

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): Preliminarmente, aceito o pedido de aditamento à inicial, em razão da continuidade normativa entre o artigo originalmente impugnado (art. 55 do RI do TJ/SP) e o artigo atualmente em vigor (art. 58 do RI do TJ/SP).

A questão constitucional ora posta nos autos cinge-se a definir a possibilidade do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de impor quórum e limitação de três escrutínios para fins de votação de lista sêxtupla e obtenção de lista tríplice nos processos de deliberação do quinto constitucional.

Inicialmente, no que se refere à regra constitucional que determina que um quinto da composição dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público e de advogados, tive oportunidade de registrar em sede doutrinária:

“O art. 94 estabelece o denominado *quinto constitucional*, que assume relevante valor nas sociedades complexas, na medida em que permite a composição plural dos órgãos judiciais. O texto constitucional igualmente valoriza a experiência profissional de advogados e membros do Ministério Público e sua participação na formação plural e, dessa forma, na legitimação das decisões judiciais.

O assim denominado quinto constitucional foi criado na Constituição de 1934 (art. 104, § 6º) e manteve-se praticamente inalterado nos textos constitucionais posteriores (Constituição de 1937, art. 105; Constituição de 1946, art. 124, inciso V; Constituição de 1967, art. 136, inciso IV; Constituição de 1969, art. 144, inciso IV). **A Constituição de 1988 estabeleceu o percentual de um quinto para os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, repetindo a exigência de dez anos de carreira para o Ministério Público e dez anos de efetivo exercício da atividade profissional para os advogados.**

Conforme já ocorria nas Constituições anteriores, o instituto é inaplicável à composição do Supremo Tribunal Federal e de Tribunais Superiores. O acesso ao cargo de Ministro do STF é feito por livre indicação do Presidente da República, com a aprovação do Senado Federal (art. 101). Para o provimento dos cargos de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, observa-se a regra segundo a qual um

terço desses cargos deve ser preenchido por advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual e do Distrito Federal (art. 104). O Superior Tribunal Militar é composto de três advogados e dois membros do Ministério Público da Justiça Militar ou juizes auditores, diferenciada e compõe-se de três Ministros do STF, dois Ministros do STJ e dois advogados (art. 119).

Assim, o texto constitucional é expresso em indicar que a regra aplica-se apenas aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal. Com a Emenda Constitucional n. 45 /2004, o quinto constitucional passou a ser observado para a composição dos Tribunais Regionais do Trabalho (art. 115, I) e para o Tribunal Superior do Trabalho (art. 111-A, I).

A Constituição de 1988, de toda forma, mesmo nas hipóteses não abrangidas especificamente pela regra do quinto constitucional, **preserva a garantia da pluralidade dos órgãos judiciais**, com membros oriundos da advocacia e do Ministério Público.” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1078, GRIFEI)

O quinto constitucional, como dito, há muito faz parte da tradição jurídica brasileira, de modo que apenas com a Constituição Federal de 1988 houve alteração substancial na forma de nomeação, a partir da inserção, no processo de escolha, da fase de formação de lista sêxtupla, cuja indicação compete ao órgão de classe das categorias.

Sobre essa inovação no processo de escolha inserido pela CF/88, manifestei-me, na mesma obra, da seguinte forma:

“O processo de escolha dos integrantes dos órgãos judiciais tem início com a formação da lista sêxtupla, de caráter corporativo. 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 tríplexes, que são enviadas ao Presidente da República, ou ao Governador, quando se tratar de vaga em Tribunal de Justiça, os quais escolherão definitivamente um de 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 tríplex**, para submetê-la à 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, ou do Governador, que efetivamente nomeia o magistrado.” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1079, GRIFEI)

Vê-se, pois, que a atividade exercida pelo tribunal, não configura-se meramente como homologatória, mas sim, como bem ensejado pela Procuradoria-Geral da República, “ *como um poder-dever, uma vez que, mesmo em se configurando um poder funcional, deverá ser balanceado pelo dever do agente público, que está submetido à ordem constitucional e ao interesse da comunidade.* ” (eDOC 15, p. 4).

Importa destacar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal tem compreendido a possibilidade de recusa, por parte dos Tribunais, de formação de lista tríplice com alguns ou todos os nomes ofertados pela lista sêxtupla entregue pelas respectivas entidades de classe, contanto que a negativa esteja devidamente justificada em **razões claras e objetivas**, quais sejam, os requisitos constitucionais dispostos no caput. art. 94 da CF/88, *in casu*, mais de dez anos de carreira para os membros do Ministério Público e, para os advogados, notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional. Nesse sentido:

“I. Mandado de Segurança: processo de escolha de candidatos a cinco vagas de Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, correspondente à cota no "quinto constitucional" da advocacia: composição de lista sêxtupla pelo Tribunal de Justiça que, desprezando a lista sêxtupla específica organizada pelo Conselho Seccional da OAB para a primeira das vagas, substituiu os seus integrantes por nomes remanescentes das listas indicadas para as vagas subseqüentes e, dentre eles, elaborou a lista tríplice: contrariedade ao art. 94 e seu parágrafo único da Constituição Federal: declaração de nulidade de ambas as listas, sem prejuízo da eventual devolução pelo Tribunal de Justiça à OAB da lista sêxtupla apresentada para a vaga, se fundada em razões objetivas de carência, por um ou mais dos indicados, dos requisitos constitucionais, para a investidura e do controle jurisdicional dessa recusa, acaso rejeitada pela Ordem. II. O "quinto constitucional na ordem judiciária constitucional brasileira: fórmula tradicional, a partir de 1934 - de livre composição pelos tribunais da lista de advogados ou de membros do Ministério Público - e a fórmula de compartilhamento de poderes entre as entidades corporativas e os órgãos judiciários na seleção dos candidatos ao "quinto constitucional" adotada pela Constituição

vigente (CF, art. 94 e parágrafo único). 1. Na vigente Constituição da República - em relação aos textos constitucionais anteriores - a seleção originária dos candidatos ao "quinto" se transferiu dos tribunais para "os órgãos de representação do Ministério Público e da advocacia"-, incumbidos da composição das listas sêxtuplas - restando àqueles, os tribunais, o poder de reduzir a três os seis indicados pelo MP ou pela OAB, para submetê-los à escolha final do Chefe do Poder Executivo. 2. À corporação do Ministério Público ou da advocacia, conforme o caso, é que a Constituição atribuiu o primeiro juízo de valor positivo atinente à qualificação dos seis nomes que indica para o ofício da judicatura de cujo provimento se cogita. 3. **Pode o Tribunal recusar-se a compôr a lista tríplice dentre os seis indicados, se tiver razões objetivas para recusar a algum, a alguns ou a todos eles, as qualificações pessoais reclamadas pelo art. 94 da Constituição (v.g. mais de dez anos de carreira no MP ou de efetiva atividade profissional na advocacia.)** 4. A questão é mais delicada se a objeção do Tribunal fundar-se na carência dos atributos de "notório saber jurídico" ou de "reputação ilibada": a respeito de ambos esses requisitos constitucionais, o poder de emitir juízo negativo ou positivo se transferiu, por força do art. 94 da Constituição, dos Tribunais de cuja composição se trate para a entidade de classe correspondente. 5. **Essa transferência de poder não elide, porém, a possibilidade de o tribunal recusar a indicação de um ou mais dos componentes da lista sêxtupla, à falta de requisito constitucional para a investidura, desde que fundada a recusa em razões objetivas, declinadas na motivação da deliberação do órgão competente do colegiado judiciário.** 6. Nessa hipótese ao Tribunal envolvido jamais se há de reconhecer o poder de substituir a lista sêxtupla encaminhada pela respectiva entidade de classe por outra lista sêxtupla que o próprio órgão judicial componha, ainda que constituída por advogados componentes de sextetos eleitos pela Ordem para vagas diferentes. 7. A solução harmônica à Constituição é a devolução motivada da lista sêxtupla à corporação da qual emanada, para que a refaça, total ou parcialmente, conforme o número de candidatos desqualificados: dissentindo a entidade de classe, a ela restará questionar em juízo, na via processual adequada, a rejeição parcial ou total do tribunal competente às suas indicações." (MS 25624, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 19-12-2006 - GRIFEI)

"Reclamação. Ordem dos Advogados do Brasil. Lista. Composição do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recusa. Devolução. 1. A devolução da lista apresentada pela Ordem dos Advogados do Brasil com clara indicação dos motivos que a suportaram não viola decisão desta Suprema Corte que, expressamente, ressaltou essa possibilidade "à falta de requisito constitucional para a investidura, desde que fundada a recusa em razões objetivas, declinadas na

motivação da deliberação do órgão competente do colegiado judiciário" (MS nº 25.624/SP, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19/12/06). 2. Reclamação julgada improcedente." (Rcl 5413, Relator Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJe 21-05-2008)

Assim, tratando-se de ato administrativo complexo, a exigência de fundamentação torna-se condição necessária para a validação de eventual decisão de recusa pelo tribunal.

Por sua vez, no caso dos autos, verifico, inicialmente, que o TJSP, ao permitir a recusa de candidatos indicados pelos órgãos de representação de classe, utilizando como fundamento a ausência de quórum determinado, viola os critérios constitucionais que dispõem sobre as possibilidades de recusa pelo Tribunal.

Note-se que, se assim fosse, estaríamos concedendo aos Tribunais que adotam a prática do quórum para fins de votação de lista sêxtupla e obtenção de lista tríplice nos processos de deliberação do quinto constitucional, a possibilidade de exclusão de integrantes da lista encaminhada pela Ordem dos Advogados ou pelo Ministério Público sem a devida fundamentação, bem como a possibilidade de que o Tribunal simplesmente se isente de escolher, em evidente subterfúgio ao procedimento de formação de lista tríplice.

Nesse sentido, na ocasião do julgamento do RMS 27.920, o Ministro Joaquim Barbosa, ao tratar da recusa pelo STJ de lista encaminhada pela OAB, teceu comentários relevantes sobre o tema. Vejamos:

"(...) 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 (...) 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."

Assim, ao estabelecer quórum mínimo, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP afronta o disposto no art. 94, da Constituição da República, impondo obstáculo à aprovação da lista tríplice.

Todavia, o vício não se estende à totalidade do diploma impugnado. Não há, no texto constitucional, qualquer vedação à adoção de votação fechada por parte dos tribunais estaduais. Tampouco há que se falar em violação à Constituição Federal por parte da limitação de três escrutínios, de modo que tal diretiva apenas se insere na autonomia do TJSP de regular de forma pormenorizada os procedimentos de votação do Tribunal, estando em consonância com o disposto no art. 94 da Constituição Federal.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “ *exigindo-se maioria absoluta em todos. Se qualquer dos candidatos não atingir o quórum, a lista não será aceita.* ”, que consta do artigo 58 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na redação atualmente em vigor.

Plenário Virtual - minuta de voto - 03/09/2019 - 00:00