



Poder Judiciário
Conselho Nacional de Justiça

Gabinete do Conselheiro Wellington Cabral Saraiva

Procedimento de controle administrativo 0004132-13.2012.2.00.0000

Relator : CONSELHEIRO WELLINGTON CABRAL SARAIVA
Requerente : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
Interessado : MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA
Requerido : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. FORMAÇÃO DE LISTA TRÍPLICE PARA PROVIMENTO DE CARGO DE DESEMBARGADOR DECORRENTE DO QUINTO CONSTITUCIONAL. DEVOLUÇÃO IMOTIVADA DE LISTA SÊXTUPLA ENVIADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. IMPEDIMENTO À JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA DO CNJ. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. INVASÃO DE COMPETÊNCIA. ART. 94 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NORMA REGIMENTAL. INVALIDADE.

1. Pretensão de invalidar o art. 55 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que exige maioria absoluta dos votos dos membros do Órgão Especial para formação de lista tríplice a ser enviada ao governador do Estado, com o fim de prover cargo destinado ao quinto constitucional. Devolução, pelo tribunal, da lista sêxtupla regularmente formada por deliberação do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.
2. Devido à natureza e às características do controle concentrado de constitucionalidade, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal, não necessariamente impede o exercício da jurisdição administrativa do Conselho Nacional de Justiça.
3. A previsão regimental do TJSP contraria o art. 94 e seu parágrafo único, da Constituição da República. A devolução da lista sêxtupla ao Ministério Público sem outra motivação salvo a de não se haver alcançado o quórum regimental viola a divisão de competências prevista constitucionalmente, porquanto equivale a impor ao MP a escolha de outros nomes, em nova lista sêxtupla. Precedente do STF.
4. Uma vez preenchidos os requisitos do art. 94 da Constituição, não podem os tribunais devolver ao Ministério Público ou à Ordem dos Advogados do Brasil lista sêxtupla destinada ao provimento de vagas do chamado quinto constitucional, salvo se o fizer motivadamente.

Procedência parcial do pedido.



RELATÓRIO

Trata-se de procedimento de controle administrativo proposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO (MPSP), no qual pretende que o Órgão Especial do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP) reaprecie a lista sétupla enviada por seu Conselho Superior, para preenchimento da vaga de desembargador destinada ao quinto constitucional, e, posteriormente, encaminhe ao Governador do Estado lista com o nome dos três candidatos mais votados. O tribunal devolveu a lista sétupla sob o argumento de que o terceiro nome necessário à formação da tríplice não obteve quórum de maioria absoluta dos membros do Órgão Especial, conforme o art. 55, *caput*, do Regimento Interno da Corte (RITJSP – o regimento é o Doc3 deste procedimento). Este prevê (evento 1, Doc4, folha 15):

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.

Parágrafo único. Em caso de empate, terá preferência o candidato de maior prática forense, entendido, como tal, o exercício da profissão de advogado, contado de sua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, ou o tempo de serviço no Ministério Público, a partir da posse, conforme o caso. Se persistir o empate, decidir-se-á em favor do de maior idade.

Afirma o requerente que a lista sétupla, composta por procuradores e promotores de justiça de entrância final, foi-lhe devolvida após deliberação do Órgão Especial do TJSP, em sessão de 2 de maio de 2012. Ao entender pela reguladade na elaboração da lista, o MPSP encaminhou-a novamente àquele órgão, que mais uma vez a devolveu, por deliberação na sessão de 20 de junho de 2012. O MPSP alega nulidade da deliberação que culminou com a devolução da lista, por ausência de motivação e invasão da competência constitucionalmente destinada ao Ministério Público para a formação dela. Aduz que a Recomendação 13 do Conselho Nacional de Justiça, de 6 de novembro de 2007,¹ já estabelecerá a necessidade de adequada fundamentação nas deliberações dos tribunais, referentes ao provimento de cargos destinados ao quinto constitucional:

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.

Sustenta que a devolução da lista sétupla afrontou diretamente a sistemática prevista no art. 94 da Constituição da República,² uma vez que “foram fixadas, objetivamente, as competências para a prática dos atos singulares que conduzirão ao provimento do cargo, bem como os requisitos a serem avaliados em

¹ Disponível em: <<http://ven.to/l-a>> ou <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/12095:recomenda-no-13>>. Acesso em: 7 ago. 2012.

