Supremo Tribunal Federal

DJe 28/11/2012
Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 85

12/09/2012 PLENÁRIO

Mandado de Segurança 30.585 Distrito Federal

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

IMPTE.(S) : ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL -

AJUFE

IMPTE.(S) : ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS -

AMB

IMPTE.(S) : ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO RIO DE

JANEIRO E ESPÍRITO SANTO - AJUFERJES

IMPTE.(S) : ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES

ADV.(A/S) :CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA

IMPDO.(A/S) :PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

IMPDO.(A/S) :JUIZ FEDERAL MARCELO PEREIRA DA SILVA

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PROMOÇÃO DE JUIZ FEDERAL PELO CRITÉRIO DE MERECIMENTO PARA O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. **AMPLA** DISCRICIONARIEDADE DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA FUNDADA EM INTERPRETAÇÃO LITERAL DO ART. 107 DA CF. INADMISSIBILIDADE. VINCULAÇÃO DA ESCOLHA PRESIDENCIAL AO NOME QUE FIGURE EM LISTA TRÍPLICA POR TRÊS VEZES CONSECUTIVAS OU ALTERNADAS. EXIGIBILIDADE. NECESSIDADE DE EXEGESE **APLICÁVEIS** SISTEMÁTICA DAS **NORMAS GERAIS** MAGISTRATURA NACIONAL. INCIDÊNCIA DO ART. 93, II, A, NA ESPÉCIE. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA EC 45/2004 NO INCISO III DO MENCIONADO DISPOSITIVO QUE NÃO ALTERA TAL ENTENDIMENTO. ORDEM CONCEDIDA, PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL.

- I O art. 107 não abriga qualquer regra, seja genérica, seja específica, que implique o afastamento ou a impossibilidade de aplicação do que se contém no art. 93, II, **a**, da Carta Magna no tocante à promoção de juízes federais para a segunda instância.
 - II Nada existe, na redação do referido art. 107, que diga respeito a

Inteiro Teor do Acórdão - Página 2 de 85

MS 30.585 / DF

requisitos a serem observados pelo Chefe do Executivo na escolha de juiz, integrante de lista tríplice, para compor o Tribunal Regional Federal, pelo critério do merecimento.

- III Não há nele nenhuma referência quanto à formação de lista tríplice pelos Tribunais Regionais, silêncio esse revelador de lacuna cuja superação só pode se dar mediante uma exegese sistemática das normas que regem toda a magistratura nacional.
- IV Não basta, para a solução da questão, que se proceda a uma exegese meramente literal do art. 107 da CF, passando ao largo de uma interpretação holística do texto constitucional, porquanto tal proceder levaria à falaciosa conclusão de que a própria exigência de formação da lista tríplice para promoção de juízes, por \ merecimento, teria sido extinta pelo que se contém no referido dispositivo.
- V Sustentar o contrário, com fulcro no argumento de que a EC 45/2004 suprimiu a expressão "de acordo com o inciso II e a classe de origem", contida originalmente no inc. III do art. 93 da CF, implicaria fazer tabula rasa do sistema normativo que empresta determinada estrutura e feição ao Poder Judiciário nacional, além de afrontar o princípio da separação dos Poderes, elevado à categoria de "cláusula pétrea" pelo art. 60, § 4º, III, da CF.
- VI O sistema de freios e contrapesos foi concebido pelo constituinte originário como parte integrante do sistema de controle recíproco dos Poderes, sendo impensável cogitar-se seja possível ferir, por emenda constitucional, esse verdadeiro núcleo axiológico da Carta Magna, conferindo ao Presidente da República a faculdade de desprezar a opinião técnica de um órgão do Poder Judiciário, reiteradamente manifestada, quanto à promoção, por merecimento, de um juiz federal à segunda instância.
- VII O objetivo da EC 45/2004, no que concerne à redução de texto levada a efeito na redação original do inc. III do art. 93 foi, tão somente, o de extirpar do cenário constitucional os Tribunais de Alçada, na medida em que a única referência feita a eles na Lei Maior encontrava-se nesse dispositivo.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 85

MS 30.585 / DF

VIII - Ordem concedida para cassar definitivamente o decreto presidencial que deixou de observar o disposto no art. 93, II, **a**, da Constituição, prejudicado o exame do agravo regimental interposto pela União.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, conceder a segurança e julgar prejudicado o agravo regimental interposto pela Advocacia-Geral da União. Votou o Presidente, Ministro Ayres Britto. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

Brasília, 12 de setembro de 2012.

RICARDO LEWANDOWSKI - RELATOR

Inteiro Teor do Acórdão - Página 4 de 85

29/06/2012 PLENÁRIO

Mandado de Segurança 30.585 Distrito Federal

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Senhor Presidente, inicialmente, peço licença a Vossa Excelência e aos eminentes Pares apenas para fazer um resumo da controvérsia. Aliás, é um tema bastante conhecido de nossa Corte.

Aqui é saber se, na promoção de um juiz federal pelo critério de merecimento para o Tribunal Regional Federal, concede a Constituição ampla discricionariedade ou não ao Presidente da República, com base numa interpretação literal do artigo 107 da Constituição, alterado pela Emenda Constitucional 45, ou se a decisão do Presidente da República é vinculada, tendo em conta a regra geral da Constituição explicitada exatamente no artigo 93, II, a. Então, é saber se há ampla discricionariedade na escolha, naquela lista tríplice que se manda ao Presidente da República, com base no artigo 107, ou se valem as normas gerais do artigo 93, II, a, da Constituição, que implicam, se realmente essa norma for aplicável à espécie, uma vinculação ao que determina esse último dispositivo.

Então, esse é o resumo da controvérsia para que os colegas possam vislumbrar de plano do que se trata. E farei um relatório em resumo dentro do possível.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 85

29/06/2012 PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 30.585 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

IMPTE.(S) : ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL -

AJUFE

IMPTE.(S) : ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS -

AMB

IMPTE.(S) : ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO RIO DE

JANEIRO E ESPÍRITO SANTO - AJUFERJES

IMPTE.(S) :ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES

ADV.(A/S) :CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA

IMPDO.(A/S) :PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

IMPDO.(A/S) :JUIZ FEDERAL MARCELO PEREIRA DA SILVA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO **RICARDO LEWANDOWSKI** (RELATOR): Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado em litisconsórcio ativo pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE e Associação dos Juízes Federais do Rio de Janeiro e do Espírito Santo – AJUFERJES e, ainda, por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, contra ato supostamente coator da Exma. Sra. Presidenta da República Federativa do Brasil,

"em virtude da preterição do quarto impetrante, pelo ato praticado pela autoridade coatora, quando, nos termos do art. 93, inciso II, alínea a, da Constituição Federal, tinha direito líquido e certo de ser promovido, por merecimento, ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região".

O feito foi inicialmente distribuído à Ministra Ellen Gracie, que se deu por suspeita para apreciá-lo por motivo de foro íntimo, tendo sido ele redistribuído à minha relatoria.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 6 de 85

MS 30.585 / DF

Os impetrantes sustentaram, em síntese, que,

"muito embora haja norma constitucional determinando a nomeação" - do Juiz Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes -, "porque integrava, pela terceira vez consecutiva a lista tríplice, a Exma. Presidente da República, em ato publicado no Diário Oficial da União de 19 de abril de 2011, nomeou, para o TRF-2, o douto Juiz Federal Marcelo Pereira da Silva, cujo nome apenas figurava na lista pela segunda vez (doc. 6), em detrimento do último impetrante".

No mais, anoto que as associações impetrantes – AMB, AJUFE e AJUFERJES – defenderam, inicialmente, a sua legitimidade *ad causam*, tendo em conta que

"a existência de regras objetivas disciplinando a promoção dos magistrados é uma prerrogativa que interessa a toda a carreira".

Na sequência, consignaram que o direito do quarto impetrante à promoção, pelo critério merecimento, ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, encontra arrimo nos comandos que integram o Título IV, Capítulo III, Seção I, da Constituição Federal, em especial no inc. II, al. **a**, do art. 93 do mesmo diploma, os quais

"(...) se aplicam a todos os casos de provimento, por antiguidade e merecimento, de cargos de magistrados dentro da carreira (...), tanto no primeiro, quanto no segundo grau".

Por essa razão asseveraram que, no caso sob exame, o ato presidencial de nomeação é totalmente vinculado, não comportando qualquer grau de discricionariedade.

Para reforçar essa tese, trouxeram aos autos pareceres subscritos pelos juristas Luís Roberto Barroso e Ives Gandra da Silva Martins,

Inteiro Teor do Acórdão - Página 7 de 85

MS 30.585 / DF

fazendo também alusão a alguns acórdãos dessa Corte, os quais, segundo entendem, abonariam o direito pleiteado na presente ação mandamental.

Requereram, então, o deferimento de medida liminar, *inaudita altera* parte,

"para o fim de determinar a nomeação do Juiz Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, quarto impetrante, para o cargo de Juiz do TRF da 2ª Região, na vaga da aposentadoria do Juiz Alfredo França Neto, autorizando-se a sua imediata posse".

No mérito, pleitearam a decretação de nulidade do ato presidencial que

"nomeou o Juiz Marcelo Pereira da Silva, para exercer o cargo de Juiz do TRF da 2ª Região na vaga decorrente da aposentadoria do Juiz Alfredo França Neto, ordenando-se a nomeação e posse do Juiz Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, quarto impetrante, no Tribunal Regional Federal da 2ª Região".

Conclusos os autos, solicitei informações preliminares à Exma. Sra. Presidenta da República, em 5 de maio de 2011, as quais ainda não tinham sido prestadas até o dia 10 de referido mês, ocasião em que deferi

"medida liminar, de natureza acautelatória, para suspender os efeitos do ato presidencial s/n, publicado no Diário Oficial da União de 19 de abril de 2011, que nomeou o juiz federal Marcelo Pereira da Silva para o Tribunal Regional Federal da 2ª Região e, consequentemente, para suspender a posse do mencionado magistrado no TRF – 2ª Região, marcada para 18 de maio de 2011, até o julgamento do mérito da controvérsia travada no presente processo".

Determinei, ainda, a oportunidade:

(i) aos impetrantes que promovessem a inclusão do juiz federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 8 de 85

MS 30.585 / DF

Marcelo Pereira da Silva no polo passivo do feito, na qualidade de litisconsorte necessário, conforme determinam os arts. 24 da Lei 12.016/2009 e 47 do Código de Processo Civil;

- (ii) a intimação da Advocacia-Geral da União AGU para que, em querendo, ingressasse no feito nos termos do art. 7º, II, da Lei 12.016/2009; e
- (iii) a vinda do parecer da Procuradoria-Geral da República, depois de acostadas as informações por mim solicitadas.

Contra a decisão liminar supra referida, a AGU interpôs Agravo Regimental, pendente ainda de análise. Os impetrantes, em contrapartida, impugnaram as razões do Agravo, repisando os argumentos expendidos na petição inicial.

Em 19 de maio de 2011, a Exma. Sra. Presidenta da República encaminhou as informações solicitadas nas quais sustentou que, conforme o art. 84, XVI, da CF, compete privativamente ao Presidente da República a nomeação de magistrados, à qual faz referência o art. 107 do mesmo diploma. Afirmou, ainda, que, "ante essa realidade, não é possível predominar apenas 'a vontade única do Tribunal' como querem os impetrantes".

Ademais, transcreveu trecho das informações prestadas pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, onde consta

"que, na atualidade, os critérios objetivos para a aferição de merecimento para a promoção e magistrados e acesso aos Tribunais de segundo grau são as constantes da Resolução nº 106, de 6 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça".

Registrou, ainda,

"que no preâmbulo dessa Resolução, faz-se referência,

Inteiro Teor do Acórdão - Página 9 de 85

MS 30.585 / DF

exclusivamente, as condições para promoção por merecimento na carreira da magistratura na hipótese versada no inciso II do art. 93 da Constituição da República – nada dispondo acerca daquela prevista no inciso III do art. 93".

Na sequência consignou que

"a partir da Emenda Constitucional n° 45 as restrições constitucionais definidas nas alíneas do inciso II já não mais se aplicam para o acesso aos Tribunais de segundo grau".

Aduziu, mais, que

"a obrigatoriedade de promover juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de promoção por merecimento foi suprimida do texto constitucional pela EC nº 45, de 2004".

E conclui sublinhando que,

"a partir de então, vigora o critério de escolha presidencial condicionado apenas que a escolha recaia sobre um dos nomes que compõe a lista tríplice encaminhada pelo Tribunal".

Incluído no polo passivo do mandado de segurança, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, o Juiz Federal Marcelo Pereira da Silva deu-se por citado e ofertou resposta ao pleito dos impetrantes, alegando, em suma, o seguinte:

- (i) "sendo a alínea 'a' do inciso II (art. 93 da CF) uma norma a ser observada nas promoções a que se refere aquele inciso, ou seja, nas promoções por merecimento 'de entrância para entrância', logicamente ela apenas poderia dizer respeito às promoções dos juízes estaduais";
 - (ii) que o art. 107 da Constituição Federal é norma especial em

Inteiro Teor do Acórdão - Página 10 de 85

MS 30.585 / DF

relação às disposições contidas no seu art. 93, razão pela qual estaria afastada a aplicabilidade desse último às promoções de juízes federais para os Tribunais Regionais, mencionando, como precedente nesse sentido, o acórdão proferido por essa Corte, no MS 21.631-0/RJ, de cuja redação ficou encarregado o Ministro Ilmar Galvão;

- (iii) que, no art. 107 da CF, "concentra-se toda a disciplina aplicável às promoções (ou ao acesso) dos juízes federais para os Tribunais Regionais Federais";
- (iv) que "a própria LOMAN (§§ 1º e 2º do art. 80) restringia às promoções de juízes estaduais e trabalhistas à obrigatoriedade de nomeação após constar o candidato sucessivas vezes (na época cinco vezes) em lista de merecimento, inexistindo tal previsão para os juízes federais, cujo acesso ao Tribunal Federal de Recursos se regia, então, apenas pela regra do art. 84 da mesma Lei Complementar, ou seja, mediante 'escolha do Presidente da República dentre os indicados em lista tríplice elaborada pelo Tribunal', sem mais nada mencionar ou exigir, e sem fazer qualquer menção a hipótese de nomeação obrigatória para juízes federais"; e
- (v) que a EC 45/04 suprimiu do texto constitucional inciso III do art. 93 a expressão "de acordo com o inciso II", razão pela qual o constituinte reformador "quando pretendeu dispor que as normas constantes do inciso II do art. 93 deveriam ser aplicadas a hipóteses não reguladas em outro dos incisos daquele mesmo artigo, o fez expressamente, como se observa do inciso VIII-A do art. 93, incluído pela referida Emenda, que, por sua vez, dispõe: 'a remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas a, b, c e e do inciso II".
- O Procurador-Geral da República ofertou parecer, opinando pela concessão da ordem, com base em argumentos assim sintetizados:
 - (i) "A própria previsão de nomeação, embora pelo Presidente, de juízes para

Inteiro Teor do Acórdão - Página 11 de 85

MS 30.585 / DF

o Tribunal Regional Federal (ou do Trabalho), pelos critérios de antiguidade e merecimento – arts. 107 e 115 e o próprio inciso III do art. 93 – parece remeter à aplicação das regras do inciso II do art. 93, no que compatíveis com a especificidade dos preceitos em questão".

