



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

Gabinete do Conselheiro Jefferson Kravchychyn

PROCESSO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO N.º 0000692-72.2013.2.00.0000

RELATOR : CONSELHEIRO JEFFERSON KRAVCHYCHYN
REQUERENTE : GERMANNA GABRIELLA AMORIM FERREIRA
REQUERIDOS : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

EMENTA: PROCESSO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. FORMAÇÃO DE LISTA TRÍPLICE. QUÓRUM DE VOTAÇÃO. MAIORIA ABSOLUTA. NÃO CÔMPUTO DAS VAGAS DECORRENTES DE VACÂNCIA E DOS DESEMBARGADORES AFASTADOS. RECOMENDAÇÃO Nº 13 DO CNJ. NECESSIDADE DE SESSÃO PÚBLICA. OCORRÊNCIA. VOTAÇÃO FUNDAMENTADA. PRESCINDIBILIDADE. PEDIDO IMPROCEDENTE.

1) Não há ilegalidade em reunião administrativa, reservada aos membros do órgão, para tratar de assuntos de cunho eminentemente administrativo. Consigne-se que se trata de um procedimento rotineiro, em que todos os órgãos do Poder Judiciário se valem, dentre os quais, o Conselho Nacional de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

2) No caso, o interstício de 30 minutos entre as sessões, nas quais mesmo após três escrutínios não se conseguiu exaurir o processo de formação da lista tríplice, conforme o art. 61, §3º, do RITJRN, não tem o condão de invalidá-las. Ademais, houve convocação formal para a realização da segunda sessão extraordinária.

3) No procedimento de formação da lista tríplice, para a verificação da maioria absoluta não se computam as vacâncias e os afastados por decisão judicial ou pelo Conselho Nacional de Justiça, desde que aptos a participar da votação, sob pena de paralisação do processo de escolha de novos membros do tribunal.

4) Para a redução para a lista tríplice, os votos dos desembargadores não precisam ser fundamentados, necessitando, contudo, que sejam nominados e proferidos em sessão pública.

5) Com isso, é necessário que haja alteração da Recomendação nº 13 para a seguinte redação: “*RECOMENDAR a esses Tribunais que regulamentem a orientação emanada deste Conselho Nacional de Justiça, aplicável a todos, no sentido de que a lista tríplice a que se refere o artigo 94, parágrafo único, da Constituição Federal, seja formada em sessão pública, mediante votos abertos e nominais*”.

6) Pedido julgado improcedente.

VISTOS.

Trata-se de Processo de Controle Administrativo (PCA), instaurado pela advogada Germanna Gabriella Amorim Ferreira, em face do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Norte (TJRN), requerendo a determinação para que o TJRN não dê posse ao advogado escolhido a compor o Tribunal pela vaga do quinto constitucional destinada à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em decorrência de vícios no processo de formação da lista tríplice.

A requerente relata que, no dia 14/2/2013, os desembargadores do Tribunal se reuniram em sessão a portas fechadas e decidiram que a votação para formação da lista tríplice, em decorrência de lista sêxtupla oriunda da Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional do Rio Grande do Norte, seria realizada no dia posterior, por escrutínio secreto, sem a divulgação da motivação dos votos dos desembargadores. Ademais, informa que participaram da citada escolha apenas 7 (sete) desembargadores, o que seria uma afronta ao §2º do art. 61 do Regimento Interno do TJRN (RITJRN), que determina a participação da maioria absoluta dos integrantes do Tribunal (DOC13, fls. 29), que são 15 desembargadores.

Por fim, requer a concessão de medida liminar para o impedimento da posse do novo desembargador, caso seja aprovado na sabatina perante a Assembleia Legislativa do estado do Rio Grande do Norte, até decisão final do Conselho Nacional de Justiça (**REQINIC1**).

Em 19/2/2013, na 163ª Sessão Ordinária, o Plenário deste Conselho ratificou (**CERT23**) a liminar deferida, a qual tinha por decisão a suspensão dos efeitos da votação realizada em 15/2/2013, que culminou na elaboração da lista tríplice encaminhada ao Poder Executivo do estado do Rio Grande do Norte (**DEC16**).