² “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 sétupla 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.”



cada uma das fases". Argui que, não tendo havido desrespeito aos requisitos estabelecidos constitucionalmente para a formação da lista sétupla – indicação de membros do Ministério Público com mais de dez anos de carreira, notório saber jurídico, reputação ilibada e mais de dez anos de efetiva atividade profissional, no caso dos advogados –, o controle da lista enviada pela respectiva classe mostra-se abusivo e nulo. Relata que, em decorrência de a previsão do art. 55 do RITJSP limitar o exercício da prerrogativa constitucional assegurada ao Ministério Público e à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), já formulara representação ao Procurador-Geral da República, para propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

Requer a invalidação da deliberação administrativa do Órgão Especial do TJSP, que gerou a devolução da lista sétupla ao MPSP, e a anulação dos atos dela decorrentes, com o encaminhamento, ao governador do Estado, da lista tríplice com os três nomes mais votados na sessão realizada em 2 de maio de 2012, para provimento do cargo reservado aos membros do Ministério Público, derivado do quinto constitucional, conforme o art. 94 da Constituição.

A Presidência do TJSP, nas informações, sustentou que: a) a rejeição da lista sétupla decorreu de expressa previsão regimental (art. 55 do RITJSP); b) houve suficiente fundamentação na recusa da lista, baseada na ausência de quórum regimental na votação dos componentes dela, sendo impossível exigir outra motivação; c) é inviável fundamentação objetiva na escolha de nomes para formação da lista tríplice. Alegou a constitucionalidade da previsão do quórum regimental para formação da lista, baseado no parágrafo único do art. 104 da Constituição da República, que exige maioria absoluta para formação da lista tríplice destinada ao provimento de cargo de ministro do Superior Tribunal de Justiça. Afirmou que, diferentemente das decisões judiciais, não há necessidade de fundamentação em cada voto proferido em sessão administrativa para formação da lista tríplice, uma vez que “o titular da decisão é soberano e exerce opção de foro íntimo”. Noticiou que alguns membros do Órgão Especial votaram por não receber novamente a lista sétupla, sob o fundamento de que deveria ser composta apenas por procuradores de justiça, mas tal entendimento foi rejeitado por maioria de votos, e a lista foi levada novamente à votação.

Em 5 de setembro de 2012, despachei para que as partes se manifestassem sobre o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade 4.455/SP, no Supremo Tribunal Federal, e seus possíveis efeitos sobre este procedimento (evento 12, Desp10). O requerido sustentou que, ante a ausência de medida cautelar naquele ADI, a norma regimental atacada (o art. 55 do RITJSP) permanece em pleno vigor e deve aplicar-se (evento 16, Inf11). Para o requerente, não há prejudicialidade entre os processos, porque a ADI tem como objeto o controle abstrato de constitucionalidade da norma, ao passo que este procedimento cuida de ato administrativo específico. Ademais, os fundamentos da ADI reforçariam a tese sustentada nestes autos. Asseverou, ainda, que, como não há prazo para o julgamento da ADI (e não se sabe nem se será conhecida), o não julgamento deste PCA manteria “por tempo indefinido a situação de ilegalidade” (evento 17, Doc12).

É o relatório.



VOTO PRELIMINAR

A controvérsia neste procedimento prende-se à validade de regulamentação expedida por tribunal de justiça, em regimento interno, exigir o voto da maioria absoluta dos membros de seu plenário ou órgão especial para a escolha dos nomes que comporão lista tríplice, com a finalidade de prover cargo de desembargador destinado ao quinto constitucional, além dos requisitos já exigidos pelo art. 94 da Constituição da República. Este dispõe:

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 sétupla 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.

À guisa de preliminar, é preciso analisar se constituiria óbice prejudicial ao exame deste PCA a existência da ação direta de constitucionalidade 4.455/SP, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (petição no evento 16, Inf11, fls. 3-15 do arquivo), que ataca, no Supremo Tribunal Federal, as mesmas normas regimentais discutidas neste procedimento. Este Conselho possui precedentes no sentido de que, como regra, havendo judicialização prévia do litígio submetido ao CNJ, este fica prejudicado pela ação antes promovida no Poder Judiciário. Neste caso, porém, a situação é distinta, em face das características da ADI.

