



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

**EXCELENTEÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

PETIÇÃO INICIAL AJCONST/PGR Nº 142423/2021

O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, com fundamento nos arts. 102, I, "a", 103, VI, e 129, IV, da Constituição Federal; no art. 46, parágrafo único, I, da Lei Complementar 75, de 20.5.1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União); e na Lei 9.868, de 10.11.1999, vem propor

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

contra disposições constantes do art. 5º, *caput*, parte final, do Provimento 102, de 9.3.2004, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que *"dispõe sobre a indicação, em lista sêxtupla, de advogados que devam integrar os Tribunais Judiciários e Administrativos"*, alterado pelo Provimento 139, de 21.5.2010.¹

1 Acompanham a petição inicial cópias da norma impugnada, conforme o art. 3º da Lei 9.868/1999, e de peças do Procedimento Administrativo 1.15.000.002767/2015-80.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

1. OBJETO DA AÇÃO

Eis o teor do dispositivo sob inventiva:

Art. 5º Como condição para a inscrição no processo seletivo, com o pedido de inscrição o candidato deverá comprovar o efetivo exercício profissional da advocacia nos 10 (dez) anos anteriores à data do seu requerimento e, tratando-se de Tribunal de Justiça Estadual ou de Tribunal Federal, concomitantemente, deverá comprovar a existência de sua inscrição, há mais de 05 (cinco) anos, no Conselho Seccional abrangido pela competência do Tribunal Judiciário. (NR. Ver Provimento 139/2010).

Parágrafo único. Não será admitida inscrição de advogado que possua mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade na data da formalização do pedido. (NR. Ver Provimento 139/2010).

Como se demonstrará, as disposições destacadas violam os **arts. 5º, caput e II** (princípios da isonomia e da legalidade), **19, III** (princípio da isonomia federativa), e **94, caput** (requisitos para a participação de advogados em processos de formação de listas sêxtuplas para composição de tribunais), da Constituição Federal.

2. CABIMENTO DA AÇÃO

O art. 102, I, da Constituição Federal estabelece como objeto de ação direta de constitucionalidade lei ou ato normativo federal ou estadual.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Deve qualificar-se como ato normativo de natureza primária aquele que contenha os requisitos essenciais de autonomia jurídica, abstração, generalidade e impensoalidade, e que discipline diretamente a Constituição (ADI 2.321-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 10.6.2005).

As disposições ora questionadas do Provimento 102/2004, alteradas pelo Provimento 139/2010, do CFOAB caracterizam-se como ato normativo com essas características, porquanto apresentam alta densidade normativa e podem ser cotejadas diretamente com os preceitos dos arts. 5º, *caput* e II, 19, III, e 94, *caput*, da Constituição, sem que haja necessidade de apreciar normas infraconstitucionais interpostas.

Esta não seria a primeira vez em que o Supremo Tribunal Federal apreciaria atos desse jaez. Há diversos precedentes nos quais a Corte admitiu ação direta de constitucionalidade contra provimentos do referido conselho ou de tribunais de justiça, como se verifica nos seguintes julgados:

CONSTITUCIONAL. ADVOGADOS. LISTA SÊXTUPLA. INCOMPATIBILIDADE E IMPEDIMENTO. PROVIMENTO N. 73, DE 13.04.92, DO CONSELHO FEDERAL DA OAB, PARAG. ÚNICO DO ART. 5. E PARAG. 3. DO ART. 7. CONSTITUIÇÃO, ART. 94.

I. - Suspensão da eficácia, no parág. único do art. 5., do Provimento n. 73, do Conselho Federal da OAB. Vencido, em parte, o Ministro



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Relator, que suspendia, apenas, a locução "há mais de 6 (seis) meses da abertura da vaga".

II. - Suspensão da eficácia do parág. 3. do artigo 7. do citado Provimento n. 73.

III. - Voto do Relator: incompatibilidade e impedimento: conceito e distinção. Lei 4.215/63, artigos 82, 83, 84 e 85. O requisito de estar o advogado em "efetiva atividade profissional". CF, art. 94.