No evento 33, a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio Grande do Norte (OAB/RN) protocolou petição, informando que a atacada votação foi pública, de portas abertas, processada sob escrutínio secreto, conforme o art. 61, §2º, do RITJRN, e que não houve violação da exigência da maioria absoluta, uma vez que duas cadeiras estão vagas, o que valida a votação com a participação de 7 (sete) membros. Ao fim, requer a reconsideração da decisão liminar (**OFIC25**).

Mantive a liminar deferida por suas próprias razões, entendendo que as informações trazidas pela OAB/RN não foram aptas à mudança do meu entendimento (sublinho que este foi perfunctório) ante a exordial (**DESP25**).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte encaminhou as informações requeridas (**INF27**). Destacou, em suma: a) que não houve afronta à exigência da maioria absoluta para a votação da lista tríplice, conforme art. 61, §2º, do RITJRN, considerando que há 2 (dois) cargos vagos, em decorrência da aposentadoria dos Desembargadores Caio Alencar e Rafael Godeiro, e que o Desembargador Osvaldo Cruz está afastado por determinação do CNJ e do STJ; b) na realização das sessões sucessivas, o Tribunal teria seguido à risca o determinado pelo art. 61, §3º, do RITJRN: *“não sendo possível formar-se a lista em até três escrutínios, suspender-se-á a votação, que prosseguirá na sessão subsequente”*; c) em relação à votação, informou que a reunião do dia 15/2/2013 foi realizada publicamente, juntando cópia das respectivas atas, e argumentou que não há necessidade de fundamentação dos votos dos desembargadores, uma vez que *“é juridicamente insustentável explicar publicamente quais dos escolhidos usufruem de maior ou menor ‘reputação ilibada’ ou ‘notável saber jurídico’, predados esses já considerados pelas entidades classistas, quando da elaboração da lista sêxtupla”* (**INF27**).

Por fim, a requerente, ante a informação do Tribunal de que foram feitas duas reuniões sucessivas (*item b, supra*), relatou que o interstício entre elas teria sido de 30 (trinta) minutos. Sustentou que, para que houvesse respeito ao art. 61, §3º, do RITJRN, deveria ter tido a formal convocação da sessão, com “objeto certo e anunciado para sua finalidade e realização”. Outrossim, requereu a oitiva dos 6 (seis) advogados integrantes da lista sêxtupla e cópia do áudio da Sessão Extraordinária do dia 15/2/2013 para a comprovação de que o interstício entre as duas foi de apenas 30 minutos (**PET38**).

No **Evento 46**, há a informação de que o Advogado Glauber Antônio Nunes Rêgo impetrou Mandado de Segurança no Supremo Tribunal Federal – a Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 31.923, da relatoria do Ministro Celso de Mello.

É o relatório.

VOTO:

Primeiramente, resta incontroverso nos autos que a votação para a formação da lista tríplice contou com a presença de 7 (sete) desembargadores. O Tribunal colaciona informação dando conta de que 2 (dois) cargos estão vagos e 1 (um) desembargador está afastado. Em relação a esse tema, no que tange aos processos disciplinares, o posicionamento do Conselho Nacional de Justiça é deveras controvertido, oscilando de tempos em tempos. A questão de saber se, para efeitos de quórum, deve-se levar em consideração ou não os afastamentos e vacâncias atormenta cada composição plenária. Cito, por ocasião deste debate, os julgados do PCA nº 0002149-76.2012.2.00.0000, da relatoria do Conselheiro Gilberto Martins (151ª Sessão - j. 30/7/2012) e do PCA nº 0003835-40.2011.2.00.0000, da relatoria do Conselheiro Ney Freitas (j. 27/9/2011).

Contudo, cabe fazer uma pequena diferenciação, que leva a um resultado totalmente diverso, uma vez que deve-se tratar diferentemente casos de formação de lista tríplice dos de processos disciplinares. Nestes, vige a observância de critérios mais rígidos pela natureza do processo e pela consequência punitiva eventualmente sofrida pelo magistrado acusado, estando assim muito próximo das balizas do Direito Penal. Naqueles, entretanto, trata-se de procedimento para a escolha de um membro que irá compor o Tribunal, devendo, por isso, ser célere ao máximo, proporcionalmente ao procedimento legal observado, aplicando-se, sempre que puder, o princípio da instrumentalidade das formas.