- (ii) "A compreensão de que a aplicabilidade das regras do inciso II do art. 93, também no acesso ao segundo grau, ressai, antes, da menção feita a critérios de antiguidade e merecimento e não da expressão 'de acordo com o inciso II' constante da redação originária do inciso III leva à conclusão de que a alteração efetivada pela EC 45/04 em nada modificou o sistema de promoção de juízes delineado pelo constituinte originário".
- (iii) "Embora jamais tenha se manifestado sobre a questão, verifica-se que, no julgamento do MS 26661 como dos Mandados de Segurança 21631, 23337 e 23789 -, o Supremo Tribunal Federal afastou a aplicação do art. 93, II, 'b', à promoção por merecimento dos juízes federais, fundamentando-se na existência de requisito específico de natureza temporal que afastaria a **regra geral** este o termo utilizado do art. 93".
- (iv) "Utilizando-se do mesmo raciocínio, embora de modo invertido, se não há regra constitucional específica que trate dos requisitos atinentes ao merecimento, aplica-se-lhes (aos juízes federais) a regra geral da alínea 'a' do art. 93".
- (v) "Sob outro ângulo, não é possível deixar de observar e nesse ponto concordando com a argumentação dos impetrantes que nunca se falou, ao se tratar da Reforma do Judiciário trazida pela EC 45/04, sobre eventual intenção do constituinte derivado de modificar a sistemática de promoção de magistrados há tempos definida e adotada sem qualquer controvérsia".
- (vi) "No que se refere especificamente ao inciso III do art. 93, o propósito, como muito se afirmou, era a extinção dos Tribunais de Alçada".

Inteiro Teor do Acórdão - Página 12 de 85

MS 30.585 / DF

(vii) "A supressão da expressão 'de acordo com o inciso II' deu-se", ao que parece, em razão de estar inserida, na redação originária, na parte final do dispositivo, ao lado de outras que só podiam referir-se ao Tribunal de Alçada, sendo a sua manutenção desnecessária para garantir a aplicabilidade do inciso II, pelo que antes se expôs".

(viii) "Pesa também o propósito do constituinte derivado, quando da promulgação da EC 45/04, de objetivar os critérios de aferição de merecimento para fins de promoção. Objetivar, aqui, significa reduzir o grau de discricionariedade na escolha do magistrado a ser promovido. A compreensão de que está extinta a regra de promoção obrigatória do magistrado (mais) merecedor, fortalecendo-se, antes, a discricionariedade do Executivo, seria, de certo modo, contrária ao referido intento".

É o relatório.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 13 de 85

29/06/2012 PLENÁRIO

Mandado de Segurança 30.585 Distrito Federal

VOTO

O SENHOR MINISTRO **RICARDO LEWANDOWSKI** (RELATOR): Inicio a análise do mérito da controvérsia trazida a debate rejeitando a tese da especialidade do art. 107, II, da Constituição Federal, em relação ao art. 93, II, **a**, do mesmo diploma, o que, segundo se alegou, afastaria a vinculação do Presidente da República, nas promoções por merecimento, quanto à escolha de juiz federal que figure em lista tríplice pela terceira vez consecutiva ou pela quinta alternada.

Transcrevo, para melhor ilustrar a questão em foco, os dispositivos constitucionais em comento:

- "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 (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004);
- II promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:
- a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento(grifei);
- b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;

Inteiro Teor do Acórdão - Página 14 de 85

MS 30.585 / DF

- c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento (Redação dada pela Emenda Constitucional n^{ϱ} 45, de 2004);
- d) na apuração de antiguidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004);
- e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004);
- III o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância; (Redação dada pela Emenda Constitucional n^{ϱ} 45, de 2004).

(...)

- 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 (grifei):
- 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 antiguidade e merecimento, alternadamente.
- § 1º A lei disciplinará a remoção ou a permuta de juízes dos Tribunais Regionais Federais e determinará sua jurisdição e sede (Redação dada pela Emenda Constitucional n^{o} 45, de 2004).
- § 2º Os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva

Inteiro Teor do Acórdão - Página 15 de 85

MS 30.585 / DF

jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários (Redação dada pela Emenda Constitucional n^{o} 45, de 2004).

§ 3º Os Tribunais Regionais Federais poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Não há, como se vê, nenhuma incompatibilidade entre os distintos dispositivos constitucionais acima citados. Com efeito, o art. 107 não abriga qualquer regra, seja genérica, seja específica, que implique o afastamento ou a impossibilidade de aplicação do que se contém no art. 93, II, **a**, da Carta Magna no tocante à promoção de juízes federais para a segunda instância.

Bem examinado o referido art. 107, nada existe em sua redação que diga respeito a requisitos a serem observados pelo Chefe do Executivo na escolha de juiz, integrante de lista tríplice, para compor o Tribunal Regional Federal, pelo critério do merecimento.

Com efeito, não há nenhuma referência, no citado dispositivo constitucional, à formação de lista tríplice pelos Tribunais Regionais, silêncio esse revelador de lacuna cuja superação só pode se dar mediante uma exegese sistemática das normas que regem toda a magistratura nacional.

Em outras palavras, não basta, para a solução da questão sob análise, que se proceda a uma exegese meramente literal do art. 107 da CF, passando ao largo de uma interpretação holística do texto constitucional, porquanto tal proceder levaria à falaciosa conclusão de que a própria exigência de formação da lista tríplice para promoção de juízes, por merecimento, teria sido extinta pelo que se contém no referido dispositivo.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 16 de 85

MS 30.585 / DF

E nem se alegue – como querem alguns - que essa regra encontra-se em harmonia com o previsto no art. 84 da Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979, conhecida como Lei Orgânica da Magistratura Nacional-LOMAN. É que este dispositivo previa a escolha, pelo Presidente da República, de juízes federais de primeiro grau ao Tribunal Federal de Recursos, a partir de uma lista tríplice, sem mencionar qualquer outra condição, mas tal órgão judicante, como se sabe, foi extinto com o advento da Constituição de 1988. Em outras palavras, esse artigo há de ser, hoje, interpretado em consonância com a nova ordem constitucional, que estabelece parâmetros gerais, aplicáveis a todos os magistrados brasileiros para as promoções pelo critério de merecimento.

Não há negar, por outro lado, que o citado art. 107, estabelece, tão somente, a estrutura, a composição e o funcionamento dos Tribunais Regionais Federais, sem tratar dos requisitos para a promoção por merecimento. Por isso mesmo, e considerada sua redação lacunar no que concerne às promoções de juízes federais, forçoso é concluir pela necessidade de conciliar essa regra de natureza especial com as normas gerais que disciplinam o assunto, mostrando-se imperiosa, em consequência, a aplicação do art. 93, II, **a**, ao caso em tela.

A situação aqui, como se pode ver, sem grande esforço de raciocínio, é diametralmente oposta àquela apreciada por esta Suprema Corte no Mandado de Segurança 21.631-0/RJ, trazido à colação pelo litisconsorte passivo necessário, o Juiz Federal Marcelo Pereira da Silva, cujo acórdão foi redigido pelo Ministro Ilmar Galvão, assim ementado:

"EMENTA: JUSTIÇA FEDERAL. PROMOÇÃO POR MERECIMENTO. REQUISITOS. ART. 93, II, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Inaplicabilidade da regra do art. 93, II, b, da C.F. à promoção de juízes federais, sujeita que está ela a um único requisito - implemento de cinco anos de exercício -, conforme disposto no art. 107, II, da mesma Carta, norma especial em

Inteiro Teor do Acórdão - Página 17 de 85

MS 30.585 / DF

cujo favor, por isso mesmo, se resolve o aparente conflito existente entre os dois dispositivos. Mesmo porque, havendo a Justiça Federal sido organizada sem entrâncias, considerados de um mesmo grau todas as seções judiciárias distribuídas pelas unidades federadas, não resta espaço para falar-se na exigência de dois anos de exercício na mesma entrância, nem, consequentemente, em promoção de entrância.

Mandado de segurança indeferido" (grifei).

Sim, porque, naquele *mandamus* cuidava-se de um conflito aparente de normas, justamente porque o art. 93, II, **b**, exigia – e continua a exigir -, nas promoções por merecimento, aplicáveis à Justiça dos Estados e à Justiça do Trabalho – esta última ante a inexistência de regra especial -, que o magistrado candidato à promoção conte com pelo menos dois anos de exercício na respectiva entrância e que integre a primeira quinta parte da lista de antiguidade. Já o art. 107, II, de seu turno, estipulou que, em se tratando da Justiça Federal, o magistrado deve contar com mais de cinco anos de exercício para ser promovido.

Os dois dispositivos, portanto, conferem tratamentos diferentes a situações distintas, no que tange ao requisito experiência ou tempo de carreira, razão pela qual entendeu o STF, naquela hipótese, que deveria prevalecer – como de fato prevaleceu – a regra especial.

Cumpre sublinhar, a propósito, que o próprio Juiz Federal Marcelo Pereira da Silva, nomeado para o Tribunal Regional da 2ª Região pelo ato presidencial aqui impugnado mencionou, em sua resposta, o seguinte, *verbis*:

"É bem verdade que todos os precedentes acima mencionados, por força dos limites das correspondentes lides, restringiram-se à apreciação da aplicabilidade à promoção de juízes federais da norma do art. 93, 'b', da Constituição, qual seja, 'integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta', que não foi reproduzida nem de outra forma tratada no art. 107, II, da Constituição."

Inteiro Teor do Acórdão - Página 18 de 85

MS 30.585 / DF

E nem poderia ser diferente, pois, com a criação dos cinco Tribunais Regionais Federais, em 5 de outubro de 1988, pela então recémpromulgada Constituição, correr-se-ia o risco, acaso não se estipulasse regra diferenciada, de não existirem juízes federais suficientes para o preenchimento do número de vagas iniciais daquelas Cortes.

Situação substancialmente diversa é esta que ora se encontra sob julgamento, na medida em que não há – insista-se - nenhum conflito de normas, quer real, quer aparente, porquanto o art. 107 da CF mostrou-se silente quanto aos critérios de aferição do merecimento para a promoção de juiz federal ao respectivo Tribunal Regional. Também se revelou omisso o citado dispositivo - como já se disse - no tocante ao procedimento a ser seguido para a escolha e nomeação do magistrado, depois de concluída a aferição do mérito. A única regra específica sobre o tema que o dispositivo contempla é a de que os componentes dos Tribunais Regionais Federais serão escolhidos pelo Presidente da República. Isso em seu *caput*.

Ora, ausentes no dispositivo em comento os demais parâmetros exigidos para que se complete o procedimento para a promoção de juízes federais, não resta ao hermeneuta outra alternativa senão a de valer-se da interpretação sistemática, buscando a solução do problema nas regras constitucionais aplicáveis a todos os juízes, bem assim, de forma subsidiária, na LC 35/1979, ainda que esta última se encontre bastante desatualizada em relação à nova estrutura do Poder Judiciário.

Dito isto, forçoso é reconhecer que a elaboração de lista tríplice para a promoção aos Tribunais Regionais Federais, por merecimento, é exigência que permanece íntegra, não só por força do que dispõe o art. 93, II, **a**, da CF, mas também em razão da menção que a ela faz o art. 84 da LOMAN.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 19 de 85

MS 30.585 / DF

O mesmo raciocínio, a meu ver, vale para a vinculação do Presidente da República na escolha do candidato que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas na lista tríplice de merecimento, nos termos do citado dispositivo, mesmo porque não há nenhuma outra regra no Texto Magno que contradiga essa norma.

Observo que o simples fato de terem os constituintes originário e reformador empregado e mantido, no inc. II do art. 93, a expressão "promoção de entrância para entrância", não configura nenhum empecilho à aplicação dos demais critérios previstos nas suas alíneas no concernente às promoções no âmbito da Justiça Federal, desde, é claro, que não haja confronto com algum comando específico que os afaste.

Não se pode olvidar, de resto, que os artigos 92 a 100 da Constituição abrigam **normas gerais que dizem respeito a todo o Poder Judiciário**, não sendo possível afastá-las no tocante a determinado ramo da Justiça, pela mera razão de que uma ou outra expressão ou regra não se aplica especificamente a algum deles em particular.

Bastaria lembrar que uma interpretação isolada do art. 107 levaria ao afastamento dos critérios para a aferição do merecimento dos juízes que integram os quadros da Justiça Federal, previstos nas normas gerais, o que seria inadmissível.

De fato, os aludidos parâmetros encontram-se fixados no art. 93, II, **c**, da CF, quais sejam, desempenho, produtividade, presteza no exercício da jurisdição, aos quais se somam a frequência e o aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento, desde o advento da Constituição de 1988. Tais critérios, como é sabido e ressabido, aplicam-se também aos magistrados daquela Justiça especializada.

Salta à vista que a negativa de aplicação do art. 93, II, **a**, da CF à Justiça Federal teria o condão de afastar, no tocante a ela, todas as demais

Inteiro Teor do Acórdão - Página 20 de 85

MS 30.585 / DF

disposições que se contém no mencionado artigo, transformando a promoção de seus juízes, por merecimento, aos Tribunais Regionais Federais em um ato exclusivamente discricionário, seja por parte destes, seja por parte do Chefe do Executivo.

Na mesma linha de raciocínio, penso que também não seria dado aos Tribunais Federais Regionais, na promoção por antiguidade, recusar o juiz mais antigo, salvo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, segundo dispõe o art. 93,II, **d**. Igualmente não lhe seria lícito promover magistrado, por antiguidade ou merecimento, que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, nos termos da al. **e** do referido inciso e artigo.

O entendimento esposado pela autoridade impetrada, convém que se diga, além de militar contra o princípio da separação dos Poderes, destoaria das alterações introduzidas na disciplina do Poder Judiciário pela EC 45/2004, as quais, de um modo geral, buscaram torná-lo mais transparente para a sociedade. A criação do Conselho Nacional de Justiça, dentre outras novidades, configura o exemplo mais conspícuo desse desiderato do constituinte derivado.

Some-se, ainda, como robusto elemento de convicção, no sentido da tese defendida pelos impetrantes, o histórico segundo o qual, até o ajuizamento do presente *writ*, a Presidência da República vinha procedendo exatamente na direção do que aqui se pleiteia, ou seja, aplicava às promoções dos juízes aos Tribunais Regionais Federais, por merecimento, o critério da vinculação da escolha daqueles que figurassem na lista tríplice pela terceira vez consecutiva ou pela quinta alternada.

Afastado, assim, o argumento da não incidência, na espécie, do disposto no art. 93 II, **a**, ante o repúdio da tese de uma suposta especialidade do art. 107, passo, agora, à análise da questão à luz das

Inteiro Teor do Acórdão - Página 21 de 85

MS 30.585 / DF

modificações introduzidas pela EC 45/2004.

Pois bem. A formação de lista tríplice e a vinculação do ato de escolha do juiz, pelo órgão competente, que nela figure pela terceira vez consecutiva ou quinta alternada, nas promoções por merecimento, para os respectivos tribunais de apelação, constitui procedimento decorrente da redação original do inc. III do art. 93 da CF, o qual ostentava a seguinte redação:

"III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, de acordo com o inciso II e a classe de origem;" (grifei).

Ora, até a EC 45/2004 não havia voz dissonante, quer na doutrina, quer na jurisprudência, no sentido da aplicabilidade do disposto na al. a do inc. II do art. 93 às promoções de juízes federais aos respectivos Tribunais Regionais. Ademais, sempre se considerou existir norma geral expressa nesse sentido, que, se contrariada, permitiria ao prejudicado discutir eventual lesão a direito em juízo.