Naquela espécie de remédio constitucional, tem-se o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, de natureza muito distinta do controle administrativo que a Constituição atribuiu a este Conselho. Ali, não se trata de julgar relação jurídica concreta, mas de apreciar a compatibilidade abstrata entre a norma e a ordem constitucional. Nas ações destinadas ao controle difuso de constitucionalidade, são partes aqueles sujeitos que têm legitimidade processual, geralmente em virtude de sua ligação concreta com a relação jurídica submetida a exame judicial. No controle concentrado, não há propriamente partes, pois elas desempenham funções processuais apenas em sentido formal, uma vez que não têm, necessariamente, interesse individual no objeto do processo. Aliás, na própria esfera judicial, o ajuizamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade, como regra, não impede que os litígios derivados das normas controvertidas sejam apreciados em ações quaisquer, destinadas à solução de casos concretos.

A possibilidade de o STF, um dia, vir a decidir, no controle concentrado, de modo diverso das instâncias judiciais ordinárias nunca foi empecilho a que estas desempenhem sua função de dizer o Direito no caso concreto. Para isso, o próprio ordenamento jurídico prevê ferramentas destinadas a superar a divergência. Se, por um lado, os órgãos estatais devem buscar a harmonia das decisões e a proteção da segurança jurídica, isso não pode servir para o fim de paralisá-los diante apenas da potencialidade de uma futura e incerta decisão contrária da Suprema



Corte. A ausência de decisão da situação concreta finda por gerar o efeito contrário ao pretendido, ou seja, protrai a insegurança jurídica. A prejudicialidade da jurisdição ordinária por parte da jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal somente ocorre quando este já decidiu o litígio em uma das ações com efeitos contra todos (*erga omnes*), não pelo simples ajuizamento de ação direta de constitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, salvo se o próprio STF assim determinar.

Observadas as peculiaridades da natureza de jurisdição administrativa deste Conselho, não há por que ser diferente aqui.

Ademais, em face do enorme congestionamento de processos à espera de julgamento no Supremo Tribunal Federal – não por culpa da corte, mas por motivos diversos, como a cultura de litigiosidade dos profissionais do Direito, falhas estruturais do Poder Judiciário e problemas da legislação processual –, tem razão o requerente ao afirmar que não é possível antever se nem quando a Suprema Corte julgará a ADI 4.455/SP. Numerosas ações de controle direto de constitucionalidade, talvez centenas delas, encontram-se no STF há muitos anos, por vezes mais de uma década, à espera de decisão – e não por falta de operosidade de seus ministros.

Considerando o caráter analítico de nossa Constituição, a extensa regração constitucional do Poder Judiciário e da magistratura judicial e a vasta judicialização da matéria em ações de controle concentrado no STF, se o CNJ deixar de exercer sua função jurisdicional administrativa apenas por ter havido ajuizamento de ADI ou de ADC, numerosos impasses no funcionamento do Poder Judiciário permaneceriam indefinidamente sem solução, prolongando de forma indesejável situações de ilegalidade e de insegurança jurídica.

No caso da ADI 4.455/SP – e não vai neste relato crítica alguma ao Supremo Tribunal Federal, pela dificuldade de julgar em prazo razoável o mar de processos que o inunda –, a distribuição ocorreu em 2 de setembro de 2010, ao Min. Gilmar Mendes, o qual, considerando a relevância da matéria, adotou o rito do art. 12 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.³ O TJSP prestou informações em 8 de outubro de 2010. Em 25 daquele mês, o Advogado-Geral da União manifestou-se pela improcedência do pedido. Desde então, não houve mais avanço processual. Tampouco houve apreciação de medida cautelar no processo.⁴

Por outro lado, a Constituição da República, na redação da Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, atribui a este Conselho o controle dos princípios constitucionais (art. 103-B, § 4º, II). Não seria razoável nem compatível com a ordem constitucional impossibilitar o CNJ de exercer esse controle e limitá-lo ao exame de contenciosos de legalidade, ou seja, de natureza infraconstitucional. Isso igualmente reforça o entendimento de não haver óbice à jurisdição administrativa deste Conselho pela circunstância de ter havido ajuizamento de

³ “Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.”

