



Número: **0007308-19.2020.2.00.0000**

Classe: **PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS**

Órgão julgador colegiado: **Plenário**

Órgão julgador: **Gab. Cons. Marcos Vinícius Jardim Rodrigues**

Última distribuição : **19/03/2021**

Valor da causa: **R\$ 0,00**

Assuntos: **Magistratura**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECCIONAL ESPIRITO SANTO (REQUERENTE)	LUIZ FERNANDO VIEIRA MARTINS (ADVOGADO)
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - TJES (REQUERIDO)	
ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB (TERCEIRO INTERESSADO)	CAIO MAIA XAVIER DE OLIVEIRA (ADVOGADO) TAINAH MACEDO COMPAN TRINDADE (ADVOGADO) SAMARA DE OLIVEIRA SANTOS LÉDA (ADVOGADO) ALEXANDRE PONTIERI (ADVOGADO)
ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESPÍRITO SANTO - AMAGES (TERCEIRO INTERESSADO)	RAPHAEL AMERICANO CAMARA (ADVOGADO) DELANO SANTOS CÂMARA (ADVOGADO)
SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - SINDIJUDICIÁRIO - ES (TERCEIRO INTERESSADO)	RUDI MEIRA CASSEL (ADVOGADO)

Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
44099 56	04/07/2021 08:38	Decisão	Decisão

Autos: PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS - 0007308-19.2020.2.00.0000

Requerente: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECCIONAL
ESPIRITO SANTO

Requerido: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -
TJES

DECISÃO

Trata-se de Pedido de Providências (PP), com requerimento liminar, formulado pela ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DO ESPÍRITO SANTO (OAB/ES) em face do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (TJES), por meio do qual questiona o não provimento do cargo vago de desembargador destinado ao quinto constitucional.

O requerente alega que o TJES possui 30 cargos de desembargador, dos quais seis são destinados ao quinto constitucional, sendo três do Ministério Público e três da OAB/ES, de modo que, em razão da aposentadoria do Desembargador Álvaro Manoel Bourguignon, com efeito a partir de 10/02/2020, resta vaga umas das cadeiras do quinto constitucional destinada à Advocacia.

Expõe que o não provimento da vaga por tempo indeterminado violaria os princípios da paridade na representação, da igualdade e da segurança jurídica e que a existência de vagas abertas pertencentes à magistratura em nada interferiria naquelas afeitas ao quinto constitucional.

Sustenta que, mesmo em se cogitando a possibilidade de nomeação de membros da magistratura antes da vaga do quinto constitucional, tal circunstância também encontraria óbice no número da atual composição do TJES, qual seja 27 membros, tendo em vista que a fração obtida com arredondamento para cima na composição do quinto constitucional ainda seria de seis integrantes.

Declara que a postura do Tribunal demonstra injustificada recalcitrância e nítida intenção de utilização tangente da



estrutura de gabinete e das dotações orçamentárias do quinto constitucional na vaga da magistratura.

Em relação à observância da Lei de Responsabilidade Fiscal, destaca que os repasses dos duodécimos pelo Poder Executivo local têm se mantido inalterados, em estrita observância à Lei Orçamentária de 2020.

Destaca que o preenchimento das vagas abertas no Tribunal não se insere em contexto de discricionariedade das decisões da Corte.

Ao final, requer:

[...]a imediata deflagração do processo de seleção para vaga destinada à Advocacia em razão do quinto constitucional, tendo em vista a aposentadoria do Desembargador ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOUGUIGNON (oriundo da Advocacia). Ou seja, que o TJES seja compelido, liminarmente, a oficiar a Seccional da OAB/ES, comunicando acerca da vaga para, posteriormente, receber a Lista Sêxtupla e dar seguimento à eleição da Lista Tríplice e, por fim, proceda à comunicação do Exmo. Senhor Governador do Estado do Espírito Santo[...].

Devidamente intimado para se manifestar, o TJES informou que, desde 2015, os efeitos da crise econômica criaram restrições orçamentárias para o preenchimento do quadro de magistrados e servidores, gerando um déficit de mão de obra no Tribunal.

Além disso, o Tribunal pontua que não poderia dar início ao procedimento de escolha do quinto constitucional, já que o Desembargador ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON não se encontraria devidamente aposentado, aguardando decisão do Tribunal de Contas do Estado.