É de conhecimento geral, outrossim, que as promoções por merecimento dos juízes de direito e dos integrantes dos extintos Tribunais de Alçada para os Tribunais de Justiça dos Estados eram - e ainda são hoje quanto aos magistrados de primeiro grau - de competência privativa desses últimos, via de regra de seus órgãos especiais, nos termos dos respectivos regimentos internos.

Em se tratando da Justiça Federal, porém, adiciona-se à questão um ingrediente de crucial importância, a saber, a interferência do Poder Executivo na promoção, por merecimento, dos magistrados que integram a lista tríplice.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 22 de 85

MS 30.585 / DF

Em outras palavras, o critério para a aferição do merecimento, no caso da Justiça Federal, deixa de ser exclusivamente interno e, destarte, apenas técnico, para ganhar um matiz político. É que, cuidando-se de um ato de império, não está o Presidente da República, ao optar por determinado juiz, sujeito à necessidade de fundamentar a escolha. Basta a ele, sem contradizer a Constituição Federal, escolher um dos três nomes constantes da lista elaborada por determinado Tribunal Regional Federal.

A sistemática originalmente prevista na Constituição de 1988 para as promoções por merecimento no âmbito da Justiça Federal inseria-se no denominado sistema de freios e contrapesos, inspirado no mecanismo chamado de *checks and balances*, que nos vem da Constituição dos Estados Unidos de 1787.

Com base nesse conceito, outorgou-se ampla discricionariedade ao Presidente da República na escolha de juízes federais integrantes de lista tríplice elaborada no âmbito interno dos Tribunais Regionais Federais.

Essa ampla discricionariedade, todavia, cessa caso determinado juiz federal seja indicado à promoção, por merecimento, pelo respectivo Tribunal Regional, por três vezes sucessivas ou cinco alternadas. Quer dizer, a discricionariedade presidencial deixa de existir, nessas hipóteses, retornando a escolha para o Judiciário, no qual o critério técnico prepondera sobre qualquer outro. Essa devolução da decisão aos Regionais dá-se sem qualquer prejuízo ao mecanismo de *checks and balances*, eis que mitiga o livre arbítrio presidencial em situações especialíssimas nas quais o mérito de determinado candidato, reiteradamente confirmado pelo Tribunal deve de prevalecer a bem do próprio sistema.

Isso porque, ninguém melhor do que os integrantes do próprio Tribunal a que se vincula o juiz, candidato à promoção, para avaliar a sua atuação profissional, à luz dos parâmetros constitucionais, da forma mais

Inteiro Teor do Acórdão - Página 23 de 85

MS 30.585 / DF

isenta possível quanto a considerações de ordem política.

Corroborando, ainda, a ideia de que a formação da lista tríplice, pelo tribunal de apelação, arrima-se em critérios eminentemente técnicos e, sobretudo, caracterizados pela transparência, tem-se a Resolução da Presidência do Conselho Nacional de Justiça nº 6, de 13 de setembro de 2005, a qual determina aos tribunais, em seu art. 1º, o quanto segue:

"Art. 1^o. As promoções por merecimento de magistrados serão realizadas em sessão pública, em votação nominal, aberta e fundamentada" (grifei).

Consequentemente, ao determinar que a votação haverá de ocorrer em sessão pública, com votos nominais, abertos e fundamentados, o CNJ evidenciou que deve imperar o critério objetivo da escolha, pelo tribunal competente, dos magistrados detentores do merecimento necessário para o acesso aos quadros da segunda instância.

Cumpre destacar, por oportuno, que não se registrou, em mais de vinte anos de vigência da atual Constituição, nenhum precedente no âmbito da Presidência da República, de desrespeito à regra da vinculação da escolha, como também não se tem notícia de qualquer discussão trazida à apreciação do Judiciário, por parte de magistrado que se sentisse preterido ou prejudicado com tal proceder.

É bem verdade que a EC 45/2004 alterou a redação original do inc. III do art. 93 da CF, que agora ostenta a redação abaixo:

"III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;" (grifei).

A mencionada alteração, porém, não teve – e nem poderia ter - como se verá adiante – o condão de afastar a incidência do disposto na al. **a** do

Inteiro Teor do Acórdão - Página 24 de 85

MS 30.585 / DF

inc. II do art. 92 às promoções por merecimento dos juízes federais para os respectivos Tribunais Regionais.

Primeiro, porque a adoção do mencionado critério não decorria, e nem precisava decorrer, de regra expressa, porquanto emanava de interpretação sistemática da Carta da República, a qual repousa, dentre outros pilares, sobre a ideia de harmonia e independência dos três Poderes do Estado.

De outra parte, arrima-se na concepção de que deve haver uma simetria, razoável e coerente, entre os distintos ramos do Poder Judiciário quanto às regras gerais que lhe são aplicáveis, conforme, aliás, salientaram os impetrantes quando fizeram alusão aos "princípios da simetria constitucional, da unicidade de regime jurídico e da carreira".

Não há sentido, com efeito, em se fazer menção a "Disposições Gerais" na Seção I do Capítulo III do Título IV da Constituição, se a elas não se sujeitam todos os membros do Poder Judiciário.

A aplicação de regras específicas, com o afastamento das normas gerais, a determinado ramo da Justiça só pode dar-se – como já registrado acima - em face de comando expresso que excepcione estas últimas, sob pena de ofensa à isonomia de tratamento entre os integrantes de uma mesma esfera de Poder.

Sustentar o contrário, com fulcro no argumento de que a EC 45/2004 suprimiu a expressão "de acordo com o inciso II e a classe de origem", contida originalmente no inc. III do art. 93 da CF, implicaria, data venia, fazer tabula rasa do sistema normativo que empresta determinada estrutura e feição ao Poder Judiciário nacional, além de afrontar o princípio da separação dos Poderes, elevado à categoria de "cláusula pétrea" pelo art. 60, § 4º, III, da CF.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 25 de 85

MS 30.585 / DF

É dizer, o sistema de freios e contrapesos foi concebido pelo constituinte originário como parte integrante do sistema de controle recíproco dos Poderes, sendo impensável, a meu ver, cogitar-se que se seja possível ferir, por uma emenda constitucional, esse verdadeiro núcleo axiológico da Carta Magna, conferindo ao Presidente da República a faculdade de desprezar a opinião técnica de um órgão do Poder Judiciário, reiteradamente manifestada, quanto à promoção, por merecimento, de um juiz federal à segunda instância.

Parece-me, outrossim, com o devido respeito pelas opiniões discordantes, de meridiana clareza que o objetivo da EC 45/2004, no que concerne à redução de texto levada a efeito na redação original do inc. III do art. 93 foi, tão somente, o de extirpar do cenário constitucional os Tribunais de Alçada, na medida em que a única referência feita a eles na Lei Maior encontrava-se nesse dispositivo.

Ocorre, porém, que os critérios para as promoções aos tribunais de apelação previstos genericamente no inc. II do art. 93, e mencionados em seu art. III, acabaram sendo suprimidos do texto – quiçá inadvertidamente - por arrastamento.

Deixo registrado, por derradeiro, que não há qualquer anotação nos anais do Congresso Nacional relativos aos debates que precederam a promulgação da EC 45/2004 sobre a intenção de alterar-se a regra até então vigente de escolha vinculada do Chefe do Executivo Federal na promoção de juiz federal, por merecimento, que tenha integrado, pela terceira vez seguida ou quinta alternada, lista tríplice formada para esse efeito.

Nessa linha extraio, do substancioso parecer do professor Luís Roberto Barroso, o seguinte:

"(...) considerando as justificativas apresentadas para a proposta

Inteiro Teor do Acórdão - Página 26 de 85

MS 30.585 / DF

de emenda constitucional que resultou na EC nº 45/04 e os debates parlamentares que envolveram, não foi possível localizar qualquer registro no sentido de que a retirada da expressão 'de acordo com o inciso II do inciso III do art. 93' teria por objetivo alterar o regime aplicável às promoções para os tribunais de segundo grau. O ponto simplesmente não foi discutido."

Por todas essas razões, em especial, tendo em conta a prática reiterada da Presidência da República, desde o advento da Constituição de 1988, no tocante à vinculação da escolha de juiz federal que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista tríplice para a promoção por merecimento, **concedo a segurança** pretendida no presente *mandamus* pelos impetrantes ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL – AJUFE, ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB, ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO RIO DE JANEIRO E ESPÍRITO SANTO – AJUFERJES e Aluísio Gonçalves de Castro Mendes para **anular** o Decreto s/n, de 18 de abril de 2011, da Exma. Sra. Presidenta da República, por meio do qual foi nomeado o Juiz Federal Marcelo Pereira da Silva para a vaga existente no Tribunal Regional

Federal da 2^a Região, decorrente da aposentadoria do Desembargador Federal Alfredo França Neto, e, consequentemente, determinar seja respeitada a regra contida no art. 93, II, **a**, daquele diploma legal.

Na sequência, julgo prejudicado o Agravo Regimental interposto pela Advocacia-Geral da União contra decisão em que deferi, no curso do feito, medida liminar para suspender os efeitos do decreto presidencial ora atacado, tendo em vista o desaparecimento do interesse recursal devido à substituição daquela decisão pelo presente voto.

Não há falar em condenação da impetrada ou do órgão por ela representado no pagamento de verba honorária, a teor da Súmula 512 dessa Corte.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 27 de 85

29/06/2012 PLENÁRIO

Mandado de Segurança 30.585 Distrito Federal

DEBATE

- O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX Senhor Presidente, pela ordem, por gentileza. Ministro Lewandowski, como é do conhecimento que chega aos autos, várias promoções estão estagnadas e outras foram...
- O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) Sobrestadas.
- O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX Não, foram implementadas por força de liminares de ministros aqui da Corte. Quer dizer, tendo em vista o caráter mandamental, esse quadro fático externo que devemos levar em consideração e as liminares que aqui já foram deferidas, Vossa Excelência sopesaria a possibilidade de encartar na sua decisão mandamental que fosse implementada então a nomeação e a posse desse candidato? Porque a decisão é mandamental.
- O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) É. Como estou mandando aplicar o artigo 93, II, **a**, a consequência é que realmente seja...
 - O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX Talvez fosse... Já entendi.
- O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) Pois não.
- O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX Vossa Excelência está direcionando ao Tribunal que aplique...
 - O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

Inteiro Teor do Acórdão - Página 28 de 85

MS 30.585 / DF

(**RELATOR**) - A Presidente da República que aplique estritamente o que se contém no artigo 93, II, **a**, da Constituição Federal, que levará necessariamente à nomeação do quarto impetrante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro Luiz Fux, no caso, prevalecente a óptica, a Advocacia-Geral da União saberá orientar a dignitária maior.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É. Porque, se tomarmos em consideração a razão de ser do mandado, evidentemente que, naquela oportunidade - efetivamente não atribuível à eminente Advogada-Geral da União, que aqui assomou à tribuna, e sempre quando assoma é uma figura singular -, parece que não houve nenhum conselho nesse sentido. Pela primeira vez na história...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Ministro Luiz Fux, eu até me animaria, mas eu não tenho, neste momento, dado o tempo que passou desde o primeiro momento que analisei os autos, não sei se temos todos os elementos para afirmar categoricamente que este quarto impetrante realmente figurou três ou cinco vezes apeladamente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Isso é incontroverso e admitido pela própria autoridade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É incontroverso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - E o pedido é expresso: "além de cassar o decreto, ordenando-se a nomeação e posse do juiz federal."

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu acho que tem que conceder nesse sentido.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 29 de 85

MS 30.585 / DF

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - É o pedido, é mandado de segurança. Tem-se que conceder a ordem textualmente, se não vamos ter que julgar segundo mandado de segurança!..

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Penso que não seria conveniente, até elegante, nós mandarmos, ordenarmos a Excelentíssima Senhora Presidente da República que nomeie determinada pessoa. Aqui, seria mais apropriado, a meu ver, determinar que ela cumpra aquilo que está determinado na Constituição, que levará inexoravelmente à deste mandato.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Tenho uma pergunta também, Excelência, só para esclarecer o voto muito bem lançado, mas, certamente por erro, por deficiência minha de interpretação, de compreensão: Vossa Excelência não entende o artigo 107 da Constituição como norma de caráter especial, a prevalecer, portanto, sobre o artigo 93?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Sim, porque senão haveria um tratamento diferenciado, no que diz respeito às regras gerais, para a Justiça Federal.

Como eu observei, Senhor Presidente, se nós dissermos que o artigo 92, **a**, não se aplica, consequentemente as demais alíneas que regulam a promoção por merecimento também cairiam. E aí nós teríamos uma amplíssima discricionariedade, uma babel, como diria o nosso eminente Ministro Marco Aurélio, na formação da lista tríplice, seja por parte dos Tribunais Regionais, que não teriam nenhum critério objetivo a mais, seja por parte da própria Presidente da República, dando ensejo a nomeações políticas - esse é o grande problema - inclusive no que tange à Justiça do Trabalho, quer dizer, teríamos um problema seríssimo.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Até

Inteiro Teor do Acórdão - Página 30 de 85

MS 30.585 / DF

hoje, até ouvir o voto de Vossa Excelência, eu tinha a nova redação do inciso III do artigo 93 como meramente expletiva, para deixar claro que aquela regra originária da alínea "a" do inciso II do artigo 93 seria apenas para juízes mesmo de entrância para entrância.

A regra dos Tribunais seria especial, mais coerente com a natureza do ato do Presidente da República, que é de ato complexo a operar entre Poderes, ao passo que a promoção de juiz de entrância para entrância operaria no âmbito interno do próprio Poder Judiciário. Não haveria que se falar de ato complexo. Até agora eu estava pensando assim.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Também sequências, porque há lista, que vai ao Presidente para a formalização do ato.

Vossa Excelência me permite explicar a alteração ocorrida? Nada surge sem uma razão. Por que se modificou o inciso III do artigo 93 da Constituição Federal suprimindo-se a menção ao inciso II, que cogita, justamente, da obrigatoriedade da promoção? Porque houve a extinção dos Tribunais de Alçadas. Esse mesmo dispositivo se referia à nomeação, segundo a classe de origem, e o legislador aproveitou-se, a meu ver, de emenda, para afastar o que apontaria como uma redundância, ou seja, a alusão ao inciso II. Aguardarei, de qualquer forma, a oportunidade de votar na matéria.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 31 de 85

29/06/2012 **PLENÁRIO**

Mandado de Segurança 30.585 Distrito Federal

: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI RELATOR IMPTE.(S) : Associação dos Juízes Federais do Brasil -AJUFE IMPTE.(S) : Associação dos Magistrados Brasileiros -**AMB** IMPTE.(S) :Associação dos Juízes Federais do Rio de JANEIRO E ESPÍRITO SANTO - AJUFERJES : ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES IMPTE.(S) ADV.(A/S):CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA IMPDO.(A/S) :Presidente da República ADV.(A/S)

IMPDO.(A/S) :Juiz Federal Marcelo Pereira da Silva

: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

NOTAS PARA O VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, Senhores Ministros, sem embargo da respeitabilidade da tese defendida da tribuna com muito brilho e competência, como sempre, pela AGU, na verdade, eu comungo em gênero, número e grau com a compreensão do eminente Relator, no que tange ao tema.

A meu juízo, o caráter uno e nacional do Poder Judiciário, tantas vezes enfatizado por esta Corte, não permite, com todo respeito dos que entendem em contrário, que se compreenda que no ato, na Seção I do Capítulo III, que trata do Poder Judiciário, e logo após a enumeração dos órgãos que o compreendem, conste um art. 93, que diz:

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

Inteiro Teor do Acórdão - Página 32 de 85

MS 30.585 / DF

E aí, nos diferentes incisos e alíneas, expõe princípios dentre os quais; a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;.