⁴ Consulta ao andamento na página do STF: <<http://migre.me/d3FOD>> ou <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3944125>>. Acesso em: 31 jan. 2013.



ação direta de inconstitucionalidade. Se a lei fundamental brasileira comete ao Conselho Nacional de Justiça o controle de incidência dos princípios constitucionais, seria contraditório impedi-lo de exercer justamente o controle de constitucionalidade, ainda que de forma limitada.

Por todos esses motivos, entendo que a propositura da ADI 4.455/SP não impede a apreciação deste PCA e voto pela análise do mérito.

VOTO DE MÉRITO

No mérito, o requerente pugna pela nulidade da devolução da lista sêxtupla enviada ao Órgão Especial do TJSP, para provimento da vaga aberta com a aposentadoria do Desembargador ROMEU RICUPERO, sob os seguintes argumentos: a) ausência de motivação do ato administrativo de devolver a lista sêxtupla; b) violação à competência funcional do Ministério Público de livre escolha dos seis nomes para formação da lista; c) inconstitucionalidade do art. 55 do RITJSP (o regimento é o Doc3 deste procedimento), ao prever requisito não estabelecido constitucionalmente.

A decisão, unânime, de devolver a lista sêxtupla está retratada no item VI do documento anexo ao ofício 219/12-DIMA-4.2, de 7 de maio de 2012, referente ao processo 53.461/08, do TJSP (Doc4, fls. 10-11 do arquivo).

O requerido defende a constitucionalidade do dispositivo regimental e a fundamenta no art. 104, parágrafo único, da Constituição da República (sem destaque no original):

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, **depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal**, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 2004)

I – um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;

II – um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.

Assiste razão ao requerente. A norma do art. 55 do RITJSP não tem amparo constitucional e não possui fundamento no art. 104, parágrafo único, da Constituição da República. Este se refere exclusivamente ao provimento de cargos de ministro do Superior Tribunal de Justiça e se dirige ao Senado da República. Não há previsão constitucional análoga, que submeta a formação da lista tríplice para provimento de cargos nos tribunais, decorrentes do quinto constitucional, a votação por maioria absoluta de seus membros ou dos de seu órgão especial.

O precedente que cita o requerido para justificar a previsão regimental de quórum qualificado (evento 9, Inf9, fl. 5) refere-se a provimento de cargo de



ministro do STJ, hipótese diversa da em análise, como apontou o próprio STF (*sic*, sem destaque no original):⁵

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ELABORAÇÃO DE LISTA TRÍPLICE PARA PREENCHIMENTO DE VAGA DESTINADA AOS ADVOGADOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA [ART. 104, II C/C ART. 94 DA CB/88]. DEVER-PODER DO TRIBUNAL SUPERIOR. REJEIÇÃO DE LISTA SÉXTUPLA ENCAMINHADA PELO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. POSSIBILIDADE. **HIPÓTESE DIVERSA DA QUE ALUDE O INCISO X DO ARTIGO 93 DA CONSTITUIÇÃO**. RECURSO IMPROVIDO.

1. A Constituição determina que um terço dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça seja nomeado dentre “advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94”.

2. A elaboração da lista tríplice pelo STJ comprehende a ponderação de dois requisitos a serem preenchidos pelos advogados incluíveis na terça parte de que se cuida [notório saber jurídico e reputação ilibada] e a verificação de um fato [mais de dez anos de efetiva atividade profissional]. Concomitantemente, a escolha de três nomes tirados da lista sêxtupla indicada pela Ordem dos Advogados Brasileiros.

3. O Superior Tribunal de Justiça está vinculado pelo dever-poder de escolher três advogados cujos nomes comporão a lista tríplice a ser enviada ao Poder Executivo. Não se trata de simples poder, mas de função, isto é, dever-poder. Detém o poder de proceder a essa escolha apenas na medida em que o exerce a fim de cumprir o dever de a [ela] proceder. Pode, então, fazer o quanto deva fazer. Nada mais.

4. **Essa escolha não consubstancia mera decisão administrativa, daquelas a que respeita o artigo 93, X, da Constituição**, devendo ser apurada de modo a prestigiar-se o juízo dos membros do tribunal quanto aos requisitos acima indicados, no cumprimento do dever-poder que os vincula, atendida inclusive a regra da maioria absoluta.

5. Nenhum dos indicados obteve a maioria absoluta de votos, consubstanciando-se a recusa, pelo Superior Tribunal de Justiça, da lista encaminhada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Recurso ordinário improvido.

O julgado transcrito distingue expressamente a deliberação do Senado – em que se exige a aprovação da lista tríplice para provimento de cargo de ministro do STJ mediante votação com quórum qualificado – das decisões administrativas dos tribunais, conforme preceitua o art. 93, X, da Constituição da República (*sic*):

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

[...]

X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

[...]

⁵ STF. 2.ª Turma. Recurso ordinário em mandado de segurança 27.920/DF. Relator: Ministro Eros Grau. 6 out. 2009, maioria. **Diário da Justiça eletrônico** 3 dez. 2009.



A matéria tampouco encontra disciplina no art. 47 da Constituição da República, que estatui: “Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.” Essa norma diz respeito ao processo decisório do Congresso Nacional, e para ele, especificamente para ele, impõe quórum específico de deliberação, atento o constituinte às peculiaridades da discussão e deliberação parlamentar. Justamente por seu âmbito material de validade específico, não tem aplicação analógica nem subsidiária ao processo de formação das listas tríplices para vagas do quinto constitucional em tribunais, pois tribunais não são casas parlamentares.

O fato de o nome de cidadão indicado para cargo no Poder Judiciário – seja para o Supremo Tribunal Federal, seja para este próprio Conselho, seja para os tribunais superiores – carecer de aprovação pelo quórum do art. 47 da Constituição não implica, em absoluto, que quórum idêntico seja necessário para a formação de lista tríplice nos tribunais de segundo grau.

Conforme menciona, com acerto, o requerente (evento 1, Doc 7), o Plenário do Supremo Tribunal Federal já se pronunciou a respeito do tema, no mandado de segurança 25.624/SP (*sic*):⁶

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 sétupla pelo Tribunal de Justiça que, desprezando a lista sétupla 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 sétupla 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 sétuplas – 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.

⁶

STF. Plenário. MS 25.624/SP. Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. 6 set. 2006. DJe 19 dez. 2006.



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 sétupla, 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 sétupla encaminhada pela respectiva entidade de classe por outra lista sétupla 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 sétupla 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.

O entendimento da Suprema Corte reforça a objetividade da verificação dos requisitos constitucionais – mais de dez anos na carreira para membros do Ministério Público, notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional para advogados –, reservada a subjetividade de escolha da nominata para formação da lista sétupla ao órgão (MP) ou à corporação (OAB). Admitir a possibilidade de o tribunal devolver lista sétupla cujos membros atendam aos requisitos constitucionais implicaria esvaziar a competência do órgão (MP) ou ente (OAB) aos quais a Constituição outorgou a faculdade de compor a lista na primeira fase necessária ao provimento do cargo. Em última análise, facultar-se-ia ao tribunal, com tal mecanismo, recusar tantas listas quanto lhe conviesse, sempre sob o argumento, sem necessidade de qualquer outra motivação, de não obtenção da quantidade regimental de votos para compor a lista tríplice. Em termos práticos, os tribunais teriam o poder de somente aceitar os candidatos que desejasse, nulificando a vontade do órgão ou corporação ao formar, ele, a lista sétupla.

Não é esse o modelo que a Constituição prevê para a consumação do ato, mas aquele preconizado no julgamento do STF antes citado: o MP ou a OAB forma a lista sétupla com candidatos que preencham os requisitos constitucionais e a envia ao tribunal; se este não recusar a lista, total ou parcialmente, e de modo fundamentado, por descumprimento daqueles requisitos, deverá da nominata extrair os nomes que comporão a lista tríplice e enviá-la ao chefe do Poder Executivo. Se um ou mais candidatos de lista sétupla constitucionalmente válida não atingir o quórum regimental para geração da tríplice, deverá a corte repetir as votações, tantas vezes quantas sejam necessárias, até que três nomes logrem os votos bastan-



tes. Não lhe é dado desprezar a formação autônoma – desde que juridicamente lícita – de vontade do órgão ou corporação que abrirá mão de um de seus profissionais em prol do tribunal e do Poder Judiciário.