O TJES esclarece que há cinco anos existem duas vagas em aberto para desembargador da carreira da magistratura, as quais teriam preferência no preenchimento, dentro da ordem cronológica, referenciando, ainda, os limites estabelecidos na Lei de



Responsabilidade Fiscal c/c com a Lei Complementar que estabeleceu o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus, sendo impossível a instituição da estrutura de pessoal, salvo para substituição, motivo pelo qual não seria viável o provimento da vaga de desembargador antes de 2022.

Defende que, ao interpretar o regime jurídico sobre os procedimentos para a movimentação e promoção de magistrados, o CNJ construiu jurisprudência no sentido de que “*o provimento das vagas deverá ocorrer de acordo com a ordem de abertura*”, de sorte que as vagas existentes deveriam ser preenchidas respeitando-se a ordem cronológica em que surgiram.

Destaca, ainda, que o Tribunal tem passado por mudanças estruturais e institucionais, a fim de alcançar o equilíbrio financeiro em cumprimento às resoluções e determinações do próprio CNJ a impactar o processo de tomada de decisão em relação ao preenchimento do cargo vago de desembargador (PCA n. 0004481-35.2020.2.00.000, PP 0000262-81.2017.2.00.0000, e PCA n. 0002272-35.2016.2.00.0000).

Aponta a possibilidade de perigo inverso no provimento liminar, por entender que a eventual concessão de medida provisória poderia causar prejuízos irreparáveis ao serviço jurisdicional prestado pelo Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo.

Inicialmente, o feito foi distribuído à então Conselheira Maria Cristiana Simões Amorim Ziouva, que indeferiu o requerimento liminar e deferiu o ingresso da Associação dos Magistrados do Espírito Santo (AMAGES), da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e do Sindicato dos Servidores Públicos do Poder Judiciário no Estado do Espírito Santo (SINDIJUDICIÁRIO/ES) como terceiros interessados.

Em razão de vacância do cargo, o feito foi redistribuído a este Gabinete na data 19/03/2021, momento em que foram requisitadas informações complementares ao Tribunal (Id 4373895).



No Id 4379035, a OAB/ES informa a publicação, em 31/05/2021, dos editais n. 12 e n. 13 para o provimento de duas vagas de desembargadores no Tribunal, na modalidade de merecimento e antiguidade, respectivamente. Ao final, a Ordem reitera o requerimento liminar.

O Tribunal presta informações complementares no Id 4402541, nas quais confirma a publicação de editais para o preenchimento de duas vagas de desembargador destinadas à magistratura.

É, em breve síntese, o relatório.

Fundamentação

Conforme relatado, cuida-se de PCA no qual se pretende, liminarmente, o início do processo de seleção para vaga destinada ao quinto constitucional para provimento do cargo de desembargador do TJES.

O Regimento Interno deste Conselho estabelece, em seu artigo 25, XI, os seguintes requisitos para a concessão de medidas urgentes e acauteladoras: (i) existência de fundado receio de prejuízo ou de dano irreparável; (ii) risco de perecimento do direito invocado.

Nesse sentido, no âmbito deste Conselho, as liminares são providências de natureza cautelar e, para seu deferimento, é imprescindível a verificação do *fumus boni iuris*, consistente na demonstração da plausibilidade do direito defendido e do *periculum in mora*, caracterizado pela possibilidade de que a não concessão de um provimento imediato traga à parte danos de difícil reparação, requisitos que **verifico presentes no caso em apreço**, em face da notícia que o Tribunal deflagrou editais para provimento de duas vagas ao desembargo e as destinou à magistratura.



A e. relatora que me antecedeu indeferiu o requerimento liminar, por entender que o pedido para determinar ao Tribunal o início do processo de seleção para provimento da vaga destinada ao quinto constitucional, independentemente do preenchimento de outras vagas destinadas à magistratura, confundir-se-ia com o próprio mérito.

Detinha razão a então Conselheira, inserta no contexto factual à época da prolação daquela decisão. Todavia, o TJES publicou os editais n. 12 e n. 13, no dia 31/05/2021, destinados ao provimento de duas vagas pela magistratura, alterando o esquadramento fático da presente demanda e colocando **em risco ao resultado útil do processo**. Explico.

Existem hoje 30 cargos de desembargadores no TJES. Em decorrência do quinto constitucional previsto no art. 94 da CF/88¹, seis cargos são destinados - em regime de equivalência - à Advocacia e ao Ministério Público.

Atualmente, o Tribunal possui três cargos vagos, sendo um destinado ao quinto constitucional. Dessa forma, existem 27 desembargadores no TJES, sendo três oriundos do Ministério Público e **apenas dois da OAB/ES**, consoante quadro abaixo:

Total de Cargos no TJES = 30	
Total de Cargos Providos = 27	
Classe	Número
Magistratura	22
Ministério Público	3
Advocacia	2

¹ 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.