De fato, foi destacado, pontuado com pertinência, o inciso, em função da alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 45, que não mais se vê qualquer referência no inciso III, que consagra:

"III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;"

Diversamente do que fizera o constituinte originário, não há mais, nesse inciso III, a referência ao inciso II. Mas endosso, subscrevo integralmente, conforme já disse, a compreensão de que esta extinção adveio da retirada do texto, trazida pela Emenda nº 45, pertinente aos Tribunais de Alçada.

Senhor Presidente, eu até observaria, e também de acordo com o eminente Relator, como **obiter dictum**, que, na verdade, estou falando aqui também da Justiça do Trabalho, não só da Justiça Federal, entendo que a magistratura de primeiro e segundo grau, em todos os seus segmentos, está alcançada, no que diz respeito às suas promoções por merecimento, por essa norma que é um princípio a ser observado no Estatuto da Magistratura.

Tenho enorme dificuldade em entender que o constituinte originário determinou observância destes princípios para a magistratura, num Estatuto próprio, e que fosse pretender alguma diferenciação com relação aos juízos dos diferentes segmentos. Porque, com todo o respeito, a dar essa interpretação restritiva, que está sendo atacada, nesse mandado de segurança, teríamos que entender como caindo todos os enunciados dos diferentes incisos e alíneas do artigo 93, que se restringiriam à Justiça Estadual, à Justiça Comum Estadual. Então, com todo respeito, não endosso.

Lembro-me, também, que não há qualquer notícia de que, quando dos debates travados com o advento da Emenda nº 45, tenha sido

Inteiro Teor do Acórdão - Página 33 de 85

MS 30.585 / DF

discutida essa matéria, essa retirada. E, como digo, é sem dúvida respeitabilíssima a tese contrária, o texto, de fato, permite uma interpretação sistemática, a mim conduz noutro caminho.

Por isso, havendo essa peculiaridade, essa inclusão em três listas consecutivas ou em cinco alternadas, o ato da Presidência da República torna-se vinculado, deixa de ter ampla discricionariedade na promoção.

Senhor Presidente, destacaria, embora esta Corte não tenha apreciado o tema e de fato não há precedentes, os efeitos da Emenda Constitucional nº 45, relativamente ao sistema de promoção de magistrados, foram objetos de debates aqui neste Plenário no julgamento da Suspensão de Segurança nº 3.457 (AgR-MT), no qual se discutiu a observância do acesso aos tribunais de segundo grau, do disposto neste art. 93, inciso II, alínea "b", da Constituição Federal. É um acórdão da lavra da eminente Ministra Ellen Gracie, onde colho a seguinte ementa:

SUSPENSÃO "AGRAVO REGIMENTAL. DE SEGURANÇA. PROMOÇÃO POR MERECIMENTO. ACESSO AO CARGO DE DESEMBARGADOR DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ART. 93, II, "B", E III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXIGÊNCIA DE INTEGRAR O MAGISTRADO A PRIMEIRA QUINTA PARTE DA LISTA DE ANTIGUIDADE. RESOLUÇÃO Nº 04/2006/OE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO. RESOLUÇÃO № 6/2005 DO DE **NACIONAL** JUSTIÇA. CONSELHO DESCUMPRIMENTO. OCORRÊNCIA DE GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA."

Diz a ementa, na sua explicitação:

- "1. Os agravantes não lograram infirmar ou mesmo elidir os fundamentos adotados para o deferimento do pedido de suspensão.
- 2. No presente caso, o Estado requerente demonstrou, de forma inequívoca, a situação configuradora da grave lesão à ordem pública, consubstanciada no fato de que a decisão impugnada impede a aplicação de resolução do Conselho Nacional de Justiça, o que certamente inibe o exercício de suas atribuições institucionais."

E aqui o item III:

"3. Necessidade de observância da norma inserta no art. 93, II, b, da

Inteiro Teor do Acórdão - Página 34 de 85

MS 30.585 / DF

Constituição da República para a promoção por merecimento ao cargo de desembargador."

Então, de fato, aqui nós estaríamos apenas tratando dos efeitos da Emenda nº 45 quanto a esse sistema de promoção, e se trata de Justiça estadual, mas parece-me que, observada mesmo a **ratio decidendi**, por coerência, a tendência também seria ir no sentido do voto do eminente Relator, além de cumprimentar Sua Excelência pela beleza, pela profundidade das razões todas exaradas, eu acompanho o seu voto na íntegra.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 35 de 85

29/06/2012 PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 30.585 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados que assumiram à tribuna. Senhor Presidente, há aqui umas três premissas antes mesmo da análise mais vertical da questão que estamos aqui travando, e fica extremamente limitado o debate diante do voto absolutamente minudente do Ministro Lewandowski, coadjuvado pelas observações da Ministra Rosa Weber.

A primeira assertiva de premissa aqui lançada, que foi invocada da tribuna e é originária de um voto do Ministro Peluso, é de que todas as garantias constitucionais dos magistrados devem ser estendidas a todos os magistrados. A segunda premissa fática que foi aqui assentada é que nunca houve, mesmo depois da Constituição Federal de 1988, nenhuma violação a essas garantias. E, em terceiro lugar, realmente torna-se uma **inutiliter data** a existência de uma lista se esse poder do Presidente da República é tão discricionário assim, com todas as reverências que Sua Excelência merece, mas nós estamos no âmbito necessariamente contramajoritário da Suprema Corte. É hora de conjurar um ato manifestamente ilegal e abusivo, conforme os requisitos exigíveis pela Constituição Federal. Somente numa hipótese excepcional, e nem é possível ocorrer, poderia haver uma certa discricionariedade se os três concorrentes preenchessem esse requisito da irrecusabilidade da promoção.

Mas o que realmente tem muita importância é o que o Ministro Lewandowski destacou no que se refere à colocação topográfica desse dispositivo geral. Bom, neste capítulo, nós temos as garantias constitucionais da magistratura. Alguém aqui poderia imaginar que uma categoria de magistrados não gozasse da garantia da inamovibilidade? Absolutamente não. Porque essas são garantias constitucionais da

Inteiro Teor do Acórdão - Página 36 de 85

MS 30.585 / DF

magistratura. E essas garantias constitucionais da magistratura estão radicadas nos limites materiais imanentes que impossibilitam a revisão constitucional qual a separação de Poderes, que é um consectário da harmonia e da independência dos Poderes. Então, como aqui foi aventado que o Congresso insinua repetir a regra - e, no meu modo de ver, o Congresso insinua repetir a regra porque não está advertido desse equívoco -, evidentemente que haverá, aí, uma nova e manifesta inconstitucionalidade, porque há uma vedação a que o legislador ordinário, ainda que por emenda constitucional, possa modificar algo que está imanentemente ligado a uma garantia da magistratura e à cláusula pétrea da separação de Poderes.

Isso representa o que o Professor Peter Häberle denominou de sentimento constitucional, quer dizer, é a vontade da Constituição, que é muito mais importante que a vontade do legislador ordinário, e que também foi destacado pela Ministra Cármen Lúcia, que elaborou um estudo exatamente sobre essa impossibilidade de revisão de algumas garantias estabelecidas na Constituição Federal no trabalho relativo à "Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. Revista de Informação Legislativa, 120:159, 1993". É absolutamente impossível modificar isso aqui só por uma nova Constituição, com o poder constituinte originário.

Se assim não bastasse - e aí eu falo, talvez, com um pouco mais de eloquência, porquanto eu pertencia à magistratura. Eu sou magistrado de carreira. Eu conheço as vicissitudes por que passa o magistrado, eu sei o quanto o Poder Judiciário está estagnado por força desse equívoco cometido depois de séculos. Nunca houve isso! E por que ele está estagnado? Porque é preciso haver a promoção por merecimento, para, depois, abrirem as demais vagas. Então, vários tribunais estão estagnados em relação a isso.

Ora, aqui se afirma, por exemplo, que há um ato do CNJ. Mas, conforme o Ministro Lewandowski destacou, estão, ali, as formas de ascensão dos juízes aos tribunais: ou vão por antiguidade, ou vão por merecimento. O merecimento tem os seus critérios. E se o candidato é tão

Inteiro Teor do Acórdão - Página 37 de 85

MS 30.585 / DF

bom, que por três vezes consecutivas ele preenche esse critério, ele tem que ser promovido, porque a finalidade, a **utlima ratio** da regra é evitar politização do Poder Judiciário. Quer dizer, o candidato entra na lista três vezes, escolhe-se um que entrou pela primeira vez por uma vontade própria de uma maioria dominante, trazendo para o seio da magistratura uma estratégia política que é extremamente nociva e deletéria, porque acaba influindo também na esfera jurisdicional.

Afirma-se que o CNJ estabeleceu critérios de merecimento. O CNJ não poderia estabelecer critério de merecimento diferente da Constituição Federal. Isso é uma ordem secundária, uma ordem normativa secundária, em primeiro lugar; em segundo lugar, não pode nem superar a legislação ordinária. Agora, em terceiro lugar, o que o CNJ fez foi estabelecer uma regra **in procedendo** para que os tribunais, ao elaborarem a lista por merecimento, considerassem como merecimento alguns critérios, mais uma vez para evitar a politização da magistratura. Procurou regular como se afere o merecimento, de modo a evitar que o merecimento fosse fruto de uma subjetividade qualquer imperante no Tribunal.

Eu reafirmo, e isso me chamou muito a atenção, que esse candidato aliás eu até conheço os dois, porque são oriundos de meu Estado, e tive oportunidade de conviver com os dois no mesmo nível de cordialidade de relacionamento - cumpriu, por três vezes consecutivas, os requisitos do merecimento. Então, o tribunal a que ele pertence chancela a sua indicação, quer que ele seja promovido. Nos estados, os tribunais promovem **interna corporis**. Isto já é uma anomalia que mitiga a independência do Poder Judiciário. E, por outro lado, se nós não aplicarmos - já há essa diferença - essa regra, então, haverá uma diferença entre os juízes estaduais e os juízes federais, e mais uma vez, com razão o Ministro Peluso, as garantias da Magistratura são extensíveis a toda a Magistratura.

Anoto, ainda, Senhor Presidente, que essa alteração, para não repetir os argumentos que já foram aqui esposados, levada a efeito pela Emenda nº 45, como bem o disse o Ministro Marco Aurélio, da tribuna e eu no café, que realmente ela foi levada a efeito porque acabou o Tribunal de

Inteiro Teor do Acórdão - Página 38 de 85

MS 30.585 / DF

Alçada. Então, eventualmente, isso não foi um silêncio eloquente, nem poderia ter sido. Como é que se pode imaginar, sob o ângulo a lógica jurídica, que o Tribunal seja mais criterioso para promover por entrância do que para levar ao Tribunal que vai rever as decisões desses juízes promovidos, de entrância para entrância, um desembargador que não preenche esses critérios de merecimento? Evidentemente, se o merecimento é importante na promoção de entrância para entrância, ele é muito mais importante na ascensão para o Tribunal, porque é lá que ele vai rever as decisões dos juízes.

Mas, mesmo assim, só, digamos assim, voluntariamente me deixando seduzir por essa ideia, eu tive a preocupação de promover uma interpretação a que não é dada muita importância, que é a denominada interpretação histórica, não pela evolução do instituto, mas pela pesquisa da exposição de motivos, na medida em que nós juízes não podemos aferir a mens legislatoris, porque isso seria muito subjetivo, mas a ratio essendi da lei está na exposição de motivos. Por que ela surgiu? O que houve que se tirou esse dispositivo? Houve alguma vontade do legislador da emenda ou da reforma de excluir esta regra e superprestigiar o Executivo, transformando-o naquilo que a separação de Poderes não quer, que é uma instância hegemônica, e esse não é o sentimento constitucional? Absolutamente não. A exposição de motivos da lei versa exatamente acerca do pacto de estado em favor de um Judiciário mais rápido.

Então, os tópicos fundamentais são de implementação da reforma constitucional, a reforma do sistema recursal, defensoria pública e acesso à Justiça, juizados especiais de justiça itinerante, execução fiscal, precatórios, as violações aos direitos humanos, informatização, produção de dados indicadores estatísticos, e aí que foi criado o Conselho Nacional de Justiça, e coerência entre a atuação administrativa e as orientações das jurisprudências já pacificadas e o incentivo à aplicação da penas alternativas.

Então, na verdade, Senhor Presidente, Ministro Marco Aurélio, que prazer vê-lo aí na Presidência.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 39 de 85

MS 30.585 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Quanto ao tratamento diferenciado, tribunais e primeira instância, com as entrâncias, talvez fosse para o sistema ficar capenga.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pois bem, então, Senhor Presidente, nem mesmo na razão de ser da Emenda nós encontramos uma justificativa para conjurarmos esse salutar critério que foi olvidado decerto por um equívoco que precisa ser corrigido prontamente, porque o mandado de segurança, como já afirmava, originariamente, o professor Pontes de Miranda, é uma ação mandamental semelhante às *injunctions* do sistema anglo-saxônico. O juiz não condena; o juiz ordena. Ele não se limita a exortar a que a autoridade cumpra a obrigação; ele ordena que a obrigação seja cumprida. Ora, os juízes cíveis suprem a vontade, que é algo infungível, **intuitu personae**, e concluem um contrato quando o devedor é recalcitrante. E a Suprema Corte não pode superar uma desobediência a uma regra constitucional e determinar que se cumpra aquilo que está previsto na Constituição? Então, Senhor Presidente, a ação é mandamental.

Por essa razão, pedindo que o Ministro Lewandowski sopese, dentro da sua independência jurídica, eu acolho o pedido integralmente, determinando que se implemente a nomeação e a posse do impetrante que preencheu os requisitos constitucionais e faz jus a essa ordem oriunda da Suprema Corte do País.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Senhor Presidente, se eventualmente o meu voto prevalecer e se a Corte assim o entender, eu não me oporia a determinar a nomeação direta do impetrante.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Estou acompanhando Vossa Excelência.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 40 de 85

MS 30.585 / DF

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Vossa Excelência, como eminente processualista, realmente aponta para um caminho que me parece adequado também.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 41 de 85

29/06/2012 PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 30.585 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, eu conheço essa problemática do ponto de vista de quem já esteve na Presidência da República. Eu tive a honra, por dois anos e meio, de ocupar o cargo de Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, órgão que é o responsável por levar essas listas e colher a assinatura do Presidente da República, hoje, da Presidenta da República.

Elas são encaminhadas pelos Tribunais ao Ministério da Justiça; depois de uma análise do Ministério da Justiça, vão para a Subchefia para Assuntos Jurídicos, cargo esse - registro - que dois outros Colegas desta Corte tiveram, também, a honra de ocupar: o Ministro **Celso de Mello** e o Ministro **Gilmar Mendes**.

Sempre que se levava uma lista de merecimento ao Presidente, ele perguntava ao seu Subchefe, ao seu Consultor, na época em que era Consultoria - penso que todos que ocuparam o posto de Presidente da República faziam o mesmo -: "por que aqui não posso escolher?". É natural que o Presidente da República faça essa pergunta.