Assim, analisando a questão do quórum para a elaboração da lista tríplice (frise-se), tenho que devem ser levados a efeito apenas aqueles aptos a votar. Por razões muito simples: não seria lógico contar com o cargo vago para o qual está sendo formada a lista. Caso contrário, nunca se poderá ter a totalidade de desembargador aptos a votar, o que é um dos pressupostos para a definição de maioria absoluta.

No caso do TJRN, em referência ao Desembargador Osvaldo Cruz, tem-se que foi afastado por decisão do Superior Tribunal de Justiça (Inq. nº 776/RN) e pelo Conselho Nacional de Justiça (Reclamação Disciplinar nº 0001755-69.2012.2.00.0000). Se levarmos a efeito de quórum o desembargador afastado, estaríamos agindo contra um fato jurídico provocado pelo próprio sistema judicial, em especial pelo Conselho Nacional de Justiça, na contramão da boa-fé objetiva. Para exemplificar, podemos fazer a seguinte ilação: caso o CNJ venha a afastar 7 (sete)

desembargadores de um tribunal composto por 14 (catorze), esse tribunal estaria, enquanto perdurasse esse afastamento, impossibilitado de dar prosseguimento à designação de novo membro, agravando ainda mais a situação. Veja-se que nessa hipótese, que pode pecar pela teratologia (ou não), tem-se a certeza de que só haverá 6 (seis) desembargadores aptos a votar, pois, além dos afastados, ainda há uma vaga a ser preenchida por ocasião de vacância. Assim, esse suposto tribunal estaria apenado duas vezes e em razão de motivos diversos. Consigne-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica em admitir a aplicação do *venire contra factum proprio* no seio da administração pública (vide, por exemplo, ADI 4429, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, e MS 25116, da relatoria do Ministro Ayres Brito).

Com isso, no quórum de votação de lista tríplice, não se deve considerar os cargos vagos, por razões óbvias, e nem os afastados, pela aplicação do princípio da boa-fé objetiva, conforme exposto acima.

Em relação às sessões do dia 15/2/2013, está comprovado nos autos que elas se realizaram à portas abertas, publicamente, ao contrário do que sustenta a requerente, conforme resta demonstrada nas informações **INF33**. Ademais, impede comentar que estava presente nelas o Presidente da OAB/RN, Dr. Sérgio Freire.

Ao que pertine ao fato das sessões sucessivas, não assiste razão à requerente quando sustenta a falta de inobservância do art. 61, §3º, do RITJRN. A segunda sessão extraordinária, iniciada às 11h15 (**INF34**), foi devidamente convocada pelos desembargadores, na primeira sessão, que se iniciou às 10h: “*O Tribunal, à unanimidade, acolhendo questão de ordem suscitada pelo Exmº. Sr. Des. Aderson Silvino, decidiu convocar uma Sessão Extraordinária Administrativa do Tribunal Pleno para o dia 15 de fevereiro do ano em curso, às 11h15, na qual será concluída a elaboração de lista tríplice de advogados objetivando o preenchimento da vaga destinada ao quinto constitucional, decorrente da aposentadoria do Des. Caio Alencar*” (**INF33**).

A requerente, na exordial, refere-se a uma possível reunião ocorrida em 14/2/2013. Contudo, caso tenha existido, não se vê ilegalidade que essa reunião aconteça apenas com a presença dos integrantes do Tribunal. Trata-se do que se pode chamar de reunião administrativa, de que todos os órgãos do Poder Judiciário se utilizam, entre os quais, este Conselho se inclui.

Assim, em relação à Sessão Extraordinária Administrativa do Tribunal Pleno do dia 15/2/2013 e à reunião do dia 14/2/2013, caso esta tenha existido, não vejo quaisquer ilegalidades.

O último ponto a ser enfrentado é também o mais sensível. Resta saber se há necessidade de fundamentação ou não dos votos para a formação da lista tríplice. No Conselho Nacional de Justiça, há a Recomendação nº 13 que dispõe: *“recomenda a Tribunais que regulamentem a orientação emanada deste Conselho Nacional de Justiça, aplicável a todos, no sentido de que a lista tríplice a que se refere o artigo 94, parágrafo único, da Constituição Federal seja formada em sessão pública, mediante votos abertos, nominais e fundamentados.”* Tal Recomendação foi editada em 15/8/2007, após a deliberação pelo Plenário no Pedido de Providências nº 2007.10.00.000497-3, da relatoria do Conselheiro Altino Pedrozo dos Santos.

