



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 10413-PGR - RG

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.455

REQUERENTE : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

REQUERIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATOR : MINISTRO GILMAR MENDES

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 5º do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Quinto constitucional. Procedimento de composição da lista tripartite. Impossibilidade de rejeição da lista tripartite por exigência de número mínimo de votos. Necessidade de fundamentação e dever de acolher. Parecer pela procedência parcial da ação direta.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, dirigida contra o *caput* do artigo 55 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

2. Eis o teor do dispositivo impugnado:

“Art. 55. Na votação da lista tríplice do quinto constitucional, haverá três escrutínios, até que se firme a lista, exigindo-se maioria absoluta em todos. Se qualquer dos candidatos não atingir o quórum, a lista não será aceita.”

3. O requerente sustenta que a escolha dos membros do quinto constitucional é ato complexo, dependendo da conjugação de três vontades: da Assembleia que pertence a vaga, do Tribunal e do Chefe do Poder Executivo. Nesse contexto, a função do Tribunal é reduzir a lista a três nomes, somente podendo rejeitar um ou mais nomes da lista “em caso de descumprimento dos requisitos objetivos constantes do art. 94 da Constituição”¹, de maneira fundamentada.

4. Foi adotado o rito do artigo 12 da Lei n. 9.868/99.

5. O TJ/SP prestou informações em que afirma que a rejeição ou a aprovação dos nomes para formar a lista tríplice é uma escolha subjetiva. Cabe ao Tribunal apreciar a capacitação e a vocação dos profissionais para “aprimorar a formação da lista”. Nesse contexto, a exteriorização da rejeição mediante o não alcance do número de votos exigido se conforma como motivação suficiente, sendo o dispositivo contestado via adequada para a escolha democrática dos componentes.

6. A Advocacia Geral da União manifestou-se pela improcedência da ação.

¹ Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

7. É o relatório.

8. Preliminarmente, cabe alertar para a existência de ação direta de inconstitucionalidade posterior na qual é impugnado o mesmo dispositivo. Trata-se da ADI 4.865/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello. Conforme firme jurisprudência desse Tribunal, o Relator a quem foi distribuída a primeira ação está prevento para a posterior (ADI 2.110-QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 25.8.2000). Dessa forma, deve-se determinar a distribuição daqueles autos para julgamento conjunto.

9. No mérito, a ação é parcialmente procedente.

10. O princípio constitucional, previsto no artigo 94 da Constituição, é instituto que garante maior pluralidade na composição dos Tribunais², de forma que uma parte de seus membros seja proveniente de outras carreiras jurídicas. Também assegura que o órgão judicial tenha acesso a uma maior gama de ideias e possa se atualizar metodicamente com mais facilidade, uma vez que seus membros terão diferentes formações e experiências profissionais. Foi instituído inicialmente na Constituição Republicana de 1934, de modo a alterar a tradição imperial da promoção exclusiva por antiguidade, que restringia o acesso aos Tribunais àqueles que integrassem a carreira da magistratura.

11. Muito embora esse instituto já esteja muito sedimentado em nossa tradição jurídica, somente com a Constituição de 1988 alterou-se a forma de nomeação, mediante a inclusão da etapa de formação da lista sêxtupla, indicada pelo órgão de classe⁴.

2 Exceção seja feita à forma de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

3 Para uma narrativa histórica mais detida, ver o voto do Rel. Min. Sepúlveda Pertence no MS 25.624 (DJ 19.12.2006).

4 A ideia da participação de mais de um órgão na formulação da lista, embora somente tenha sido adotada na Constituição de 1988, foi proposta inicialmente por Levi Carneiro na Assembleia Constituinte de 1934. A justificativa dada pelo então deputado constituinte, a qual é ainda válida e

12. A inovação não só incluiu novo partícipe no ato complexo de nomeação de Ministro ou Desembargador como também modificou a distribuição de competências constitucionais para os demais envolvidos.

13. Isso porque a competência para escolher, de todo o universo dos membros da classe, quais integrantes irão formar a lista deslocou-se do Tribunal para o órgão de classe. Formulada a lista sêxtupla, ao Tribunal cabe escolher entre os indicados aqueles que melhor lhe convenham. Trata-se de atividade assemelhada àquela desempenhada pelo Chefe do Poder Executivo nesse processo.

14. Por isso, o dever de escolha do Tribunal não se equipara a uma simples atividade homologatória, mas antes a um poder-dever,⁵ uma vez que, mesmo em se configurando como um poder funcional, deverá ser balanceado pelo dever do agente público, que está submetido à ordem constitucional e ao interesse da comunidade.⁶

15. Contudo, o conceito de poder-dever não autoriza a conclusão de que é facultado ao Tribunal rejeitar os integrantes da lista segundo sua vontade. Afinal, sua competência no aperfeiçoamento do ato complexo, no cenário posterior a 1988, não lhe garante poderes para tanto.

16. O papel do Tribunal, ao examinar a lista sêxtupla, está restrito à apreciação do atendimento, pelos integrantes da lista, dos requisitos constitucionais para a investidura (art. 94, *caput*, da CR). 20

esclarecedora, é que a pluralidade de partícipes leva à melhor seleção dos membros dos Tribunais, uma vez que permite que os mais qualificados tenham acesso ao Tribunal, não restringindo as possibilidades de nomeação a um determinado círculo social. Vide PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *Origem e fundamentos da participação de advogados e de membros do Ministério Público na composição dos Tribunais brasileiros: reflexões sobre o quinto constitucional*. Rev. TST, Brasília, vol. 71, n. 3, set/dez 2005.

⁵ E tampouco o ato do Chefe do Executivo tem cunho meramente homologatório, sendo também um poder-dever.