Eu ocupei esse cargo tanto antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, como depois, e nunca quis mexer nesse verdadeiro vespeiro - desculpem a expressão. Por que vespeiro? Porque, na verdade, se compararmos o que dispõe a Constituição de 88 com o que dispunha a Constituição de 69, poderemos concluir que a análise do merecimento cabe ao tribunal, e não à Presidência da República.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - De entrância para entrância.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Inteiro Teor do Acórdão - Página 42 de 85

MS 30.585 / DF

Explico o porquê. Eu sempre disse, mesmo depois da Emenda de 2004: "vamos manter a tradição"". Porque, na verdade, virou uma tradição que não tem mais fundamento na Constituição. Essa é a verdade.

Explico. Diz o art. 123 da Constituição de 69:

"Art. 123. Os juízes federais serão nomeados pelo Presidente da República, escolhidos, sempre que possível, em lista tríplice, organizada pelo Tribunal Federal de Recursos."

Escolhidos em lista tríplice. A Constituição de 69 falava que essa escolha se dava mediante uma lista tríplice.

Obviamente que a Lei Orgânica da Magistratura, Lei Complementar nº 35, não poderia dispor de maneira diferente, senão seria inconstitucional quando da sua sanção.

Diz ela o seguinte:

"Art. 84 - O acesso de Juízes Federais ao Tribunal Federal de Recursos far-se-á por escolha do Presidente da República dentre os indicados em lista tríplice (...)."

"Art. 80 - A lei regulará o processo de promoção, prescrevendo a observância dos critérios de antigüidade e de merecimento, alternadamente, e o da indicação dos candidatos à promoção por merecimento, em lista tríplice(...)."

Então, a Lei Orgânica determinou a formação de listas tríplices. Mas a Constituição de 88 a manteve em relação ao acesso aos Tribunais Regionais Federais? Não. Vamos ao seu artigo 84, inciso XVI, que trata das competências do Presidente da República.

"Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

XVI - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição(...)"

Então, ao Presidente cabe nomear os magistrados nos casos previstos

Inteiro Teor do Acórdão - Página 43 de 85

MS 30.585 / DF

na Constituição.

Vamos, então, ao seu artigo 107.

"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 (...):"

Não fala em lista tríplice. O art. 107 não fala em lista tríplice.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - E parece regular inteiramente a matéria o artigo 107.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não fala em lista tríplice.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? Há referência, em três dispositivos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Loman, às listas tríplices.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Pois é, mas porque era baseada na Constituição de 69.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A Loman foi recepcionada pela Carta de 1988.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Sim, mas eu estou mostrando por que essa interpretação que acabou fazendo a Casa Civil depois que deixei aquele órgão está absolutamente equivocada. A lógica que eles aplicaram ao caso, afastando o art. 93, II, da Constituição Federal, que é o único lugar em que se fala de lista, levaria a se entender que não cabe ao Presidente analisar uma lista. Quem deve analisar a lista é o Tribunal Regional. Essa vai ser a conclusão a que vou

Inteiro Teor do Acórdão - Página 44 de 85

MS 30.585 / DF

chegar, mas quero manter a lógica do meu raciocínio.

Então, eu digo: o art. 107 da Constituição não fala em lista tríplice. Fala em um quinto dentre advogados. O seu inciso II, que é o que interessa para o caso, também não fala em lista tríplice:

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

Vamos, então, ao art. 93, inciso III, da Carta da República, com sua redação original. Lá se fazia remissão ao inciso II. E no inciso II se encontra a lista:

- "II promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:
- a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;"

Aí se fala em lista de merecimento.

Vem a Emenda Constitucional nº 45 e afasta essa remissão. Qual foi a leitura que a Presidência da República fez? Se se afasta essa remissão, o fato de um nome constar três vezes na lista não mais vincula a escolha do Presidente. Devolve-se a lista, portanto, para que se forme uma lista com três nomes. Ora, essa leitura também pode levar à seguinte conclusão, Ministro **Marco Aurélio**: por que mandar a lista tríplice à Presidência da República? Qual o comando que assim o determina?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? A valia de não se mandar a lista tríplice talvez fosse enorme: afastaria a tentação de se potencializar o aspecto político!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Exatamente, Ministro Toffoli,

Inteiro Teor do Acórdão - Página 45 de 85

MS 30.585 / DF

Vossa Excelência está tocando num aspecto fundamental. Este é o melhor dos mundos do Poder Judiciário: não disputar a simpatia do Poder Executivo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Porque essa interpretação - estou fazendo uma interpretação dogmática aqui, absolutamente dogmática, sem pensar nas consequências de ordem política -, essa interpretação dada pela Presidência da República após a Emenda nº 45, entendendo que se afastou a vinculação quando há a indicação de um nome por merecimento por três vezes seguidas, desconsidera o único dispositivo constitucional que menciona lista quando se fala em promoção da primeira para a segunda instância nos Tribunais Regionais Federais. Vejam bem o outro lado dessa interpretação. Era por isso que eu, quando lá estava, mesmo após a Emenda nº 45, continuava aplicando a tradição, muito embora essa tradição, diante do que dispõe a Constituição de 88, possa ser entendida como uma revogação da regra de formação de lista contida na Emenda nº 1 à Constituição de 67, a qual desaguou na chamada Constituição de 69. A lei orgânica, Ministro Marco Aurélio, só assenta a lista tríplice porque foi feita àquela altura, e não à altura da Constituição de 88, que não menciona no seu corpo lista tríplice.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas já àquela altura – e foi citado da tribuna pelo profissional da advocacia que sustenta os interesses da impetrante –, o Supremo, e foi redator o relator, o ministro Moreira Alves, concluiu que se teria também a observância do critério nessa passagem da primeira para a segunda instância.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Essa interpretação é daquelas hipóteses em que se pretende ampliar o poder de escolha, no caso, da Presidência da República, mas em que pode sair tosquiado quem vai buscar a lã. Uma interpretação arriscada esta de se afastar o inciso II do art. 93 da Constituição.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 46 de 85

MS 30.585 / DF

Mas esse tema não foi posto no mandado de segurança. Do que relatado e discutido até então, as associações que impetram esse mandado de segurança não buscam o fim da lista, o que elas buscam é a aplicação do inciso II do art. 93.

Faço essas observações como um reforço.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Até mesmo porque os dois remanescentes poderão ser beneficiados futuramente com a regra da nomeação automática.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - É claro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É interessante.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas eu faço isso como raciocínio **a fortiori** para acompanhar a conclusão do eminente Relator.

Agora, todavia, Presidente, mesmo sabendo que é uma ação mandamental, mesmo sabendo que é uma ordem - acho que foi bem colocado pelo eminente Relator -, eu imagino que, de maneira nenhuma, a Presidência da República vai deixar de cumprir essa ordem, dada a elegância com que foi apresentada.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sim, mas só tem que ficar claro que é uma ordem, só isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É uma ordem.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Então transformaríamos a ação mandamental em simplesmente declaratória.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 47 de 85

MS 30.585 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não, não é declaratória. Isso é, aliás, fruto das mudanças de interpretação jurídica que ocorrem com a sucessão dos ocupantes dos cargos dos órgãos consultivos do Estado.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Isso não é deselegância com a Presidência da República, é a aplicação de uma regra jurídica; não tem caráter pessoal, é uma regra jurídica.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Guardo o registro para fazer, tendo em conta a postura do relator.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas, de qualquer sorte, ela foi baseada, muito mais do que no raciocínio da Presidência da República, em um entendimento jurídico que eu reputo equivocado. Eu não tenho nenhuma dificuldade em acompanhar a conclusão e a parte dispositiva do voto do eminente Relator. Se não houver cumprimento da ordem, uma petição ao Relator, que não precisa mais ser submetida à Corte, resolverá o problema.

Eu penso que haverá juízo do outro lado da praça em cumprir adequadamente a determinação. Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 48 de 85

29/06/2012 PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 30.585 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, eu voto com o Relator, considerando que, a meu ver, o que se tem na Seção I do Capítulo III "Do Poder Judiciário" é rigorosamente o estatuto constitucional da magistratura, portanto, aplicável, como foi posto aqui, no que a Constituição apelidou de "Princípios", ainda que, na verdade, nesse artigo 93, haja algumas regras e não princípios, mas tudo isso formando a base do que o legislador infraconstitucional complementar vai depois adotar como a Lei Orgânica da Magistratura. Como é estatuto constitucional, ele tem não apenas uma vertente de unidade como um desdobramento que tem de ser aplicado de maneira sistemática, interpretado de maneira lógica; seria ilógico, a meu ver, que se permitisse isso, que é uma garantia da magistratura.

Até onde eu sei, a primeira observação a que se chegou sobre esta norma, já na Emenda n. 1 de 1969, foi a circunstância de um grande jurista brasileiro que era juiz da Fazenda de São Paulo ter entrado inúmeras vezes na lista por determinação do Tribunal de Justiça – e o então Governador –, porque as decisões eram muito contrárias, este grande jurista, que acabou influenciando todos nós intelectualmente, nunca ter sido aceito exatamente porque era independente e, portanto, ele nunca era nomeado. Essa é a razão que o professor José Afonso da Silva, por exemplo, descreve como nascedouro dessa norma, que veio a se constituir numa conquista de garantia a mais para a magistratura brasileira.

O magistrado, quer ele federal, quer de um tribunal, qualquer um de nós é juiz. Portanto, o que se refere a princípio e regra que compõe esse Estatuto Constitucional da Magistratura aplica-se a todos. Até mesmo o que eu acho que não é um princípio é uma regra de escolha, segundo

Inteiro Teor do Acórdão - Página 49 de 85

MS 30.585 / DF

princípios constitucionais no sentido de que quem compareça pela terceira vez consecutiva deverá ser aquele que será escolhido, razão pela qual considero que o voto do eminente Ministro Relator é absolutamente consentâneo com a Constituição.

Eu o acompanho às inteiras, Presidente.

###

Inteiro Teor do Acórdão - Página 50 de 85

29/06/2012 PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 30.585 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, eu não vou insistir, porque todas as intervenções anteriores já foram mais do que suficientes para demonstrar que o artigo 93 da Constituição reúne um conjunto de predicados e de critérios que constituem, na sua inteireza, regime jurídico que é unitário para toda a magistratura nacional. Não é possível dissociar ramos da magistratura para efeito de se aplicarem, ou não, as normas constantes do artigo 93. Tampouco vou insistir em que da mera alteração de redação do inciso III teria resultado outra norma, numa interpretação que se diz literal, mas que é a mais pobre de todas as formas de interpretação, porque interpretação literal já é interpretação, pela razão óbvia já aventada de que se tratou apenas de expediente destinado a eliminar a referência, que seria sem sentido, aos Tribunais de Alçada, que deixaram de existir.

Eu acho que o ponto central da questão, que se tornou complexa por esse motivo, é a interpretação do artigo 107. E retiro do que disse o eminente Ministro Dias Toffoli, não a necessidade de levar a uma interpretação que elimine a elaboração de lista tríplice, porque esta corresponde a princípio geral que se aplica a todos, mas para mostrar o absurdo, isto é, a levar à interpretação do artigo 107 como norma especial, que prevaleceria sobre as regras gerais do 93, nós teríamos isto: o Presidente da República recebe um nome por merecimento e tem que nomear, sim, porque, senão há necessidade, ditada pelo 93, da elaboração de lista tríplice e, como o 107, não dá outro critério de forma de viabilizar a promoção por merecimento, significaria que o Tribunal, na sua discricionariedade suposta, escolheria um nome para ser promovido por merecimento e o encaminharia ao Presidente da República, que não teria alternativa. Ora, evidentemente, isto, do meu ponto de vista, com o devido respeito, me parece insustentável.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 51 de 85

MS 30.585 / DF

Então, como é que tem que ser interpretado o 107? Como norma que explicita outra disciplina, sem prejudicar a aplicação do inciso II. Isto foi dito da tribuna, e é correto, que a palavra "acesso", nessa norma, não tem nenhum significado autônomo, mas equivale, pura e simplesmente, a promoção, tanto que, na antiga redação do 93, III, se falava em promoção ao Tribunal de Justiça. Então, o que hoje a Constituição chama de "acesso" aos Tribunais, na redação anterior era promoção, e as palavras se equivalem, porque o fenômeno jurídico é o mesmo, tanto é que o próprio artigo 107, no inciso II, fala em "promoção de juízes federais". Noutras palavras, o acesso ao Tribunal se dá por promoção.

E promoção de que maneira? Pelo critério de antiguidade e de merecimento. Ora, qual é a regra que disciplina a forma de efetivação da promoção por merecimento? É a elaboração da lista com a obrigatória nomeação daquele que, nas anteriores, tenha constado por três vezes consecutivas ou por cinco alternadas, e esta é a regra que se aplica. Fora isso, teríamos - e Vossa Excelência, de certo modo, o aventou - a seguinte contradição: a Constituição valorizaria mais a promoção por merecimento nas entrâncias inferiores, e a promoção mais importante, de merecimento qualificado, porque é merecimento qualificado o daquele que constou por três ou cinco vezes alternadas, ele está numa posição de um merecimento qualificado, seria menos valiosa para o Tribunal, onde está o cargo mais importante. Isso não tem senso, isso não tem senso. Nem me parece que tampouco se retire do Presidente da República a margem de discricionariedade. Quando? Nos outros casos. Só quando se tratar da qualificada, República hipótese o Presidente da discricionariedade; não, porém, nos outros casos.

Essas são as razões pelas quais, com a devida vênia, estou acompanhando inteiramente o eminente Relator, mas concedendo a ordem tal como pleiteada, sob pena de se concedê-la em parte. A ordem é textualmente pedida para efeito também de nomeação do impetrante. E, mais, em se tratando de ação mandamental, a posição da autoridade, seja ela qual for - e o problema não é de ordem pessoal, é de ordem jurídica, impessoal - não é de cumprimento de obrigação. A figura da obrigação

Inteiro Teor do Acórdão - Página 52 de 85

MS 30.585 / DF

aqui é absolutamente inaplicável. Nós temos um caso que juridicamente, na Teoria Geral do Direito, se chama de sujeição. O obrigado pode deixar de cumprir a obrigação e fica exposto, quando é possível, a uma execução direta, e, quando não, responde por perdas e danos. Essa alternativa não existe no mandado de segurança. O mandado de segurança, se concedido, põe a autoridade na condição de sujeição, para a qual não há alternativa. É essa a razão pela qual não me parece apropriado, sequer do ponto de vista técnico, que se conceda uma ordem para que o Presidente da República estude se deve cumpri-la ou não. Não há essa alternativa!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Cezar Peluso, se Vossa Excelência me permite, está intimamente ligado ao que Vossa Excelência está afirmando. A resolução judicial, oriunda de um mandado de segurança, é de uma energia tão expressiva que a novel Lei do Mandado de Segurança, recentíssima, traz no artigo 26 exatamente a normação daquilo que o Ministro Peluso denominou de sujeição.