Contudo, este Conselho, em razão da jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, fixou entendimento de que, se o número total da composição de um tribunal não for divisível por cinco, deve-se arredondar a fração, seja ela superior ou inferior, sempre para o **número inteiro seguinte**. Nesse sentido:

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO - TRT DA 11ª REGIÃO - DÚVIDA NÃO RAZOÁVEL QUANTO À DESTINAÇÃO DE VAGA AO QUINTO CONSTITUCIONAL - JURISPRUDÊNCIA ASSENTE NO STF E CNJ.

1. A jurisprudência firme e hodierna do STF está assente no sentido de que, havendo fração quando da divisão do número de vagas dos tribunais destinadas ao quinto constitucional da Advocacia e do Ministério Público, o arredondamento opera-se para o número superior inteiro, e não para menos, sob pena de se dar subrepresentação das classes.

2. (...)

Procedimento de controle administrativo julgado procedente.

(CNJ - PCA - Procedimento de Controle Administrativo - 0008091-60.2010.2.00.0000 - Rel. IVES GANDRA - 125ª Sessão Ordinária - julgado em 26/04/2011).

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. PROVIMENTO DE VAGA DE JUIZ DE TRIBUNAL. QUINTO CONSTITUCIONAL. FRAÇÃO. ARREDONDAMENTO.

1. A norma constitucional expressa afirma que os Tribunais Regionais do Trabalho serão compostos de um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho. Por se tratar de norma expressa, prevalece sobre a norma implícita, daquela decorre, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. Se o número total da composição de um Tribunal não for divisível por cinco, arredonda-se a fração restante para o número inteiro seguinte, a fim de alcançar-se a quantidade de vagas destinadas ao quinto constitucional.

3. Pedido julgado procedente.

(CNJ - PP - Pedido de Providências - Conselheiro - 0005445-43.2011.2.00.0000 - Rel. JORGE HÉLIO CHAVES DE OLIVEIRA - 142ª Sessão Ordinária - julgado em 28/02/2012).

Por essa razão, no particular, a partir da 26ª vaga, haveria de constar, obrigatoriamente **seis vagas reservadas ao**



quinto constitucional no TJES, até a composição do Tribunal ultrapassar 30 componentes, quando o quinto passará a contar com sete vagas e assim sucessivamente.

Assim, se a Corte do Estado do Espírito Santo possuir, 30, 29, 28, 27 ou 26 cargos de desembargador, deverá reservar obrigatoriamente **seis vagas ao quinto constitucional**.

In casu, verifica-se que, conquanto o TJES possua 30 cargos dos quais 27 estão providos, o Tribunal não observou o dever de manter a representatividade do quinto constitucional, porquanto apenas cinco cargos estão providos por representantes do Ministério Público e da Advocacia, em violação ao comando constitucional.

Além disso, o Tribunal criou uma inferioridade de representação, uma vez que a Advocacia possui apenas **duas vagas** em face de **três** do Ministério Público, quando a composição atual possibilita a ocupação paritária entre as classes.

O quinto constitucional exerce papel relevante na Constituição Federal de 1988, ao possibilitar uma composição plural dos tribunais, de modo que sua inobservância atenta contra o próprio regime democrático. Esse é o exato entendimento do Ministro Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, ao examinarem a jurisprudência do Supremo sobre o tema, *in verbis*:

Ao assentar que um dos mandamentos constitucionais para a composição de órgãos judiciais era a observância do denominado “quinto constitucional”, o Tribunal chamou a atenção para um elemento que assume valor ímpar nas sociedades pluralistas: a composição plural dos órgãos judiciais.

Como anotado, a obediência ao preceito que estabelece o quinto constitucional rende notória homenagem à principiologia constitucional (pluralismo, democracia), permitindo que os Tribunais tenham, necessariamente, uma composição diversificada. A não satisfação do dispositivo constitucional configura, portanto, um desvalor que, certamente, não encontra respaldo na estrutura constitucional brasileira, tal como anotado na decisão do STF.²

² Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017



O TJES, todavia, entende que as duas primeiras vagas devem ser providas pela magistratura, em decorrência da ordem cronológica de vacância, sustentando, ainda, dificuldades financeiras para o provimento imediato das três vagas de desembargador.

Concessa venia, conforme acima dissertado, em caso de provimento apenas das vagas destinadas aos magistrados de carreira, o Tribunal continuará infringindo comando constitucional, inclusive porque não existe discricionariedade da Administração do TJES para decidir a conveniência do preenchimento das vagas destinadas ao quinto constitucional, mormente quando não há notícias de descumprimento dos repasses dos duodécimos para o custeio dos cargos criados por lei e com previsão orçamentária própria.

Em julgamento sobre o tema, a Suprema Corte já entendeu que é indiferente a ordem cronológica da abertura das vagas, porquanto as do quinto não se confundem com as vagas da magistratura. Por ser pertinente, transcrevo os fundamentos do julgado:

Decido.

Destaco do parecer da Procuradoria-Geral da República: "(...) O impetrante volta-se contra o preenchimento da 2ª vaga aberta no ano de 2002, que cabia ao quinto constitucional do Ministério Público Federal, antes de preencher a vaga da Magistratura, pelo critério de antiguidade. Quanto a esta, apesar de mais antigo na carreira, o impetrante teve o seu nome recusado por duas vezes, por mais de dois terços de seus pares. Inicialmente, é de ser dito que a primeira vaga aberta, a da magistratura, apenas ficou sem preenchimento em virtude da iniciativa do próprio impetrante, que pleiteou e obteve a realização de nova sessão do TRF/4ª Região, para que seu nome fosse colocado em votação, para saber se seria recusado ou não. Como informa a Advocacia-Geral da União, na segunda sessão realizada, o TRF/4ª Região seguiu 'as balizas traçadas pelo Supremo Tribunal Federal, conforme restou decidido no MS 24.305, adotando-se o procedimento correto, ou seja, procedendo, primeiro, à deliberação acerca da aceitação ou recusa do nome do impetrante e, em seguida, em face da recusa, por 21 votos a 2, expor a respectiva motivação, em sessão reservada, sendo certo que a motivação somente poderia ser exigida ao término da votação, quando conhecido o resultado'. Contra essa



decisão, o ora impetrante ajuizou novo mandado de segurança, que está em tramitação. O impetrante foi recusado por duas vezes pelo Tribunal impetrado e não tem condições de ser indicado à vaga de antigüidade, concernente à magistratura. Não há, pois, como se vislumbrar o direito líquido e certo alegado. **Além disso, o preenchimento da vaga do quinto constitucional não inviabilizou nem atrasou o da vaga aberta na classe de juízes federais. É indiferente que as vagas tenham ocorrido em momentos diversos e indistintamente tenham sido providas. A vaga do quinto constitucional em nada se confunde com a vaga da magistratura.**

Não foi, por fim, apontada a norma legal que teria sido violada e que embasaria o pedido do impetrante, qual seja, o de nulidade do ato de nomeação do Procurador Regional da República Victor dos Santos Laus, para o cargo de Juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no quinto do Ministério Público.' (...).'' (Fls. 97-98) Opina o Ministério Público Federal, está-se a ver, pela denegação da ordem. O que acontece, entretanto, é que o presente writ está prejudicado. É que o impetrante foi recusado à promoção por antigüidade. Impetrou mandado de segurança contra ato do TRF/4ª Região e do Presidente da República, tendo sido mencionado mandado de segurança indeferido: MS 24.501/DF, de minha relatoria, Plenário, 18.02.2004, cujo acórdão porta a seguinte ementa: "EMENTA: CONSTITUCIONAL. MAGISTRADO: PROMOÇÃO. JUIZ MAIS ANTIGO: RECUSA. DECISÃO MOTIVADA. C.F., art. 93, II, d, e X. I. - A recusa do juiz mais antigo C.F., art. 93, II, d exige processo de votação em que seja examinado, exclusivamente, o nome deste. II. - A decisão há de ser motivada C.F., art. 93, X. Essa motivação, entretanto, poderá constar da ata de julgamento, ou ficar em apenso a esta, para conhecimento do juiz recusado, a fim de que possa ele, se for o caso, insurgir-se, pelos meios processuais regulares, contra a decisão. III. - A votação pode ocorrer em sessão secreta, a fim de que não resulte em detrimento da credibilidade do magistrado: MS 24.305/DF, Ministro Gilmar Mendes, "DJ" de 19.12.03. IV. - M.S. indeferido." ("DJ" de 06.8.2004) **O fundamento da presente impetração é, basicamente, este: a segunda vaga, do quinto constitucional, não poderia ser preenchida antes de preenchida a vaga da magistratura, pelo critério de antigüidade, que caberia ao impetrante.** Mas se este foi recusado pelo Tribunal e a decisão ratificada pelo Supremo Tribunal Federal, que indeferiu o mandado de segurança do impetrante, não há falar possua este, agora, interesse na causa. Na verdade, está ela sem objeto, assim prejudicada. Do exposto, prejudicado o writ, nego-lhe seguimento. Publique-se. Brasília, 31 de agosto de 2004. Ministro CARLOS VELLOSO - Relator -MS 24502. Destaques nossos.