O PCA nº 0006157-04.2009.2.00.0000, entretanto, da relatoria do Conselheiro Ives Gandra, Sessão Ordinária nº 99, j. 23/2/2010, ficou decidido, por unanimidade, *“que o art. 94, parágrafo único, da Constituição Federal não prevê que a votação deva ser aberta e fundamentada para a formação da referida lista”*. Na oportunidade, o referido relator ponderou que:

Oportuno assinalar, ainda, que não há de se falar em violação do art. 93, X, da CF, justamente porque a hipótese dos autos, alusiva à elaboração de lista tríplice, constitui procedimento administrativo, e não processo administrativo, sendo certo, “in casu”, que a sessão do TJ/PB foi pública, com a divulgação do resultado da votação, como afirmado pelo próprio Requerente (que teve 8 votos), enquanto o 1º, o 2º e o 3º nomes da lista obtiveram, respectivamente, 12, 10 e 9 votos (cfr. “REQ 3”), valendo destacar que o art. 94, parágrafo único, da Constituição Federal não prevê que a votação deva ser aberta e fundamentada para a formação da referida lista. (PCA nº 0006157-04.2009.2.00.0000, Relator Conselheiro Ives Gandra, Sessão Ordinária nº 99, j. 23.02.2010).

Alterando o seu posicionamento, este Plenário voltou atrás e confirmou o explicitado na Recomendação nº 13, ao dispor:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA. PREENCHIMENTO DE VAGA DE DESEMBARGADOR. QUINTO CONSTITUCIONAL DA ADVOCACIA. DEVOLUÇÃO DA LISTA À ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. NÃO ATINGIMENTO DA MAIORIA ABSOLUTA PARA ESCOLHA DA LISTA TRIPLICE. VOTAÇÃO

SECRETA. RECOMENDAÇÃO Nº 13/2007 DO CNJ NÃO OBSERVADA PELO TRIBUNAL.

1. Pretensão formulada pela OAB/RO, no sentido de que seja reconhecida a validade da votação realizada pelo Tribunal de Justiça de Rondônia, para a formação de lista tríplice para provimento de vaga reservada aos advogados, sem a necessidade de maioria absoluta, devendo ser encaminhada a lista tríplice ao Governador do Estado, ou que seja anulada a votação anterior, procedendo-se à nova votação, aberta, nominal e fundamentada, com observância da Recomendação 13/07 do CNJ.

2. Não houve mudança na orientação jurisprudencial deste Conselho, no sentido de que “a lista tríplice a que se refere o artigo 94, parágrafo único, da Constituição Federal seja formada em sessão pública, mediante votos abertos, nominais e fundamentados” (Recomendação 13).

3. A orientação expressa na Recomendação nº 13 deste Conselho funda-se na decisão adotada no PP-0000497-97.2007.2.00.0000 (julg. 15.8.2007) e foi reafirmada no PP 2009.10.00.000808-2 (julg. em 15.4.2009), também relatado pelo Conselheiro Altino Pedrozo.

4. Pedido julgado parcialmente procedente para desconstituir a deliberação do Tribunal de Justiça de Rondônia.(CNJ - PP - Pedido de Providências - Conselheiro - 0007009-91.2010.2.00.0000 - Rel. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO SÁ - 125ª Sessão - j. 26/04/2011).

Esse é o panorama cambiante das decisões do Conselho Nacional de Justiça referente ao tema em questão. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, ainda que não tenham se afrontado diretamente sobre o tema aqui levantado, uma vez que as questões levadas ao Pretório Excelso tinham como objeto a recusa da lista sêxtupla ou o incorreto procedimento na formação da lista tríplice, já deixaram consignados os seus pontos de vista.