Embora a maioria dos membros do Órgão Especial do TJSP tenha afastado a exigência de a lista sêxtupla compor-se apenas por procuradores de justiça (o que impossibilitaria a escolha de promotores de entrância final para concorrer ao provimento do cargo), cabem algumas considerações referentes à seguinte manifestação da Presidência da Corte sobre o tema (evento 9, Inf9, fl. 6):

De resto, é bom lembrar que o ingresso de promotores de justiça diretamente no Tribunal traduz profunda desigualdade, desestímulo e injustiça, quando considerada a condição dos juízes que, já sendo de carreira, aguardam anos a fio para alcançar esse ponto.

Não possui substrato jurídico, a meu ver, o argumento de que seria “injusto” a lista sêxtupla do MP conter, no todo ou em parte, promotores de justiça e não somente procuradores de justiça. Primeiro, porque não há norma jurídica alguma no ordenamento brasileiro que ampare tal restrição, qualquer que seja o método de interpretação. Segundo, porque implicaria verdadeira *capitis diminutio* para os ocupantes do cargo de promotor de justiça, uma vez que exigência análoga simplesmente inexiste para os membros de tribunais de segundo grau oriundos da magistratura judicial e da advocacia.

Com efeito, os juízes promovidos para os tribunais de justiça, tribunais regionais federais e tribunais regionais do trabalho são todos, sem exceção, magistrados de primeiro grau (art. 93, III).⁷ Exceção havia apenas quando existiam tribunais de alçada, extintos pela Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004. No que se refere aos advogados, nem sequer há distinção entre os que atuam apenas ou sobretudo no primeiro grau e os que têm mais experiência advocatícia em instâncias judiciárias superiores. Injusto é permitir que eles todos (juízes de primeiro grau e advogados) sejam aptos a integrar os tribunais, mas não o possam os membros do MP oficiantes no primeiro grau. Tal discriminação significaria admitir que advogados e juízes de primeiro grau são detentores de algum predicado profissional ou intelectual não encontrado nos membros do MP oficiantes em grau idêntico. Não há como enxergar fator de discrimen hábil a justificar a restrição defendida pelo tribunal. Promotores de justiça podem ser nomeados para compor o Supremo Tribunal Federal (como, aliás, aconteceu, por exemplo, em 1989, com o Min. Celso de Mello),⁸ mas não poderiam sê-lo para os tribunais de revisão, no segundo grau. Isso já mostra o equívoco do raciocínio. O Min. Joaquim Barbosa, atual Presidente do STF e deste Conselho, quando foi nomeado para o STF, era Procurador Regional da República, de maneira que oficiava em segundo grau; não era Subprocurador-Geral da República, que atuasse perante os tribunais superiores.

Paralelamente, no Superior Tribunal de Justiça, candidatos ao cargo de ministro oriundos do Ministério Público estadual provêm de instância inferior, como ocorre com os procuradores de justiça (atuantes em segundo grau) nomeados

⁷ “O acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância”, na redação da Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004.

⁸ Cf. currículo resumido do Min. Celso de Mello em <<http://migre.me/d3Bij>> ou <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=28>>; acesso em: 31 jan. 2013.



para o cargo de ministro (terceiro grau). Se se fosse adotar de forma coerente a restrição defendida pelo TJSP, apenas subprocuradores-gerais da República poderiam ser nomeados para o STJ, pois são os únicos membros do MP oficiantes no mesmo grau (terceiro) que o STJ. Esse raciocínio, por sinal, também afasta a razoabilidade de exigir que, no Ministério Público Federal, apenas subprocuradores-gerais da República possam concorrer às vagas do MP no STJ, uma vez que condição idêntica é inaplicável aos MPs dos Estados.

Não se pode esquecer, por outro lado, a orientação firmada por este Conselho na sua recomendação 13, de 6 de novembro de 2007, dirigida aos tribunais:

A Presidente do Conselho Nacional de Justiça, no uso de suas atribuições, e

Considerando que o *caput* do artigo 94 da Constituição Federal estabelece que um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho (ADI n.º 3.490, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19/12/2005, DJU 7/4/2006), 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;

Considerando que, de acordo com o parágrafo único do referido artigo 94 da Constituição Federal, os Tribunais, após receberem as indicações dos órgãos de representação das classes do Ministério Público e da advocacia, têm competência para formar lista tríplice a ser enviada ao Poder Executivo para a escolha do membro do tribunal a ser nomeado na vaga destinada ao quinto constitucional;

Considerando que o inciso X do art. 93 da Constituição Federal, com a redação da Emenda n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, consagrou os princípios da publicidade e da transparência nas decisões administrativas dos Tribunais, determinando que estas serão fundamentadas e proferidas em sessão pública;

Considerando o que ficou decidido na Sessão Plenária do dia 15/8/2007, exarada nos autos do Pedido de Providências n.º 2007.10.00.000497-3;

RESOLVE:

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, nominais e fundamentados.

Publique-se e encaminhe-se cópia desta Recomendação aos Tribunais, ao Ministério Público e à Ordem dos Advogados do Brasil.

Ministra Ellen Gracie
Presidente

Em nova manifestação (evento 64, Inf28), o TJSP comunica fato superveniente, consistente na escolha do Procurador de Justiça CARLOS ALBERTO DE SALLES para integrar lista tríplice constituída em razão de nova vaga destinada ao quinto constitucional do Ministério Público (sessão do Órgão Especial de 6 de março de 2013 – Inf28, fl. 15 do arquivo). Por causa disso, Sua Excelência foi nomeado por decreto do Governador do Estado de 15 de março de 2013 para o cargo de desembargador (publicação oficial no Inf28, fl. 16 do arquivo), com posse prevista



para 15 de abril de 2013 (Inf28, fl. 17). O Procurador de Justiça foi o mais votado da lista sêxtupla objeto deste processado, em sessão do Órgão Especial de 2 de maio de 2012 (evento 1, Doc4, fl. 11 do arquivo).

Por consequência, o tribunal requerido suscitou a perda do objeto deste processo, uma vez que, com a nomeação do mais votado na lista sêxtupla atacada neste procedimento, a lista ficaria desfalcada, e o tribunal não poderia ser compelido a escolher três dentre cinco nomes. Na verdade, creio que o fenômeno apontado pela corte não é propriamente uma perda de objeto, expressão que de regra se associa aos casos nos quais a providência requerida no processo deixa de ser necessária ou útil. Não é o caso, pois a apreciação da lista sêxtupla permanece útil e necessária. A situação seria, antes de prejudicialidade do pedido, pois o fato superveniente (a nomeação de integrante da lista sêxtupla) impediria a medida postulada (a determinação ao tribunal para que compusesse a lista tríplice).

Não obstante, creio que remanesce como objeto deste processo o controle do ato administrativo normativo que é o art. 55, *caput*, do RI/TJSP, o qual permite à corte rejeitar listas sêxtuplas que não atinjam determinado quórum, por motivação íntima dos membros do Órgão Especial. Portanto, reconheço o prejuízo parcial do pedido, apenas no que respeita ao requerimento de determinação ao tribunal para reapreciar a lista sêxtupla destinada ao provimento da vaga aberta com a aposentadoria do Desembargador ROMEU RICUPERO.

Subsiste o interesse no controle de validade da norma regimental, com base na competência do Plenário do CNJ contemplada no art. 4.º, II, de seu Regimento Interno:

Art. 4.º Ao Plenário do CNJ compete o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, o seguinte:

[...]

II – zelar pela observância do art. 37 da Constituição Federal e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituir-lhos, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais de Contas dos Estados;

[...]

Em face do exposto, reconheço o prejuízo parcial do pedido, na forma acima exposta, e o julgo procedente em parte, para declarar a invalidade do art. 55, *caput*, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e para determinar ao tribunal que se abstenha de exigir, na votação de listas tríplices destinadas ao provimento de vagas reservadas ao quinto constitucional, quórum mínimo dos integrantes da lista sêxtupla, como fundamento para rejeição destas listas.

Determina-se a publicação integral deste voto e sua comunicação a todos os tribunais do país, com exceção do Supremo Tribunal Federal.

É como voto.



Poder Judiciário

Conselho Nacional de Justiça

Gabinete do Conselheiro Wellington Cabral Saraiva

Intimem-se. Em seguida, arquivem-se, independentemente de nova conclusão.

Brasília, 2 de abril de 2013.

Assinado com certificado digital emitido para
WELLINGTON CABRAL SARAIVA (1427).
Emitido por AC Certisign-Jus G2.
Válido de 4/9/2011 até 3/9/2014.

WELLINGTON CABRAL SARAIVA
Conselheiro