Artigo 26: "Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-Lei 2.848, (...) o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei (...)" de crime de responsabilidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Em síntese, a obrigação de fazer não se transmuda em obrigação de dar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É a ordem.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não há obrigação. A relação aqui não é obrigacional.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas o voto do Ministro Relator não me pareceu que fosse um aviso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não, mas se suscitou

Inteiro Teor do Acórdão - Página 53 de 85

MS 30.585 / DF

dúvida a respeito da extensão da ordem.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, é uma ordem.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Não há dúvida. Pela minha ordem, eu estou dizendo o seguinte: anulo o decreto número tal, ou sem número da data tal, por meio do qual foi nomeado o Juiz Federal Marcelo Pereira da Silva, para a vaga no Tribunal regional da 2ª Região, decorrente da aposentadoria do desembargador tal; e, consequentemente, determino seja respeitada a regra contida no artigo 93, II, a, daquele diploma legal, da Constituição. É uma ordem que vai redundar da nomeação do Juiz Aluísio Gonçalvez de Castro Mendes.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É uma ordem para ser nomeado nos termos do artigo. É exatamente o que o Ministro Relator falou.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas não fui eu que suscitei a dúvida de que não fosse ordem. Eu estou só reafirmando que é ordem.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Normalmente, aqui, quando julgamos, nós concedemos a ordem tal como foi formulada. O pedido não é isso tudo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Se não há dúvida a respeito, tanto melhor. É nesse sentido que eu voto.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 54 de 85

29/06/2012 PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 30.585 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, inicialmente faço três registros. O primeiro, quanto à exemplar elegância do relator, considerada a extensão do pronunciamento de Sua Excelência. Mas Sua Excelência não olvida que estamos a julgar pedido formalizado em ação mandamental.

O segundo: a criatura não desmerece o criador, ou seja, tivemos hoje a repercussão da proficiência, no campo educacional, no campo cultural, do mestre de tantos mestres, que é o Professor José Carlos Barbosa Moreira.

Terceiro: digladiaram inteligências. De um lado, o Dr. Carlos Roberto Barbosa Moreira e de outro a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral do Contencioso da Advocacia-Geral da União. Se pudesse, daria a contenda por empatada!

Presidente, já tive a oportunidade de dar, nos apartes, pinceladas quanto ao alcance da Emenda Constitucional nº 45 e apontei, presente inclusive a interpretação sistemática do grande todo que é a Constituição Federal, que a supressão da referência, no inciso III do artigo 93, ao inciso II decorreu da necessidade da purificação da linguagem e de evitar-se repetição de dispositivos na própria Carta da República. É que, na redação primitiva, o inciso III do artigo 93 contemplava a situação dos tribunais de alçada e, então, havia alusão à movimentação do alçada para o tribunal de justiça, considerada a classe de origem, mesmo porque, deslocado um egresso da advocacia, ou do Ministério Público do alçada para o tribunal de justiça, a vaga aberta na origem, se houvesse a movimentação para uma de carreira, não seria a ela destinada. Por isso, Presidente, não vejo significado maior no fato de ter-se suprimido a remessa ao inciso II. O preceito em discussão – a alínea "a" do inciso II do artigo 93 – está no capítulo III da Carta da República, e este versa o Poder Judiciário como um todo. As normas homenageiam, acima de tudo, a carreira. Na cabeça do artigo 93, tem-se alusão a princípios que devem ser

Inteiro Teor do Acórdão - Página 55 de 85

MS 30.585 / DF

uniformes, presente a magistratura, princípios, portanto, lineares, a serem observados na elaboração da Loman.

Não posso potencializar a interpretação gramatical a ponto de entender que, no caso, a obrigatoriedade de promoção diz respeito apenas ao movimento de entrância para entrância. Presente a existência de um princípio de abrangência maior a apanhar toda a magistratura, não me cabe distinguir, estabelecendo exceção onde o constituinte não o fez. Quanto à questão da lista, há referência na alínea "a" do artigo 93 e também nos artigos 80, 84 e 86 da Loman.

Sensibilizou-me a colocação do ministro Dias Toffoli. Já imaginava tribunal, no caso de ser sufragado um nome pela terceira vez consecutiva ou quinta alternada, encaminhando apenas esse nome. Mas há uma razão de ser de ter-se, mesmo nesse caso, a lista: como disse, os remanescentes, procedida a nomeação, terão integrado lista para a contagem das três consecutivas ou das cinco alternadas.

Por último, estamos a discutir carreira e não acesso ao Superior Tribunal de Justiça, ao Tribunal Superior do Trabalho, ao Superior Tribunal Militar e, até certo ponto, ao Tribunal Superior Eleitoral, quando a movimentação ocorre sem considerar-se a dualidade antiguidade e carreira. Estamos a nos defrontar com uma ação mandamental. Descabe potencializar, porque estaríamos na contramão de princípio também básico da Administração Pública, o destinatário da concessão da ordem e da segurança. Vinga a impessoalidade.

Por isso, Presidente, acompanho o relator, deferindo a ordem nos termos em que pleiteada na peça primeira dessa ação nobre, ação de envergadura maior, porque constitucional, que é o mandado de segurança.

É como voto.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 56 de 85

29/06/2012 PLENÁRIO

Mandado de Segurança 30.585 Distrito Federal

VISTA

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Senhores Ministros, acompanhei atentamente – fazendo aqui minhas anotações, meu rastreamento na Constituição – a discussão, a votação, a fundamentação. E confesso que estou muito preocupado, mesmo reconhecendo a excelência do voto do Relator, Ministro Lewandowski, e dos demais Ministros, que acompanharam Sua Excelência, mesmo louvando a sustentação oral do doutor Carlos Alberto Barbosa Moreira, que primou pela qualidade, pela precisão. Mas me impressionei também com a sustentação oral da Advogada da União, Doutora Grace Fernandes.

Peço vênia para dizê-lo. E tenho receio de que estejamos a incorrer – digo isso com todas as vênias desse mundo – num equívoco de caráter de ordem técnica, com consequências de difícil equacionamento **a posteriori**, evidentemente. Não vou dizer, não vou incorrer naquele truísmo do conselheiro Acácio: "*O pior das consequências é que elas sempre vêm depois*". É evidente que não vou incorrer nesse truísmo. Mas também me preocupa o fato de não estarmos aqui com a composição íntegra da Corte. Três Ministros estão ausentes.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas a sessão foi regularmente convocada.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Claro.

- O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO E temos quorum regimental.
- O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) Eu digo é pela complexidade do tema.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 57 de 85

MS 30.585 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vim ao Tribunal, Presidente, para atuar na plenitude, para ter o Tribunal atuando na plenitude. Não podemos escolher as sessões em que estaremos presentes.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - A minha observação não infirma a de Vossa Excelência, não invalidada. Teríamos mais três subjetividades qualificadas a contribuir para a discussão do tema. A minha observação não invalida a de Vossa Excelência, absolutamente.

Lendo aqui uma decisão minha mesmo e outras decisões, percebo que há uma jurisprudência quase vintenária em sentido contrário a essa decisão que estamos a tomar, e não fizemos referência a esses, mais do que precedentes, a essa jurisprudência. Por exemplo: os acórdãos proferidos no MS 26.662, agravo regimental, foi de minha Relatoria; Reclamação 5.298, agravo regimental, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Julgamentos sumários, não é, Presidente?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Mandado de Segurança 23.789, da relatoria da Ministra Ellen Gracie.

Ou seja, eu tenho para mim, e na linha dessa jurisprudência, que o artigo 107 da Constituição Federal é mesmo uma norma especial comparado com o artigo 93 da Carta Magna.

Quanto à promoção dos juízes federais, o inciso II do artigo 107, quero crer, foi taxativo ao exigir apenas o exercício do cargo pelo período de cinco anos. Exatamente por isso esta é a razão de ser dessa jurisprudência consolidada no sentido de que não aplica a promoção dos juízes federais à regra da alínea "b" do inciso II do artigo 93 da Constituição.

Eu também tenho, por esse mesmo fundamento, que não se aplica ao caso a alínea "a" do inciso II do mesmo artigo 93. Como bem ressaltou a

Inteiro Teor do Acórdão - Página 58 de 85

MS 30.585 / DF

representante da AGU, a EC 45, ao retirar do inciso III do artigo 93 da Constituição, promoção para Tribunais de Segundo Grau, a referência ao inciso II, promoção de entrância, reforçou a interpretação até hoje pacífica nesta nossa Casa de Justiça.

Eu chego a dizer que a redação da EC 45 teve um caráter meramente expletivo, quis deixar claro que há dois sistemas aqui a considerar: um sistema de promoção de entrância para entrância, que tem seu regime jurídico, e um sistema de acesso aos tribunais, que tem outro regime jurídico. E, à medida que a discussão se travava, se desenvolvia, eu relia o o inciso II do artigo 93, para concluir pelo seguinte: promoção de entrância para entrância.

Ora, essa é a regra, matriz nuclear, é o núcleo duro da normação: promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas. Aí vem a obrigatoriedade da promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco vezes, alternadamente, em lista de merecimento.

Ora, essa obrigatoriedade vem numa alínea do inciso. Ela é serviente funcionalmente do inciso. O inciso diz: promoção de entrância para entrância; não acesso aos tribunais.

E aí é que vem a obrigatoriedade da promoção do juiz, ou seja, essa regra da obrigatoriedade da promoção do juiz - está na alínea - se dá no âmbito maior do inciso II que somente cuida de promoção de entrância para entrância.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência afasta inclusive o encaminhamento de lista? Porque entende que essa só se refere à movimentação de entrância para entrância. Pelo menos a lista é contemplada na Carta de 88.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Não, pelo contrário. Se mandar a lista, a competência é do Presidente da República para escolher entre um dos três nomes. Então não mande a lista, não cabe mandar a lista, por quê? Porque um dos concorrentes teve

Inteiro Teor do Acórdão - Página 59 de 85

MS 30.585 / DF

o seu nome sufragado pela terceira vez consecutiva ou cinco vezes alternadamente. Então não há que encaminhar a lista. Se encaminhar a lista ao Presidente da República, ele tem, sim, a discricionariedade de escolher.

- O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) Mas é que há o ato formal de nomeação do Presidente da República, porque o Tribunal Regional não pode nomear.
- O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) A lista que se encaminha ao Chefe do Poder Executivo não está no âmbito rigoroso, não está no âmbito da independência dos Poderes, situa-se no âmbito da harmonia dos Poderes, se inscreve no sistema de freios e contrapesos. O sentido da lista é esse. Pensemos no advogado: ele entra numa lista sêxtupla.
- O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX É diferente, Senhor Presidente, do advogado é diferente.
- O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO Não, não é diferente, não, é igual. É freio e contrapeso. Só que aqui há um freio à discricionariedade do Presidente. É, sim, freio e contrapeso.
- O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX Mas advogado não tem número de ingressos na lista.
- O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO Mas é em relação à discricionariedade do Presidente.
- O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO Para que ocorra a harmonia entre os Poderes.
 - O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX Advogado, se entrar uma vez,

Inteiro Teor do Acórdão - Página 60 de 85

MS 30.585 / DF

pode.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E, de certa forma, vislumbro, no preceito, nessa obrigatoriedade, a prevalência do mérito sobre o político.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E a finalidade da lei é essa, nós que sabemos como é que as coisas se operam, sabemos que é assim.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Em homenagem à carreira.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Agora, eu confesso que, do ponto de vista técnico, eu tenho algumas dúvidas que não consegui solver aqui nesse curto espaço de tempo.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, permita-me? com todo respeito e admiração que tenho pela compreensão de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Pois não.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Esse entendimento restritivo vinculado à entrância por entrância retiraria dos juízes do trabalho, retiraria dos juízes federais, onde não há entrâncias, a possibilidade, esse direito reconhecido aos juízes estaduais de ...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Eu tenho um estudo sobre isso, Excelência, exatamente sobre essa comparação entre juízes federais e juízes do trabalho. Por isso, eu vou pedir vênia a todos, prometendo trazer o processo no dia 1º de agosto, na primeira sessão; eu vou pedir vista do processo e trazer um estudo bem

Inteiro Teor do Acórdão - Página 61 de 85

MS 30.585 / DF

mais completo do que daquele em que me baseei para proferir oralmente essas minhas observações sobre o tema.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 62 de 85

29/06/2012 PLENÁRIO

Mandado de Segurança 30.585 Distrito Federal

DEBATE

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Presidente, gostaria de fazer um registro. Aquele que foi nomeado não chegou a tomar posse, correto?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Não.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E se deu uma liminar suspendendo a nomeação. Nada impede a Presidente da República de revogar aquela nomeação e já dar a posse, de imediato, a esse.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Tendo em conta a sinalização da maioria.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Nada impede que a Presidente da República nomeie imediatamente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Nada impede. Só queria fazer esse registro: Ainda na data de hoje, Sua Excelência pode revogar aquele ato, diante do que, com certeza, a Advocacia-Geral da União passará à Presidência da República. Revoga-se aquele ato e nomeia-se quem de direito, antecipando-se ao final desse julgamento de maneira elegante, como fomos elegantes aqui. Isso é a harmonia entre os Poderes.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Belíssima sugestão!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

Inteiro Teor do Acórdão - Página 63 de 85

MS 30.585 / DF

(**RELATOR**) - Inclusive, Ministro Dias Toffoli, nós temos ciência de que há uma paralisação indesejável nas nomeações para os tribunais regionais federais e para os tribunais regionais do trabalho que já data de, talvez, meio ano ou mais, oito meses.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Isso é verdade, Ministro Lewandowski. Vossa Excelência tem toda a razão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Isso realmente é uma situação muito difícil.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Que nos preocupa sobremodo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - E sem prejuízo de a Presidência rever a posição, se eventualmente o Supremo Tribunal Federal alterar o seu entendimento.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – E, quanto à retirada da proposta de Vossa Excelência, eu quero, de modo especial, elogiar o seu gesto de cavalheirismo, sem deixar de ter sido uma postulação também de ordem técnica. Receba os meus cumprimentos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Muito obrigado.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 64 de 85

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE SEGURANCA 30.585

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

IMPTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL - AJUFE

IMPTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB

IMPTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO RIO DE JANEIRO E

ESPÍRITO SANTO - AJUFERJES

IMPTE.(S): ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES

ADV. (A/S) : CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA

IMPDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

IMPDO.(A/S) : JUIZ FEDERAL MARCELO PEREIRA DA SILVA

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), concedendo a segurança e julgando prejudicado o agravo regimental interposto pela Advocacia-Geral da União, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Cezar Peluso e Marco Aurélio, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ayres Britto (Presidente). Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Plenário, 29.06.2012.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário

Inteiro Teor do Acórdão - Página 65 de 85

12/09/2012 PLENÁRIO

Mandado de Segurança 30.585 Distrito Federal

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO:

Trata-se de mandado de segurança, aparelhado com pedido de medida liminar, impetrado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), Associação dos Juízes Federais do Rio de Janeiro e Espírito Santo (AJUFERJES) e Aluísio Gonçalves de Castro Mendes contra ato da Presidente da República. Ato consubstanciado na nomeação do Juiz Federal Marcelo Pereira da Silva para o cargo de Juiz do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. A tese dos impetrantes, em resumo, é a seguinte: como o quarto impetrante, Juiz Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, figurou na lista de promoção por merecimento por três vezes consecutivas, tem ele direito líquido e certo à sua nomeação, nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 93 da Constituição Federal.