⁶ Ver MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 107-108.

Somente diante do não preenchimento desses critérios as indicações podem ser rejeitadas.

17. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu que o exame da adequação aos requisitos de investidura deve cingir-se à verificação objetiva da satisfação das exigências constitucionais (tempo de atividade, notório saber jurídico e reputação ilibada), rejeitando-se, assim, simples alegações subjetivas. Nesse sentido: MS 25.624, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 19.12.2006; Rcl 5.413, Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJ 23.5.2008.

18. Caso o Chefe do Executivo ou o Tribunal verifiquem que um dos indicados não preenche objetivamente os requisitos constitucionais, a solução é simples. A relação é encaminhada de volta ao órgão inicial, para que seja formada nova lista sêxtupla. Afinal, os partícipes desse ato complexo têm o direito de escolha no número indicado na Constituição (ADI 1.289-EI, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 27.2.2004). Assim, o Tribunal tem o direito de escolher três indicados entre seis e o Chefe do Executivo tem o direito de escolher um indicado entre três.

19. Diferentemente, se todos os componentes estiverem constitucionalmente habilitados, o Tribunal terá o dever de realizar a escolha, estando adstrito ao universo de opções indicadas. Os debates sobre a obrigatoriedade da nomeação no contexto da lista já datam da Constituição de 1934, ocasião em que se optou pela adoção da expressão “deverão” em detrimento da expressão “poderão”, o que indica claramente o caráter vinculado da escolha⁷. Reforça esse argumento o fato de que a

20

⁷ Vide PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *Op. cit.*

necessidade do Chefe do Executivo se ater à lista nunca foi posta em questão.

20. Nesse contexto, o critério de votação adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao permitir que um dos indicados seja recusado por não alcançar determinado número de votos, é flagrantemente inconstitucional, visto que expande o espaço de discricionariedade do Tribunal sobre competência que não está prevista na Constituição da República. Como bem explicitou o Ministro Joaquim Barbosa em voto proferido no RE 27.920 (Segunda Turma, DJ 4.12.2009), com esse procedimento tem-se um subterfúgio para a recusa em bloco dos nomes da lista sem qualquer fundamentação, igualmente violando-se o dever de formular a lista tríplice.

21. É dado aos Tribunais definir o procedimento de votação para escolher os componentes da lista tríplice. Entretanto, qualquer procedimento que (i) permita que o Tribunal se isente de escolher ou (ii) faculte a rejeição de indicados sem qualquer fundamentação objetiva é constitucionalmente inadequado.

22. No caso, o dispositivo regimental é inconstitucional ao violar ambos os critérios – por um lado permite que o Tribunal possa excluir integrantes da lista sem fundamentação objetiva e, por outro, lhe concede a possibilidade de não escolher três indicados devidamente habilitados.

23. Esses fundamentos são suficientes para indicar a inconstitucionalidade da expressão “exigindo-se maioria absoluta em todos. Se qualquer dos candidatos não atingir o quórum, a lista não será

90

aceita.”, mas não da expressão “Na votação da lista tríplice do quinto constitucional, haverá três escrutínios, até que se firme a lista”.

24. Ante o princípio da correção funcional, a intervenção na forma deve ser realizada de modo a melhor conciliar o espaço institucional de cada órgão ou poder⁸. No caso, após declarada a inconstitucionalidade do quórum e da maioria absoluta, tem-se que a definição de três escrutínios (agora desacompanhada da possibilidade de rejeição da lista) coaduna-se com a autonomia do Tribunal para definir procedimento de votação.

25. Por fim, cabe também estar alerta para os prejuízos que essa manobra está trazendo. Diversos Tribunais, amparando-se em autorizações regimentais como a ora citada, postergam o mecanismo constitucional de nomeação⁹ e se valem repetidamente da convocação de juízes para ocupar a função vacante, várias vezes por prazos amplos, longe do que prevê a LOMAN para a substituição meramente ocasional.

26. E não só isso. Essa prática é tão disseminada que a maioria ou a totalidade dos componentes de determinadas Turmas de Tribunais é de Juízes Convocados, o que já levou tanto esta Corte quanto o STJ a se manifestarem sobre a adequação legal e constitucional da decisão por elas proferidas (AI 652414-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJ 17.8.2011 e HC 175450, Rel. Min. Gilson Napp, Quinta Turma, DJ 8.3.2012, entre outros).

Ante o exposto, o parecer é pela procedência parcial da ação direta, para que seja declarada a inconstitucionalidade da expressão

8 SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. pp. 444-447

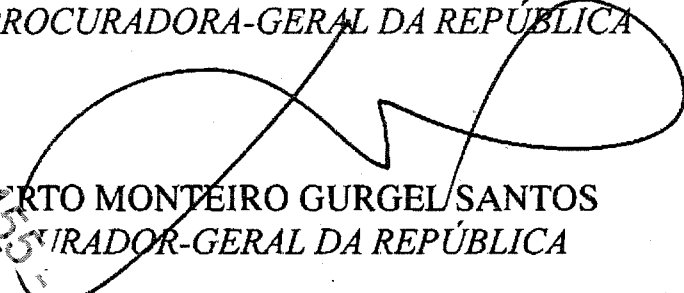
9 No presente caso, o número de cédulas de votação entregues em branco no TJ/SP é ilustrativa dos abusos que o procedimento atacado permite. No primeiro escrutínio foram 11 de 25, no segundo 19 de 25 e no terceiro 20 de 25.

“exigindo-se maioria absoluta em todos. Se qualquer dos candidatos não atingir o quórum, a lista não será aceita”, constante do *caput* do art. 55 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Brasília, 22 de maio de 2013.


EBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
VICE-PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

APROVO:


ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

GDN