IV. - Cautelar deferida.

(ADI 759-MC/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 16.4.1993.)

Ação direta de inconstitucionalidade.

2. Art. 49 do Código de Normas criado pelo Provimento nº 4/99 da Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão: autorização do Presidente para ausência de magistrados da comarca.

3. Dupla inconstitucionalidade formal: matéria reservada à lei complementar e iniciativa exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

4. Precedentes

5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 2.880/MA, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 235, de 1º.12.2014.)

Ação direta de inconstitucionalidade. Provimento nº 004, de 25.2.2005, da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que dispõe sobre o horário em que o magistrado pode exercer o magistério. Procedência, em parte.

I. Constitucionalidade do art. 1º, que apenas reproduz o disposto no art. 95, parágrafo único, I, da Constituição Federal.

II. Inconstitucionalidade formal, contudo, do seu artigo 2º, que, ao vedar ao magistrado estadual o exercício de docência em horário coincidente com o do expediente do foro, dispõe sobre matéria de competência reservada à lei complementar, nos termos do art. 93, da Constituição Federal, e já prevista no art. 26, § 1º, da LOMAN.

(ADI 3.508/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe de 31.8.2007.)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO N. 055/2001 DO CORREGEDOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. NOTÁRIOS E REGISTRADORES. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. INAPLICABILIDADE EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EM CARÁTER PRIVADO POR DELEGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA AOS SETENTA ANOS. INCONSTITUCIONALIDADE.

- 1. O artigo 40, § 1º, inciso II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/98, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios – incluídas as autarquias e fundações.*
- 2. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público – serviço público não privativo.*
- 3. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado artigo 40 da CB/88 – aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade.*
- 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.
(ADI 2.602/MG, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 31.3.2006.)*

3. INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA IMPUGNADA

Ao disciplinar o chamado “*quinto constitucional*”, estabelece o art. 94 *caput*, da Constituição Federal os seguintes requisitos para que advogados se candidatem a composição de tribunais regionais federais e tribunais de justiça dos estados e do Distrito Federal e Territórios, quais sejam: (i) notório saber



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

jurídico; (ii) reputação ilibada; (iii) mais de dez anos de efetiva atividade profissional; e (iv) indicação em lista sêxtupla pelo órgão representativo da classe profissional.

Sobre o preceito constitucional, Gilmar F. Mendes e Lenio L. Streck ressaltam haver nele o objetivo de preservar a composição plural dos órgãos judiciais e valorizar a experiência profissional de advogados e de membros do Ministério Público. Em relação ao processo de escolha para as vagas destinadas ao quinto constitucional, esclarecem os autores:

(...) Cabe aos órgãos de representação das respectivas classes, ou seja, os Conselhos Superiores, no caso do Ministério Público, e os Conselhos Federal e Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, escolher quais de seus membros comporão a lista. A partir das listas sêxtuplas, os Tribunais formam listas tríplices, que são enviadas ao Presidente da República, o qual escolherá definitivamente um dos seus integrantes para a nomeação. Assim, diferentemente do modelo constitucional anterior, a Constituição de 1988 incumbe aos órgãos de representação do Ministério Público e da Advocacia a tarefa de formação das listas, ficando os tribunais apenas com o poder-dever de composição da lista tríplice, para submetê-la a escolha final por parte do Chefe do Poder Executivo. O ato de nomeação, portanto, é ato complexo, que somente se completa com o decreto do Presidente da República que efetivamente nomeia o magistrado.²

2 STRECK, Lenio L.; MENDES, Gilmar F. Comentário ao art. 94. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 1328.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Demais disso, previu a Constituição a participação do órgão de representação da classe dos advogados na indicação para a composição do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, II), do Tribunal Superior do Trabalho (art. 111-A, I) e dos Tribunais Regionais do Trabalho (art. 115, I).

Em nenhum dos dispositivos constitucionais, contudo, menciona a CF a possibilidade de restrição do direito dos advogados de participação nas listas sêxtuplas, na hipótese de não terem atuado por determinado tempo na unidade federada em que localizado o tribunal para o qual foi aberta a vaga.