- 2. Pois bem, na última sessão plenária, ocorrida em 29 de junho de 2012, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator, concedeu a segurança, a fim de "anular o Decreto s/n, de 18 de abril de 2011, da Exma. Sra. Presidenta da República (...) e determinar seja respeitada a regra contida no art. 93, II, a [da Constituição Federal] e nomeado para [o TRF da 2ª Região], pelo critério merecimento, o Juiz Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes". No que foi acompanhado pelos Ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Cezar Peluso e Marco Aurélio.
- 3. Pedi vista dos autos para análise mais detida da matéria. E o fiz porque não estava convencido de que, das normas constitucionais versantes sobre o acesso de juízes federais aos tribunais regionais, resultava verdadeira a proposição jurídica¹ encampada pelos eminentes

Valho-me, aqui, do conceito de "proposição jurídica" exposto por Hans Kelsen, em sua famosa obra "Teoria Pura do Direiro". "Proposição jurídica", consistente no enunciado descritivo das normas jurídicas. Segundo Kelsen, "[...] a ciência jurídica [...] apenas pode descrever o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de

Inteiro Teor do Acórdão - Página 66 de 85

MS 30.585 / DF

ministros para a concessão da segurança. Que proposição? A de que a Presidente da República, diante de uma lista tríplice para promoção por merecimento, não dispõe de discricionariedade para escolher qualquer dos nomes indicados. Naquela sessão de julgamento, a leitura descritiva do referido regime normativo-constitucional (o de promoção por merecimento dos juízes federais) que me parecia mais acertada era a de que, havendo lista, competia ao Presidente da República escolher um dentre os nomes. Isto porque a "lista que se encaminha ao Chefe do Poder Executivo não está no âmbito rigoroso (...) da independência dos Poderes, [mas] no âmbito da harmonia dos Poderes, [ou seja,] no sistema de freios e contrapesos". Também motivaram esse meu pedido vista: a) a jurisprudência pacífica deste Supremo Tribunal Federal quanto à inaplicabilidade da alínea "b" do inciso II do art. 93 da Constituição Federal ao acesso de juízes federais aos tribunais regionais; b) a supressão, por parte da Emenda Constitucional nº 45/2004, da referência que o inciso III do art. 93 da Magna Carta fazia ao inciso II do mesmo artigo.

4. Muito bem. Após um estudo mais focado do caso e de um "passar em revista" as normas constitucionais que tratam da questão jurídica aqui em debate, perece-me claro, de saída, o seguinte: embora as normas inscritas no art. 93 da Magna Carta se apliquem, prima facie, a toda a Magistratura, "promoção de entrância para entrância" é coisa diversa de "acesso aos tribunais de segundo grau". Donde a conclusão provisória de que as alíneas do inciso II do art. 93 da Constituição Federal (que versam sobre "promoção de entrância para entrância") não se aplicam à hipótese de acesso de juízes de carreira aos Tribunais de Justiça, Regionais Federais e Regionais do Trabalho. Por que me refiro, contudo, a conclusão apenas "provisória"? Porque não resiste a uma análise mais demorada. A

normas gerais ou individuais), prescrever seja o que for. [...] A distinção revela-se no fato de as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verídicas ou inverídicas, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica — e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos — não são verídicas ou inverídicas mas válidas ou inválidas [...]." (Teoria Pura do Direito, Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 82).

Inteiro Teor do Acórdão - Página 67 de 85

MS 30.585 / DF

começar pela constatação de que o inciso III do art. 93 da Constituição Federal não contém regras suficientemente detalhadas e, portanto, aptas a reger, por si só, o acesso de juízes aos tribunais. Com a lacônica proclamação de que "o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância", ficam sem previsão normativo-constitucional questões fundamentais como, por exemplo, os critérios para aferição do merecimento. Acresce que a redação originária deste inciso III do art. 93 da Constituição fazia expressa referência ao inciso II do mesmo artigo². Pelo que este Supremo Tribunal Federal sempre integrou a norma do inciso III com as prescrições igualmente normativas do inciso II. Confiram-se, a propósito, os seguintes acórdãos: SS 3.457-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie; RE 451.252-AgR, Rel. Min. Eros Grau; MS 24.499-AgR, Rel. Min. Eros Grau; ADI 654, Rel. Min. Carlos Velloso; MS 24.305, Rel. Min. Gilmar Mendes; MS 22.432, Rel. Min. Ilmar Galvão, entre outros. E o que dizer da Emenda Constitucional nº 45/2004, que retirou do inciso III do art. 93 da Constituição Federal a remissão ao inciso II? Sob pena de se instalar o indesejável vácuo legislativo, há que se dar razão ao Ministro Ricardo Lewandowski e ajuizar que "o objetivo da EC 45/2004, no que concerne à redução de texto levada a efeito na redação original do inc. III do art. 93 foi, tão somente, o de extirpar do cenário constitucional os Tribunais de Alçada" e que, com isso, "quiçá inadvertidamente", acabou sendo suprimida do texto constitucional a expressa conexão entre os incisos II e III do art. 93. Supressão que não foi sequer debatida no Congresso Nacional.

5. Nesse rumo de ideias, chego à conclusão de que, mesmo após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, as alíneas do inciso II do art. 93 da Constituição Federal se aplicam também ao "acesso aos tribunais de segundo grau". Aplicar-se-iam, porém, especificamente, à promoção de juízes federais aos Tribunais Regionais Federais? Quanto à alínea "b", este Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência quase

² III – o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, **de acordo com o inciso II** e a classe de origem;

Inteiro Teor do Acórdão - Página 68 de 85

MS 30.585 / DF

vintenária em sentido negativo. A partir do MS 21.631, cujo acórdão foi redigido pelo Ministro Ilmar Galvão, esta nossa Instância Judicante já se deparou com o tema algumas vezes (MS 23.337, Rel. Min. Moreira Alves; MS 23.789, Rel. Min. Ellen Gracie; Rcl 5.298-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes; MS 26.661-AgR, de minha relatoria), havendo, em todas elas, perfilhado o entendimento originário. A questão passa, então, a ser a seguinte: as razões que fundamentam a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, quanto à inaplicabilidade da alínea "b" do inciso II do art. 93 da Constituição Federal à promoção de juízes federais para os TRF's, são extensíveis às demais alíneas?

6. Tenho que a resposta, convergente com o voto do Relator, é negativa; ou seja, as alíneas "a", "c", "d" e "e" do inciso II do art. 93 da Magna Carta regulam também o acesso de juízes federais aos Tribunais Regionais Federais. Explico: quando este Supremo Tribunal Federal sufragou a tese da inaplicabilidade da alínea "b" do inciso II do art. 93 da Constituição Federal à promoção de juízes de carreira para os TRF's, assim o fez porque o art. 107 da Constituição trazia - e ainda traz requisitos de natureza temporal específicos. Enquanto a regra geral era a de que "a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta", a norma específica era a de que os membros dos Tribunais Regionais Federais seriam recrutados "dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos", exigindo-se do juiz federal "mais de cinco anos de exercício". Donde a aplicação da regra básica de hermenêutica segundo a qual a norma especial prevalece sobre a geral. Veja-se o que averbaram alguns ministros no julgamento do MS 21.631:

Ministro Ilmar Galvão: "Sr. Presidente, peço vênia ao eminente Relator, para manifestar-me no sentido de não ser aplicável à promoção de juízes federais a regra do art. 93, II, b, retrocitada, sujeita que está ela a um único requisito – o implemento de cinco anos de exercício –, conforme disposto no art. 107, II, da mesma Carta.

Assim entendeu o Superior Tribunal de Justiça (...).

Inteiro Teor do Acórdão - Página 69 de 85

MS 30.585 / DF

E teve sobejas razões para assim agir, já que não poderia deixar de resolver, em favor da norma especial, que contempla expressamente os juízes federais, o aparente conflito existente entre o disposto no art. 93, II, b – que condiciona a promoção de magistrados em geral à antiguidade de dois anos na entrância – e a do referido art. 107, II, que exige, para a promoção de juízes federais, idade mínima de 30 anos e mais de 5 anos de exercício."

<u>Ministro Moreira Alves</u>: "Sr. Presidente, a questão realmente é delicada.

Verifico que o art. 9, III, 'b', da Carta Magna, com relação à promoção de juízes estaduais de entrância a entrância, estabelece dois requisitos para a promoção por merecimento: o primeiro é o da existência de dois anos de exercício na respectiva entrância, e o segundo é que o juiz integre a primeira quinta parte da lesta de antiguidade na entrância. Por outro lado, o artigo 107 da Carta Magna, quando trata dos Tribunais Regionais Federais, também estabelece dois requisitos, porém diversos, quanto à promoção de juízes federais para esses Tribunais, ou seja, não só a idade mínima de trinta anos e a máxima de sessenta e cinco, mas também que o juiz tenha mais de cinco anos de exercício.

Essas duas normas são, sem dúvida, normas especiais em face da norma geral que é a que se aplica à promoção dos Juízes Trabalhistas para os Tribunais Regionais do Trabalho e que não faz quaisquer outras exigências para a promoção por antiguidade ou por merecimento.

Ora, poder-se-á exigir, para a promoção por merecimento de juiz federal, que aos dois requisitos exigidos pelo dispositivo constitucional que a eles diz respeito um requisito que só é exigido para os juízes estaduais? Parece-me que não, e isso porquanto não apenas em matéria restritiva devemos adotar interpretação estrita, mas também se estaria criando com a conjugação dessas normas especiais um terceiro sistema diverso dos dois conjugados ainda que não integralmente."

Inteiro Teor do Acórdão - Página 70 de 85

MS 30.585 / DF

<u>Ministro Octavio Gallotti</u>: "Esse art. 107, como já ressaltou dos debates, contém dois requisitos próprios: o primeiro, relativo à idade; o segundo, relativo ao tempo de exercício, que constitui uma exigência da mesma natureza de uma daquelas estabelecidas no art. 93, inciso II, letra <u>b</u>.

Isso está, a meu ver, a significar que houve a vontade do legislador constituinte, no sentido de estabelecer um critério especial e diferente de provimento dos cargos de segundo grau da Justiça Federal."

Ministro Sydney Sanches: "Ora, exigindo para a promoção, por antigüidade e merecimento, limites mínimo e máximo de idade (30 e 65 anos) e que o juiz contasse mais de cinco anos de exercício, exceto se não houvesse quem pudesse preencher tal requisito, a Constituição pretendeu, bem ou mal, a meu ver, dar um tratamento especial às promoções de juízes federais para os então criados Tribunais Regionais Federais.

Devo admitir que, para uma organização mais uniforme do Poder Judiciário, a Constituição haveria de ter exigido, também nesses casos, o requisito de integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade (letra 'b' do inc. II do art. 93).

Mas, na verdade, não o fez.

Por outro lado, como estabeleceu para a promoção de juízes federais, aos então criados Tribunais Regionais Federais, requisitos que não exigira dos demais magistrados para o acesso ao segundo grau (limite mínimo e máximo de idade), e tempo de exercício de cinco anos (inc. II), bem superior aos dois anos de que trata a referida alínea 'b' do inc. II do art. 93, tudo indica que não haja pretendido manter, quanto a eles, a norma geral referente à primeira quinta parte da lista."

7. Como se vê, tal raciocínio jurídico não é aplicável às demais alíneas do inciso II do art. 93 da Constituição Federal. Isto por absoluta ausência de regramento específico quanto às matérias de que tratam esses

Inteiro Teor do Acórdão - Página 71 de 85

MS 30.585 / DF

dispositivos (promoção obrigatória de juiz, critérios para aferição do merecimento, apuração de antiguidade e proibição de promoção de juiz). Daí a plena incidência, no caso destes autos, da alínea "a" do inciso II do art. 93 da Magna Carta.

8. Pois bem, terminaria por aqui este meu voto, acompanhando, na totalidade, o Ministro Ricardo Lewandowski, e concedendo a segurança, agora pessoalmente convicto do acerto da decisão deste nosso Tribunal. Não posso, porém, deixar de avançar o seguinte juízo: sendo "obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento", cabe ao Tribunal Regional Federal encaminhar ao Presidente da República, não uma lista, mas um único nome. Na sessão plenária de 29 de junho passado, respondendo a indagação do Ministro Marco Aurélio, cheguei a esboçar esse raciocínio. Confira-se:

"O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência afasta inclusive o encaminhamento de lista? Porque a lista só se refere à movimentação de entrância para entrância, pelo menos a lista é contemplada na Carta de 88.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Não, pelo contrário. Se mandar a lista, a competência é do Presidente da República para escolher um dos três nomes. Então não mande a lista, não cabe mandar a lista, por quê? Porque um dos concorrentes teve o seu nome sufragado pela terceira vez consecutiva ou cinco vezes alternadamente. Então não há que encaminhar a lista. Se encaminhar a lista ao Presidente da República, ele tem, sim, a discricionariedade de escolher.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Mas é que há o ato formal de nomeação do Presidente da República, porque o Tribunal Regional não pode nomear.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 72 de 85

MS 30.585 / DF

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – A lista que se encaminha ao Chefe do Poder Executivo não está no âmbito rigoroso, não está no âmbito da independência dos Poderes, situa-se no âmbito da harmonia dos Poderes, se inscreve no sistema de freios e contrapesos. O sentido da lista é esse."

9. Tenho que uma das alternativas por mim levantadas se confirma: como este Supremo Tribunal Federal - com a minha total concordância agora expressada - entendeu aplicável ao caso dos autos a alínea "a" do inciso II do art. 93 da Constituição Federal, ou seja, sendo caso de promoção obrigatória de juiz que figurou por três vezes consecutivas em lista de merecimento, não há que se falar em encaminhamento de lista à Presidente da República. É que, segundo já afirmei, a lista que se encaminha ao Chefe do Poder Executivo está no âmbito da harmonia dos Poderes, inscrevendo-se no sistema de freios e contrapesos. Noutras palavras, o mecanismo constitucional do envio de listas ao Presidente da República serve para que à vontade do Poder Judiciário se some a do Chefe do Poder Executivo. Vontade, esta (a do Poder Executivo), que não está adstrita a nenhum limite jurídico, a não ser o próprio número reduzido de nomes colocados à apreciação. Ao julgar a ADI 189, em que este Supremo Tribunal Federal reconheceu a natureza vinculada do ato de nomeação de desembargador pelo Presidente de Tribunal de Justiça, assim argumentou, a contrario sensu, o Ministro Celso de Mello:

"O mesmo não se poderia afirmar, no entanto, acaso reconhecida, 'ad argumentandum tantum', a competência do Governador do Estado, eis que, nas relações entre os Poderes Judiciário e Executivo, torna-se incogitável admitir, para efeito de promoção por merecimento de juízes, ressalvada a hipótese do art. 93, II, 'a', da Constituição, qualquer tipo de vinculação jurídico-administrativa.

Isto, porque o critério de merecimento, consagrado pela norma constitucional, suporia o exercício, pela autoridade executiva competente, destinatária da lista múltipla que lhe haja

Inteiro Teor do Acórdão - Página 73 de 85

MS 30.585 / DF

sido encaminhada, de poder discricionário, cuja extensão enseja ao agente investido da atribuição para prover o cargo um espaço – ainda que limitado – de liberdade decisória.

A previsão constitucional de lista de merecimento (art. 93, II, 'a', 'in fine'), conseqüentemente, imporia que se reconhecesse à autoridade executiva competente – **até mesmo em obséquio ao princípio fundamental da separação de poderes** – a prerrogativa de escolher, livremente, mesmo que dentro das limitações de ordem subjetiva que derivam do próprio conteúdo definido pela lista em questão.

A norma inscrita no art. 93, II, da Carta Política, assim, não legitimaria qualquer ato estatal, provido de inferior positividade jurídica, que, suprimindo à autoridade executiva competente a esfera de liberdade administrativa, implicitamente emergente da regra constitucional, tornasse vinculante o provimento administrativo que lhe incumbe efetuar." (Grifou-se)

10. Ora bem, o encaminhamento de lista ao Chefe do Poder Executivo, por decorrência lógica do princípio da separação e harmonia dos Poderes, está intimamente ligado à ideia de discricionariedade. Já na hipótese da alínea "a" do inciso II do art. 93 da Constituição Federal, ela mesma (Constituição) é que torna vinculante o ato de nomeação do juiz, afastando, de antemão, qualquer ideia de discricionariedade na escolha pelo Presidente da República **e, portanto, de lista**. Lista que é de ser elaborada, sim, pelo tribunal (um juiz precisa figurar por três vezes consecutivas ou cinco alternadas "em lista de merecimento" para ter direito à promoção obrigatória). Nunca, porém, encaminhada ao Chefe do Poder Executivo quando este não tiver escolha alguma a fazer. Nesse caso, a fim de cumprir o mandamento do caput do art. 107 da Magna Carta, que diz competir ao Presidente da República a nomeação dos membros dos Tribunais Regionais Federais, basta o envio do nome do juiz federal a ser promovido, assim como acontece na promoção por antiguidade.