Com essas considerações, verifico a presença do *fumus boni iuris*, tendo em vista o descumprimento de comando constitucional pelo TJES, criando, por decorrência, situação de inferioridade de representação da Advocacia em relação às cadeiras do Ministério Público.



No que se refere ao perigo da demora, restou consubstanciado no fato de o Tribunal publicar os editais n. 12 e n. 13 no dia 31/05/2021, destinando duas vagas à magistratura, de modo que o provimento dos cargos perpetuará o descumprimento do quinto constitucional pela Corte capixaba.

O provimento das duas vagas pela magistratura poderá trazer danos de difícil reparação aos promovidos, bem como provocar efeito “cascata”, **diante da possibilidade de anulação das subsequentes movimentações na carreira da magistratura no estado do Espírito Santo**, além de comprometer o resultado útil deste feito. Nesse sentido:

Trata-se de Procedimento de Controle Administrativo, pelo qual os requerentes apresentam pedido liminar para que se determine ao requerido que “se abstenha de julgar as promoções dispostas nos editais 27/2016, 28/2016 e 29/2016, até que seja definido por este Conselho qual o critério de desempate a ser utilizado na lista de antiguidade de 1ª entrância, quando os magistrados tiverem posse e exercício no mesmo dia”

[...]

Assim, o fumus boni iuris encontra-se presente pela possível ilegalidade do ato que, para formação da lista de antiguidade, adotou determinados critérios de desempate na carreira da magistratura que estariam, em tese, em desacordo com decisão do STF (MS 28494/MT) e de deste CNJ (PCA 0006156-77.2013.2.00.0000).

A concessão da medida cautelar, portanto, visa garantir a efetividade prática e o resultado útil do presente procedimento, evitando que ocorram promoções e/ou remoções com base em lista de antiguidade que, futuramente, possa vir a ser reformulada em razão de decisão final do CNJ, que teria um indesejável efeito cascata nas movimentações.

Do exposto, DEFIRO A LIMINAR PLEITEADA, para determinar que o requerido se abstenha de julgar as promoções dispostas nos editais 27/2016, 28/2016 e 29/2016, até ulterior deliberação deste Conselho ou até que tenha formado lista de antiguidade observando os precedentes mencionados nesta decisão.

(CNJ - ML - Medida Liminar em PCA - Procedimento de Controle Administrativo - 0001887-87.2016.2.00.0000 - Rel. NORBERTO CAMPELO - 14ª Sessão Virtual - julgado em 07/06/2016). Destaques nossos.



Assim, observando-se os elementos constantes dos autos, verifico a **existência** do suporte fático-jurídico ensejador da concessão de medida liminar, ante a presença de fundado receio de prejuízo ou de dano irreparável, bem como de risco de perecimento do direito invocado.

Por fim, cabe ressaltar que este Conselho, por autorização constitucional, **pode atuar de ofício**, não se prendendo aos pedidos das partes, podendo deferir medidas urgentes e acauteladoras, motivadamente, quando haja fundado receio de prejuízo, dano irreparável ou risco de perecimento do direito invocado, ainda que não seja requerido pelas partes, *in verbis*:

RECURSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A atuação deste Conselho prescinde de qualquer provocação das partes ou interessados, podendo, inclusive, atuar de ofício no exercício de suas notáveis atribuições, razão pela qual a decisão monocrática merece reparos.

2. (...).(CNJ - RA - Recurso Administrativo em PCA - Procedimento de Controle Administrativo - 0000697-16.2021.2.00.0000 - Rel. MARCOS VINÍCIUS JARDIM RODRIGUES - 86ª Sessão Virtual - julgado em 14/05/2021).

Dispositivo

Diante do exposto, *ad cautelam*, **CONCEDO medida liminar** para suspender os editais n. 12 e n. 13 e determinar que o TJES se abstenha de destinar à magistratura as respectivas vagas de desembargador até a decisão de mérito do presente feito.

Intime-se. Cópia desta decisão servirá como ofício.

Brasília, 2 de julho de 2021.



Conselheiro **Marcos Vinícius Jardim Rodrigues**

Relator