Do julgamento do RMS 27920, cujo objeto era a recusa, por parte do Superior Tribunal de Justiça, da lista sêxtupla encaminhada pela OAB, pode-se colher diversos *obiter dictum* dos Ministros da 2ª Turma da Suprema Corte, que, embora não nos vinculem, servem de importantes balizadores. Nessa assentada, o Ministro Joaquim Barbosa e o Ministro Celso de Mello ficaram vencidos, sob o entendimento de que a decisão que rejeita a lista sêxtupla deve ser motivada. Contudo, todos os cinco Ministros concordaram que a formação da lista tríplice não precisa ser motivada:

Ministro Joaquim Barbosa: Senhora Presidente, peço vênica ao eminente Relator porque entendo que, sem dúvida, os tribunais podem rejeitar parcialmente ou totalmente listas tríplices encaminhadas pelo Ministério Público ou pela OAB para a formação do chamado quinto

constitucional. Para tanto, contudo, é imprescindível que a decisão de recusa seja suficientemente motivada. É o que já decidiu esta Corte em mais de um julgado – não foi o que fez o STJ neste caso. A Corte Superior limitou-se a comunicar à OAB que nenhum dos nomes constantes da lista, a ela encaminhada, não obtivera o quórum mínimo previsto no Regimento Interno. Creio que o ato do STJ peca por déficit de motivação e, por esta razão, é nulo. Isto porque, apesar de reconhecer que todos os indicados preenchiam os requisitos constitucionais, não procedeu à redução da lista sêxtupla em lista tríplice. Ou seja, recusou em bloco os nomes constantes da lista, mas utilizou o subterfúgio do não atingimento de uma votação mínima por qualquer dos candidatos. Em outras palavras, recusou os nomes por um motivo oculto, não explícito. Lembro que a nomeação de membros dos tribunais é ato administrativo composto, ou complexo, como querem alguns, em que há uma relação de interdependência entre as diversas etapas do procedimento. **Neste procedimento de nomeação, não há espaço para ações discricionárias, a não ser aquelas raríssimas em que cabe ao tribunal pinçar três nomes de uma lista de seis.**

Ministro Cezar Peluso: se **o tribunal pode reduzir de seis para três nomes a própria lista, sem dar as razões pelas quais recusa três**, da mesma forma pode fazê-lo quanto à totalidade. (...) Na verdade, quando se trata de avaliações puramente subjetivas, os atos administrativos, sobretudo aqueles que consistem em votações – não as votações de julgamento jurisdicionais, mas outras votações – são sempre independente de motivação objetiva. A motivação é puramente subjetiva. Quando se vota, por exemplo, para escolher presidente de tribunal, não se dá a razão do voto. Recusaram-se todos os outros e escolheu-se um, da mesma forma. Quando todos são rejeitados numa votação em tribunal, não se anula a votação porque todos foram rejeitados sem motivação. Rejeita-se, eventualmente, porque não se conseguiu o quorum. Tem-se de repetir a votação.

Ministra Ellen Gracie: o fato de o voto dos Ministros do STJ ser secreto durante o processo de formação da lista tríplice em nada ofende a Constituição Federal, na medida em que garante a livre escolha por aqueles magistrados, além de existir previsão semelhante em relação aos Senadores que dele participam, ao aprovarem ou rejeitarem a indicação do Presidente da República, a partir da lista tríplice a S. Exa encaminhada (art. 52, III, a, da Constituição Federal).

De outro julgado do Supremo Tribunal Federal (MS nº 25624-9 - Plenário), cujo objeto foi a formação de lista tríplice pelo TJSP, que se utilizou de nomes remanescentes de outras lista sêxtuplas, podemos retirar mais algumas passagens de Ministros da Corte Suprema que denotam a desnecessidade de fundamentação dos votos na formação da lista tríplice pelos tribunais:

Ministra Carmén Lúcia: um dos exemplos mais citados no Direito Administrativo, entre poucos atos que sobraram como sendo integralmente discricionários, é exatamente aquele em que os tribunais, ao comporem as listas de membros do quinto constitucional, têm de escolher um entre aqueles que foram apresentados. Exemplo de discricionariedade: João, Joaquim, Maria, qualquer um deles terá o mesmo valor, ressalvada, conforme disse Vossa Excelência, a não-ocorrência, a inexistência objetivamente comprovada de qualquer elemento.

Ministro Marco Aurélio: (...) Então, caso o Tribunal se defronte com lista sêxtupla e constate que um dos nomes não atende ao figurino constitucional, pode, muito bem, em uma reserva mental, reduzi-la à tríplice, aproveitando aqueles que se mostrem credenciados a compô-la.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se debruçar sobre o tema, nos autos do MS 13532 (que inclusive foi alvo de questionamento no STF por meio do citado RMS 27920), que ficou assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DE ESCOLHA DE CANDIDATOS A MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM VAGA DESTINADA A ADVOGADO. SOBRESTAMENTO DOS PROCESSOS DE ESCOLHA DE CANDIDATOS A VAGAS DESTINADAS A DESEMBARGADORES ESTADUAIS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DO MANDAMUS. PEDIDO PARA IMEDIATA ELABORAÇÃO DA LISTA DE ADVOGADOS. VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA.

1. Prejudicado o pedido para que o Superior Tribunal de Justiça não componha as listas relativas às vagas surgidas após a abertura daquela destinada aos advogados pela aposentadoria do Ministro Pádua Ribeiro, uma vez que, com o indeferimento, por maioria de votos, dos pedidos liminares, em 7 de maio último, este Tribunal elaborou as listas para o preenchimento das vagas destinadas a Desembargadores Estaduais e ao Ministério Público.

2. A circunstância de ter o Superior Tribunal de Justiça comunicado ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que nenhum dos nomes indicados obteve o quorum mínimo para figurar na lista tríplice, como exige o nosso Regimento Interno, no art. 26, § 5º, não fere direito líquido e certo do impetrante.

3. O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça tão-só disciplina a forma de aplicação do disposto nos arts. 104, II, e 94, parágrafo único, da Constituição Federal, dispondo que é secreta a votação, com a exigência de número mínimo de votos para inclusão em lista e que serão realizados tantos escrutínios quantos forem necessários.

4. A votação secreta é garantia da livre manifestação da vontade de cada um dos Ministros no processo de escolha dos nomes indicados, evitando-se qualquer tipo de influência externa e de constrangimento.

5. Trata-se de legal sistema de escolha, externando cada um dos votantes livremente sua convicção pessoal, sem que isso importe em violação do salutar princípio da transparência que deve presidir as decisões administrativas de órgãos públicos.

6. A exigência de quorum mínimo não é requisito que afronta o texto constitucional, mas, sim, regra de absoluto cunho democrático, encadeada, como as demais, no processo soberano de escolha dos nomes dos candidatos por cada um dos órgãos previstos na Constituição Federal para a prática desse ato de caráter complexo.

7. Quanto à possibilidade de voto em branco, na linha da compreensão que se espousa, a da ampla liberdade da manifestação da vontade do eleitor nessa fase, não vejo como deixar de reconhecer que não é impositiva a escolha de três nomes, revelando-se admissível a ocorrência das demais hipóteses, inclusive daquela em que nenhum nome é sufragado.

8. No que diz com a realização de tantos escrutínios quantos forem necessários para a escolha dos nomes, não parece razoável que se continuasse, naquela oportunidade, a votar indefinidamente, quando já era evidente, desde a primeira votação, que nenhum dos candidatos atingiria o número mínimo de votos.

9. Mandado de segurança prejudicado em parte, denegada a ordem na parte conhecida.

(MS 13.532/DF, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/07/2008, DJe 22/10/2008, REPDJe 24/10/2008)

Nessa oportunidade, o Ministro Luiz Fux aduziu que: *“restou muito bem destacado que o pedido de motivação, muito embora incompatível com a imposição da votação secreta, o que o torna juridicamente impossível, não foi formulado. Mas, ainda que assim o fosse, pela leitura que pude realizar das lições dos administrativistas modernos, os atos administrativos têm que ser motivados. Entretanto, nesses atos de eleição e atos discricionários, em que há balizamento de critérios que devem ser seguidos, a rejeição traz, em si, a implicitude da sua motivação, de sorte que essa discricionariedade fica motivada por força dos limites que estão estabelecidos para que o órgão, no caso o colegiado, se pronuncie sobre o cumprimento ou não de determinados requisitos”*.

Já o Ministro Castro Meira asseverou que: *“observe-se que o RISTJ também determina que a lista seja formada “em votação secreta” (art. 26, §7º). Nesse contexto, mostra-se absolutamente impossível o atendimento do pedido, tendo em vista*

que a formação da vontade do colégio eleitoral, ao modo do que acontece nas eleições para os cargos políticos, ocorre em votação sigilosa, em que o eleito ou o não eleito jamais saberá com precisão quem realmente foram os seus eleitores”.

Entendo que assiste razão a tese de que a escolha da lista tríplice não precisa ser fundamentada, sendo-a necessária tão somente na hipótese de recusa da lista sêxtupla. Aos argumentos expedidos nos parágrafos acima, acrescento que a desnecessidade de fundamentação da escolha dos três nomes que comporão a lista tríplice se dá em razão de, primeiro, ser uma votação, sufrágio, escrutínio, tomada em procedimento administrativo, e não de uma decisão administrativa, o que faria, neste hipótese, incidir o art. 93, inc. X, da Constituição Federal (*as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros*).

Em que pese essa votação compor um ato administrativo, trata-se de ato discricionário, em que prescinde de fundamentação, assim como ocorre com a nomeação de agente público para cargo em comissão, a formação da lista sêxtupla e a própria escolha do Chefe do Executivo, que escolhe apenas 1 (um) daqueles que compõem a lista tríplice. No caso da lista tríplice, exigir a fundamentação desses atos poderá trazer diversos embaraços aos desembargadores, pois automaticamente quando se fundamenta a escolha de um estar-se-á também fundamentando a não escolha dos outros, o que dá azo a possíveis inimizades posteriores. Sabe-se que, ao fundamentar um ato administrativo, o agente público se vincula àquela fundamentação e, se assim o fizer, o tribunal estará abrindo uma brecha para que os excluídos questionem juridicamente as razões de sua não escolha.

Nesse passo, importa ressaltar que os únicos parâmetros para a formação da lista sêxtupla são aqueles que a Constituição Federal determina, quais sejam: *“membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional”* (art. 94 da CF). Assim, são as respectivas classes que fazem essa aferição inicial, com a possibilidade de o Tribunal controlar o ato, fundamentando quando recusa a lista.

Dessa forma, não há o que fundamentar quando o tribunal forma a lista tríplice, uma vez que se parte da constatação de que todos aqueles que estão na lista sêxtupla são aptos a compor a lista tríplice, não podendo o tribunal escolher novos

parâmetros para basear a sua lista, ao arripio do art. 94 da CF. Ademais, não há como mensurar se um advogado tem mais reputação ilibada que o outro, etc. Com isso, entendo que só pelo fato de o tribunal escolher três advogados ou membros do Ministério Público o fundamento estaria implícito nessa escolha, no sentido de que o tribunal concorda com o aferimento dos requisitos constitucionais já feito pela respectiva classe. Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma escolha, perpetrada por uma votação ante a critérios previamente definidos pela Constituição, sob um rol cerradíssimo. Por isso, a desnecessidade da fundamentação do voto, nesse procedimento.

Destarte, é forçoso superar a decisão do Pedido de Providências nº 0007009-91.2010.2.00.0000, da relatoria do Conselheiro José Adonis Callou de Araújo Sá, na 125ª Sessão Ordinária (26/4/2011), com a consequente alteração da Recomendação nº 13 para constar a desnecessidade de fundamentação na escolha da lista tríplice, que ficaria com a seguinte redação: *“RECOMENDAR a esses Tribunais que regulamentem a orientação emanada deste Conselho Nacional de Justiça, aplicável a todos, no sentido de que a lista tríplice a que se refere o artigo 94, parágrafo único, da Constituição Federal, seja formada em sessão pública, mediante votos abertos e nominais.”*

Ante o exposto, julgo **IMPROCEDENTE** o pedido.

Oficiem-se, **com urgência**, ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte; a Ordem dos Advogados do Brasil, seccional local; Assembleia Legislativa e o Governo, todos do estado do Rio Grande do Norte; e o Gabinete do Ministro Celso de Mello, relator do Mandado de Segurança nº 31.923, para que tomem ciência desta decisão.

Intimem-se com urgência. Cópia do presente servirá como ofício.

Brasília, 15 de março de 2013.

Conselheiro JEFFERSON KRAVCHYCHYN
Relator