11. Ante o exposto, **concedo** a segurança para declarar a nulidade do Decreto s/n, de 18 de abril de 2011, da Presidente da República, por meio

Inteiro Teor do Acórdão - Página 74 de 85

MS 30.585 / DF

do qual foi nomeado Marcelo Pereira da Silva para o cargo de juiz do TRF da 2ª Região. Determino ainda que: a) o tribunal regional encaminhe à Chefe do Poder Executivo o nome de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes para ocupar, naquele tribunal, a vaga decorrente da aposentadoria do juiz Alfredo França Neto; b) a Presidente da República nomeie o impetrante para o cargo a que foi indicado.

12. É como voto.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 75 de 85

12/09/2012 PLENÁRIO

Mandado de Segurança 30.585 Distrito Federal

ADITAMENTO AO VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Eu estou seguindo o entendimento do Ministro Ricardo Lewandowski, para abreviar as coisas. E o faço, porém, com uma ligeira diferença. Pelo voto de Sua Excelência, o juiz que figurar por três vezes consecutivas em lista de merecimento – trata-se de promoção para Tribunal – ou cinco vezes, alternadamente, terá seu nome obrigatoriamente sufragado, confirmado pelo Presidente da República. A lista tríplice, portanto, cumpre um papel meramente formal. Como o Presidente do Tribunal a ser objeto da ascensão de um daqueles três membros – no caso, seria o que figurasse por três vezes consecutivas ou cinco alternadamente –, como o Presidente desse Tribunal não pode baixar o ato de provimento do cargo, encaminha-se a lista ao Presidente da República para que o faça, porque só o Presidente da República dispõe da competência para a respectiva nomeação.

Eu ensaiei uma divergência que é meramente lateral – que agora confirmo –, no sentido de que, nesse caso, não se deva encaminhar lista tríplice. É só isso. Eu acho que o nome deve ser encaminhado, daquele que tem o direito pela consecutividade da indicação...

- O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO Talvez para o Executivo não ser tentado a nomear outro!
- O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) Não é bem isso, mas encaminharemos apenas um nome para Presidente.
- O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) Senhor Presidente, eu creio que não temos divergência nesse sentido.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 76 de 85

MS 30.585 / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A questão que se coloca aqui – e que eu acho que é extremamente interessante, Vossa Excelência está pontuando – é de que, numa teoria dos jogos, pode-se fazer um modelo tal – é até fácil de se fazer esse exercício de forma aritmética – em que se suprime a alternativa de o Executivo nomear qualquer outra pessoa, porque, a rigor, vamos ter alguém com três, vamos ter alguém com duas indicações e um com uma indicação eventualmente e, assim, sucessivamente. Se essas pessoas forem colocadas em lista, desaparece essa possibilidade de se fazer uma indicação que o modelo constitucional pretende, valoriza, que é essa legitimação dos vários partícipes do processo. É interessante essa observação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Gilmar Mendes, veja o seguinte: essa é uma garantia da magistratura e o Tribunal afere.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? A sabedoria da lista é única: está na possibilidade de exame do aspecto formal pelo Executivo. Admito que o Executivo aprecie se se trata realmente da inserção do nome pela terceira vez. Caso não seja este o caso, pode nomear um dos outros. Daí a necessidade de encaminhar a lista tríplice.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Eu acho que se dá, aqui, uma transmutação interessante: quando a lista é encaminhada, o que está em vigor é o princípio da harmonia dos Poderes, mas, quando não há mais opção para o Executivo, ele é obrigado a nomear um único nome, o princípio da harmonia dos Poderes é substituído.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A palavra final estaria com quem encaminha a lista ou com aquele que deve praticar o último dos atos sequenciais?

Inteiro Teor do Acórdão - Página 77 de 85

MS 30.585 / DF

- O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) O princípio passa a ser o da independência dos Poderes. A independência do Judiciário prevalece sobre o princípio da harmonia dos Poderes.
- O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX Como em diversas circunstâncias que a Constituição prevê, que decisão judicial tem que prevalecer.
- O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) Eu digo no meu voto, Senhor Presidente, que, quando o Tribunal nomeia alguém pela terceira vez consecutiva, ou pela quinta vez, alternadamente, substitui-se o critério político do Executivo pelo critério técnico do Judiciário.
- O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) Perfeito. Se houver um consenso no sentido de encaminhar a lista, eu adiro. Mas se houver um consenso de que, nesse caso, até para evitar constrangimento, devemos indicar um nome...
- O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO Presidente, a lista é uma exigência da Constituição Federal. Vamos ao preceito: "é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;" artigo 53, inciso II, alínea "a", da Carta da República.
- O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) Não há divergência quanto a isso. O Ministro Marco Aurélio tem razão. Eu creio que o exame formal dos aspectos formais, extrínsecos, da lista podem ser examinados, podem ser feitos pelo Executivo.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Vossa

Inteiro Teor do Acórdão - Página 78 de 85

MS 30.585 / DF

Excelência persiste no entendimento.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Claro. Eu não sou contra; eu acho que deve ser encaminhada a lista.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Eu não vou divergir; eu sufrago o entendimento de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu acho importante – não sei como isso vai se compor no futuro – fazer o registro dessa possível distorção. Dependendo do tipo de conformação da maioria, e que se configure num dado tribunal, num dado momento, pode-se chegar ao ponto de suprimir a possibilidade de escolha a partir de um único mecanismo, basta fazer inserção sistemática de determinados nomes da lista. Essa é uma forma de manipular o critério.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Eu concordo inteiramente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E óbvio que o texto constitucional quer mais do que o simples atestado. Não é o caso, por exemplo, de designação de alguém para o Conselho Nacional de Justiça, escolhido pelo Senado ou pela Câmara, com o Presidente fazendo, simplesmente, aquele ato. Aqui é algo mais, é um elemento de legitimação, num processo que, muitas vezes, envolve outros setores: a participação da Ordem dos Advogados, do Ministério Público, seja lá o que for; ou, quando for caso do juiz, a participação do órgão que faz a escolha e, depois, do Presidente que faz uma eleição.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Gilmar, se Vossa Excelência me permite, esse é um aspecto importante que foi suscitado pelo Ministro-Presidente. A inserção, por cinco vezes, na lista de

Inteiro Teor do Acórdão - Página 79 de 85

MS 30.585 / DF

merecimento, aferível pelo próprio Tribunal, segundo os critérios constitucionais, esse direito subjetivo público está encartado por uma garantia da magistratura. Essa é um garantia impostergável e ela diz respeito à própria independência do Poder Judiciário. Ora, o tribunal local pode aferir, com reiteração, que aqueles são os seus melhores juízes aptos a ocuparem o tribunal. Mas isso não significa que haja, por de trás disso, nenhuma manobra ardilosa, que vise a ludibriar o Poder Executivo. Pelo contrário, a independência do Judiciário se afirma na medida em que os juízes não têm que disputar a simpatia do Poder Executivo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Vossa Excelência começou a desenvolver um raciocínio, mas não o terminou, no sentido de que existem outras hipóteses constitucionais análogas em que isso acontece, em que se tira a opção do Poder Executivo. Eu ousaria dizer que a questão do veto presidencial é um desses exemplos. É sabido que a Presidente da República agora, ou o Presidente da República, ou o Chefe do Executivo, pode vetar um projeto de lei. Mas esse veto pode ser derrubado por uma maioria qualificada, retirando, portanto, essa faculdade que tem o Executivo, devolvendo-se o poder decisório a um outro poder, que é o Poder Legislativo que tem a última palavra.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sistema de freios e contrapesos.

- O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX Eu quis dizer, Ministro Lewandowski, que o Executivo tem que ceder várias vezes às decisões judiciais.
- O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) Também.
 - O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX Vossa Excelência citou o

Inteiro Teor do Acórdão - Página 80 de 85

MS 30.585 / DF

exemplo do Legislativo. Eu estou citando que há casos de supremacia do Judiciário previstos na Constituição.

- O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) E outros em que o Poder Legislativo, por exemplo, nesse caso, tem a última palavra.
- O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX Claro. Faz parte da independência. A harmonia do *checks and balances* é isso.
- O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) É o sistema de pesos e contrapesos.
- O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) Ministro Lewandowski, eu vou acompanhar o voto de Vossa Excelência, com a ressalva do meu ponto de vista pessoal de que, neste caso, não haveria a necessidade de encaminhamento de lista, apenas um único nome.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 81 de 85

12/09/2012 PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 30.585 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, eu não tenho dúvida quanto à decisão. Eu só gostaria de manifestar essa dificuldade, porque isso pode se tornar no futuro; é claro que isso depende sempre de uma dada conformação histórica. Mas, certamente, se isso passa a ocorrer, obviamente não é o modelo que o texto constitucional pretende, porque o que se quer de fato é uma legitimação pela participação do Executivo no processo.

Em relação a esse tema, eu me lembro de que fui aluno de um professor que estudava o modelo de escolha de juízes pelos tribunais no mundo, Professor Ingwer Ebsen. E ele dizia que o pior critério que ele tinha divisado era o critério da cooptação pelos próprios tribunais. Tinha sérias dúvidas, isso fazendo estudo sociopolítico.

Portanto, esse modelo precisa ser discutido. No caso, retira-se essa possibilidade de forma complementar. Não é o caso dos autos. Aqui se cumpriu, de fato, a votação. E foi bom que Vossa Excelência tivesse advertido para esse aspecto porque pode, de fato, incorrer-se numa distorção em que se suprime a participação do Executivo nesse processo. E é evidente que o texto constitucional quer isso, não apenas como um papel formalizador. Há casos, há vários exemplos, no texto constitucional, em que o Presidente nomeia a partir de um ato vinculado. Isso é conhecido. São exemplos, talvez clássicos, os casos, hoje, do Conselho Nacional de Justiça.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É um resultado, de qualquer forma, querido pela Carta da República na redação originária.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, mas, quando nós temos distorções no próprio sistema, a questão hermenêutica se

Inteiro Teor do Acórdão - Página 82 de 85

MS 30.585 / DF

coloca.

Eu fui Relator, por exemplo, aqui, Presidente, de um caso em que se discutia os tais dez anos dos Membros do Ministério Público do Trabalho que compunham os TRTs. Nós acabamos discutindo em embargos infringentes. Qual era a hipótese? O texto constitucional é expresso no sentido de que esses Membros têm de ter dez anos.

Mas o que ocorreu na realidade, dada a criação de vinte e quatro TRTs? Falta de Membros com aquela condição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Foi no caso da constituição do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Norte.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E aí veio uma ADI da AMB, impugnando juízes, alguns já em fase de aposentadoria. Discutia-se porque houve uma regra do CSMPF (Conselho Superior do Ministério Público), à época, dizendo que, se não houvesse Membros do Ministério Público com dez anos, poder-se-ia indicar pessoas com menos tempo. E parecia lógico, por quê? Porque as opções eram mais ou menos dramáticas: ou teríamos lista de um, em muitos casos, o que não é lícito, estamos todos a dizer.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Caso contrário, a cadeira ficaria vazia.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ou a cadeira ficaria vazia e seria eventualmente ocupada por Membros da Magistratura, exclusivamente, e não Membros do Ministério Público, como o texto constitucional pretende.

Então, o que fez o Ministério Público? Fez uma leitura do texto constitucional dentro desse pensamento possibilista: se não houver Membros com dez anos, haverá uma lista de seis, portanto, a lista sêxtupla, que vai ao tribunal, e o tribunal faz essa redução que vai ao Presidente para fazer a escolha.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 83 de 85

MS 30.585 / DF

Nós acabamos, depois de termos julgado inconstitucional essa norma, acolhendo os embargos infringentes – é um caso raríssimo – e revisitando a temática, fui eu o Relator desses embargos para dizer: a rigor, fez um pensamento possibilista, por quê? Porque o texto constitucional quer aqui a participação desses entes todos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Gilmar, é exatamente sobre esse ângulo da vontade constitucional, veja o seguinte: quando a lista originária vai ao Presidente, a regra se aplica na sua plenitude. Ele escolhe qualquer um dos três. A toda regra corresponde uma determinada mitigação, máxime quando ela é ditada pela independência do Poder Judiciário e por uma garantia constitucional. Ou seja, se ingressou cinco vezes na lista, que nível de...?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, como concluiríamos que o magistrado estaria, pela terceira vez, na lista, se não confeccionada?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - É preciso entender bem. A lista seria sempre elaborada pelo tribunal. Agora, somente seria encaminhado um nome ao Presidente da República – não lista, um nome – no caso de o Presidente não dispor do poder discricionário. Quando o poder for absolutamente vinculado, ele só tem que sufragar aquele nome, embora o Tribunal fizesse a lista. O Tribunal faz sempre a lista.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Uma erronia do Tribunal ficaria fora do crivo do Executivo?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, a verdade é a seguinte: hoje, há uma total disparidade entre os juízes estaduais e os juízes federais. Os juízes estaduais são promovidos **interna corporis**, esse problema não se põe, porque, quando é o mais votado, o presidente

Inteiro Teor do Acórdão - Página 84 de 85

MS 30.585 / DF

nomeia o mais votado. Os juízes federais ficam ao alvedrio dos critérios de um poder que, de alguma maneira, lhe retira, por via velada, a independência.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Aí, está certo. Bem, posso proclamar o resultado?

Então, o Tribunal, por unanimidade, concede a segurança e julga prejudicado o agravo interposto pela Advocacia-Geral da União, nos termos do voto do Relator. Eu apenas, Ministro Lewandowski, faria a ressalva do meu ponto de vista pessoal, como eu acho que o Ministro Gilmar Mendes também fará.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, Presidente, o caso é mais uma antecipação, tendo em vista que a interpretação constitucional é tópica, e esse problema – Vossa Excelência já está antecipando – pode se colocar.

Por último, também, eu só quero fazer a ressalva de que a participação do Presidente da República nesse processo, ou do Chefe do Poder Executivo, não desqualifica. Na verdade, aqui, há um fenômeno de legitimação, especialmente diante da complexidade desse afazer, do próprio processo de legitimação democrática.

Inteiro Teor do Acórdão - Página 85 de 85

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE SEGURANCA 30.585

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

IMPTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL - AJUFE

IMPTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB

IMPTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO RIO DE JANEIRO E

ESPÍRITO SANTO - AJUFERJES

IMPTE.(S): ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES

ADV. (A/S) : CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA

IMPDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

IMPDO.(A/S) : JUIZ FEDERAL MARCELO PEREIRA DA SILVA

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), concedendo a segurança e julgando prejudicado o agravo regimental interposto pela Advocacia-Geral da União, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Cezar Peluso e Marco Aurélio, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ayres Britto (Presidente). Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Plenário, 29.06.2012.

Decisão: Colhido o voto-vista do Presidente, Ministro Ayres Britto, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, concedeu a segurança e julgou prejudicado o agravo regimental interposto pela Advocacia-Geral da União. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Plenário, 12.09.2012.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário