divisão da composição por cinco resultar em fração.

O TRT da 17ª Região decidiu, como se vê da ementa acima reproduzida, pela primeira hipótese, afirmando que o quinto constitucional somente será observado quando a composição do tribunal for divisível por cinco, ou seja, sendo dez Desembargadores, duas vagas serão do quinto constitucional, mas sendo doze desembargadores, duas ainda serão as vagas porque doze não é divisível por cinco.

O mesmo raciocínio se aplicaria nas hipóteses de 11, 12, 13 ou 14 vagas, todos números não divisíveis por cinco. Apenas a 15ª ensejaria o ingresso de mais um membro pelo quinto constitucional.

A ANAMATRA defende que este era o posicionamento inicial do STF e se apega àquele momento histórico para defender que as novas vagas para o TRT 17ª Região são de magistrados de carreira e não do quinto constitucional. O mesmo faz a AMATRA 17, considerando o tema sob a luz da Emenda 45 e dos novos contornos do Poder Judiciário.

III - Fundamentação

O que pretendem as associações, defendendo os legítimos interesses dos magistrados que representam, é que a regra do quinto constitucional, por algum motivo, teria sofrido uma modificação hermenêutica, passando a merecer interpretação restritiva, por ser exceção.

A regra do quinto constitucional não é exceção. É regra claramente estabelecida na Constituição e não revogada, mitigada ou modificada pela Emenda 45.

O quinto constitucional mantém-se em pleno vigor, com os mesmos fundamentos que motivaram sua criação: a renovação nas discussões nos tribunais, em face das diferentes experiências profissionais de advogados e membros do MP, de elevada cultura jurídica e comportamento íntegro. Trata-se da dupla finalidade de dinamizar e democratizar o Poder Judiciário, tão debatida pela doutrina.

Há, sem dúvida, divergência doutrinária sobre a importância e validade atual do quinto constitucional, especialmente pelos seguintes fundamentos: (i) as modernas iniciativas de capacitação e aprimoramento dos quadros do Poder Judiciário, com

o novo perfil dos magistrados, que se mantêm atualizados e modernos, acompanhando *pari pasu* a mudança dos tempos, já não justificaria o ingresso de pessoas de outras carreiras para injetar novidades nos tribunais; (ii) não deve ser possível acessar a carreira da magistratura por outra forma que não seja o concurso público; (iii) ao contrário de aprimorar as decisões judiciais, as pessoas que vêm das carreiras da advocacia e do Ministério Público trazem suas culturas profissionais e posturas que são, por definição, parciais e (iv) a forma política de ingresso.

Uma das críticas mais acentuadas a este critério de composição dos tribunais, diz respeito ao caráter político do cargo, à aprovação do nome pelo tribunal, sujeitando a OAB e o MP, prejudicando a liberdade e autonomia destas instituições, como defende o advogado Raul H. Aidar[1]. Ademais, a escolha final é do Poder executivo, que novamente sujeita o candidato ao constrangimento de buscar apoio para sua nomeação.

O autor defende que aqueles advogados e promotores que desejam ser magistrados e possuem notório saber jurídico não enfrentariam dificuldades em passar no concurso público, forma adequada de acessar a carreira.

Em 2005, ao entregar o projeto para extinção do quinto constitucional, como noticiou a imprensa, a ANAMATRA defendia que a *via crucis* a que se submetia o candidato que desejava aprovação de seu nome para o tribunal "*ofusca e ofende a inteira independência, tornando-o parte integrante, senão submissa, do poder político*"[2].

Apesar das relevantes razões, assinadas por ilustres doutrinadores, há outro lado, que justifica a existência do quinto constitucional, nas exatas palavras do Prof. Luiz Otavio de Oliveira Amaral[3]:

A idéia de fazer-se honra a um advogado de nomeada investindo-o na alta magistratura, tem raízes fincadas na tradição inglesa e é explicado em função de um leque de conveniência: mesclar a formação dos tribunais com outra matiz jurídico-profissional; reforçar a têmpera de independência da magistratura; homenagear a corporação que é só luta pelo Direito e pela justiça.

O mesmo raciocínio se aplica ao membro do Ministério Público, ressaltando que neste caso, trata-se de pessoa que ingressou em carreira pública por meio de concurso.

A par da divergência doutrinária, não tenho dúvidas sobre a solução da presente controvérsia: o quinto constitucional está em pleno vigor e a interpretação última da Suprema Corte é no sentido de que o arredondamento deve ser feito para o número maior, evitando subrepresentação das classes dos advogados e membros do Ministério Público.

Não há dúvida sobre a vigência e higidez do quinto constitucional. Assim como não há regra de 4/5 de magistrados na composição:

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

Não se extrai desse dispositivo, nem de qualquer outro, a regra de que 4/5 dos lugares nos tribunais serão dos magistrados.

Foi este, justamente, um dos argumentos do Ministro Sepúlveda Pertence, quando votou no sentido de que o arredondamento para a vaga do quinto constitucional será para cima, sem considerar a fração de 0,6, defendida pela Anamatra.

Em outras palavras, não há garantia de quantidade mínima de juizes para compor os tribunais: **há garantia de que um quinto dos lugares serão de advogados e membros do Ministério Público.**

Em conclusão, a quarta vaga de Desembargador, criada pela Lei nº Lei 11.986/2009, no TRT da 17ª Região, é do quinto constitucional.

IV Classe a ser representada

Definido que a vaga será do quinto constitucional é preciso solucionar o segundo ponto de embate: qual a classe que deve ser representada na vaga do TRT da 17ª Região.

E, neste caso, dúvida não há de que se trata da classe dos advogados, que ocupa a primeira vaga e agora deve ocupar a terceira vaga, enquanto o Ministério Público ocupa a segunda vaga. Portanto, sendo 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 cada uma dessas classes superem os da outra em uma unidade, conforme previsão contida no § 2º do art. 100 da LOMAN.

A contingência de ter demorado dois ou três meses para tomar posse o Desembargador oriundo do Ministério Público, em nenhuma hipótese, poderia ensejar o argumento *ad terrorem* de que a classe esteve subrepresentada.

Ante o exposto,

a) **julgo procedente** o pedido de controle administrativo para revogar a decisão do TRT da 17ª Região, definindo que a quarta vaga de Desembargador é do quinto constitucional;

b) **Julgo procedente** o pedido da OAB-Seção do Espírito Santo, para definir que a vaga é da classe dos advogados.

É como voto.

MARCELO NOBRE

Conselheiro

[1]. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=303>

[2]. <http://www.conjur.com.br>, maio de 2005

[3]. <http://jusvi.com/artigos>, julho de 2009

Brasília,

ART. 94 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TRIBUNAL CUJA COMPOSIÇÃO NÃO É MÚLTIPLA DE CINCO. VAGA DEVE SER DESTINADA AO JUIZ DE CARREIRA E NÃO AO QUINTO CONSTITUCIONAL. CORRETA INTERPRETAÇÃO À LUZ DO CONTEXTO JURIDICO ATUAL.



Assinado eletronicamente por: **Processo Judicial Eletronico PJe 1.4.3**

30/03/2014 00:00:00

Processo Judicial Eletronico PJe 1.4.3

30/03/2014 00:00:00

<https://www.cnj.jus.br:443/pjecnj/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

ID do documento: **1058325**



10112415240300000000001057617