Previu, é verdade, para a investidura nos tribunais regionais federais e nos tribunais regionais do trabalho, uma diretriz geral de *escolha preferencial* entre profissionais da respectiva região. É o que dispõem os arts. 107, *caput*, e 115, *caput*, da CF:

*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:*

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; (...).

(...)

*Art. 115. Os Tribunais Regionais do Trabalho compõem-se de, no mínimo, sete juízes, **recrutados, quando possível, na respectiva região**, e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo:
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

*I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
(...).*

Contudo, mesmo em relação a esses recrutamentos, o constituinte optou por não impôr um caráter obrigatório à referida diretriz, mas tão somente recomendar que a escolha se desse, *na medida do possível*, entre profissionais da respectiva região.

No presente caso, o art. 5º, *caput*, parte final, do Provimento 102/2004 do CFOAB, na redação dada pelo Provimento 139/2010, inovou relativamente às normas constitucionais em exame, estabelecendo uma disciplina mais restritiva quanto ao direito de advogados participarem do processo seletivo das listas sêxtuplas voltadas à composição dos órgãos judiciais.

Com efeito, impôs o dispositivo impugnado aos advogados, como condição para se inscreverem no processo seletivo, além da prova de exercício profissional da advocacia por mais de 10 anos, a comprovação de “*inscrição, há mais de 05 (cinco) anos, no Conselho Seccional abrangido pela competência do Tribunal Judiciário*”.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

No julgamento de medida cautelar na ADI 759/DF, entendeu o STF haver plausibilidade jurídica na tese de constitucionalidade do acréscimo de exigências ao art. 94 da Constituição, sobretudo ao arrepio de lei ordinária, mediante provimento do CFOAB. Observou então o relator daquele processo, Ministro Carlos Velloso (*DJ* de 16.4.1993):

(…) proibindo o parág. 3º do art. 7º, do citado Provimento nº 73, que o advogado impedido de advogar perante o tribunal em que esteja aberta a vaga, possa concorrer a essa mesma vaga, exigiu mais do que a Constituição, que exige, apenas, não custa repetir, esteja o advogado em “efetiva atividade profissional” (CF, art. 94).

Talvez, para alguns, possa parecer inconveniente a inclusão em lista, para um certo tribunal, de um advogado impedido de advogar naquele mesmo tribunal. Para outros, seria até conveniente essa inclusão. Exemplifico com o inc. I do art. 85 do Estatuto: seriam aproveitados advogados já experimentados no ofício. A questão, está-se a ver, fica no campo da conveniência ou da inconveniência. Aqui, devemos examinar a norma diante da Constituição, se inconstitucional ou não.

O fumus boni juris está presente, como está presente, também, o periculum in mora, dado que, também aqui, estamos diante de “iminente preterição do direito dos advogados alcançados” pelo ato normativo objeto da causa.

De acordo com o entendimento firmado pela Corte naquela assentada, encontrando-se atendidos os requisitos constitucionais, até mesmo advogados impedidos de advogar perante um tribunal podem se habilitar a compor listas sêxtuplas para as vagas nele abertas, destinadas à categoria.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Pela mesma ordem de razões, afigura-se descabido obstar, por meio de provimento da CFOAB, a participação em listas sétuplas de advogados pelo simples fato de estarem inscritos em conselho seccional não abrangido pela competência do tribunal, tal como fez o art. 5º, *caput*, parte final, do Provimento 102/2004, com redação do Provimento 139/2010.

Além de estabelecer exigência não prevista no texto constitucional nem na legislação ordinária em vigor, a norma sob testilha acaba por promover uma indevida diferenciação entre advogados que se encontram em mesma situação – isto é, que cumprem com os requisitos de notório saber jurídico, reputação ilibada e prática supradecanal de efetiva atividade jurídica – com base no local de domicílio profissional.

O princípio republicano tem como uma de suas premissas a igualdade de oportunidades conferidas a todos os cidadãos, a fim de materializar os objetivos fundamentais da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, I, II e III, da Constituição Federal).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

A Constituição Federal, em seu art. 5º, *caput*, consagra como pilar do Estado Democrático de Direito o princípio da isonomia. Ao tratar do postulado, Ingo Wolfgang Sarlet indica suas três vertentes:

- (a) proibição do arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável com base na pauta de valores constitucionais, quanto proibido tratamento igual para situações manifestamente desiguais;
- (b) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas;
- (c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural.³

De acordo com o art. 19, III, da Constituição, é vedado aos entes que compõem a Federação criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si. Tal dispositivo constitucional é corolário do princípio da igualdade e, segundo pontua José Afonso da Silva, “significa que um Estado não poderá criar vantagem a favor de seus filhos em detrimento de originários de outros, como não pode prejudicar filhos de qualquer Estado em relação aos filhos de outros, nem filhos de um Município em relação aos filhos de outros”.⁴

- 3 SARLET, Ingo Wolfgang *et alii*. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 544.
- 4 SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 252.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Consoante lição de Jayme Weingartner Neto, deriva do art. 19, III, da Constituição o princípio da igualdade entre cidadãos independentemente do estado ou município de nascimento, domicílio ou residência, significando tal norma que, “*em iguais condições de capacidade ou habilitação, não pode o Estado distinguir, positiva ou negativamente, cidadãos brasileiros no que tange ao exercício de função, ofício ou profissão*”.⁵

A respeito do preceito constitucional, Alexandre de Moraes observa, em obra doutrinária:

Ao preconizar a impossibilidade de a União, Estados, Distrito Federal e Municípios criarem distinções entre brasileiros em razão de sua naturalidade, mais uma vez o legislador constituinte consagrou o princípio da igualdade (CF, art. 5º, caput e I).

É o denominado princípio da isonomia federativa, cuja finalidade é acentuar a igualdade de todos os brasileiros, independentemente do Estado-membro de nascimento ou domicílio.

Dessa forma, norma ou conduta que visem obstaculizar o ingresso territorial, a fixação de residência, o trabalho, o acesso a cargos, funções ou empregos públicos, ou ainda a tranquilidade e o bem-estar de qualquer brasileiro, tão-somente por seu Estado de origem, serão flagrantemente inconstitucionais, devendo haver a responsabilidade civil e criminal de seus autores. Por exemplo: Lei municipal ou estadual que vede ou limite o acesso a cargos públicos locais de brasileiros provenientes de outros Estados.⁶

- 5 WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentário ao art. 19, III. In: CANOTILHO, MENDES, SARLET, STRECK (coords.). *Comentários à Constituição...* cit., p. 712.
- 6 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 656-657.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Considera-se um fator de legitimação da diferenciação normativa perante o princípio da igualdade substancial a consonância do discrimin com os interesses protegidos pela Constituição, de modo que “*não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima*”.⁷

Ao diferenciar advogados com base no local de desenvolvimento da atividade profissional, as disposições impugnadas do art. 5º, *caput*, parte final, do Provimento 102/2004 da CFOAB, além de serem incompatíveis com o art. 94 da CF e o princípio da legalidade, encontram óbice, também, nos princípios da igualdade e da isonomia federativa.

Há de se reconhecer, portanto, a constitucionalidade da norma, por violação aos arts. 5º, *caput* e II, 19, III, e 94, *caput*, da Constituição.

4. PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Em face do exposto, requer o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA que se colham as informações do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e que se ouça a Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º,

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 43.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

da Constituição Federal. Superadas essas fases, pede prazo para a manifestação da Procuradoria-Geral da República.

Ao final, postula que se julgue procedente o pedido para declarar a constitucionalidade das expressões “*e, tratando-se de Tribunal de Justiça Estadual ou de Tribunal Federal, concomitantemente, deverá comprovar a existência de sua inscrição, há mais de 05 (cinco) anos, no Conselho Seccional abrangido pela competência do Tribunal Judiciário*””, constantes do art. 5º, *caput*, parte final, do Provimento 102/2004, alterado pelo Provimento 139/2010, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Brasília, data da assinatura digital.

Augusto Aras

Procurador-Geral da República

Assinado digitalmente

AMO