

N.º 8.636 / PRC

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 27920-0/280

PROCEDÊNCIA : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MINISTRO EROS GRAU

**RECORRENTE : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL**

RECORRIDO : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I

Cuida-se de recurso ordinário (fls.204/226) interposto, tempestivamente, com fulcro no art. 102, II, “a” da CF/88, por meio do qual o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil insurge-se contra acórdão que, emanado, em sede de mandado de segurança, da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (fls.151/198), julgou prejudicado, por maioria, o primeiro pedido formulado na exordial do *writ* impetrado pelo ora recorrente, denegando, em seguida, quanto ao segundo pedido, também de forma não unânime, a ordem perseguida.

2. Restou assim ementado o referido aresto:

“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.” (fls.197/198) Grifos não originais.

3. Nas presentes razões recursais, reitera o recorrente os argumentos já anteriormente expendidos, no sentido de que o ato administrativo originalmente combatido, qual seja o ofício n.º 143/GP, datado de 12/02/2008 e subscrito pelo então Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Rafael de Barros Monteiro Filho, ao devolver ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a lista por ele elaborada para o preenchimento da vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Antônio Pádua Ribeiro, perpetrou ilegalidade e frontal descumprimento de deveres constitucionalmente conferidos ao STJ, violando, por conseguinte, direito líquido e certo pertencente à classe dos advogados.

4. Sustenta, buscando defender tal posicionamento, que a aludida devolução da lista elaborada pela Ordem dos Advogados do Brasil gerou afronta à regra segundo a qual a indicação de nomes para a composição da Corte Superior de Justiça deve, quanto ao terço constitucional, advir, **alternativamente**, do Ministério Público e da OAB.

5. Assevera, quanto ao tema, que, com a abertura e o preenchimento, pelo Ministério Público, da vaga posteriormente aberta com a aposentadoria do Ministro Peçanha Martins, “A composição constitucionalmente prescrita do STJ, por conta de ato seu, está fraturada, desrespeitada, pois o *parquet* passa a deter, naquela egrégia Corte, mais integrantes do que a OAB.” (fl.225)

6. Ressalta, ainda, o relevo e a importância dos preceitos traduzidos pelas expressões “quinto constitucional” e “terço constitucional”, asseverando, em resumo, que o Superior Tribunal de Justiça não poderia ter restituído a lista sêxtupla

ao simples fundamento de que nenhum dos candidatos alcançou os votos necessários para compor a lista tríplice.

7. Requer, ao final, o provimento do presente recurso, concedendo-se a ordem para que o Superior Tribunal de Justiça elabore a lista tríplice a partir da nominata enviada pelo Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ofício COP/134/2007 - fl.28), ou, alternativamente, para que declare que a lista tríplice já foi formada pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir dos 3 (três) escrutínios realizados, desconsiderando-se o *quorum* previsto pelo Regimento Interno daquela Corte.

8. Sem contra-razões, nos termos da certidão constante de fl.235, foi o recurso ordinário, após complementação do preparo, admitido na origem em *decisum* de fl.244, subindo os autos devidamente processados.

II

9. O presente recurso merece prosperar.

10. Com efeito, os arts. 104, II e 94 da Carta Magna estabelecem as prescrições básicas para a escolha de novos Ministros do Superior Tribunal de Justiça quanto ao que se convencionou chamar de “terço constitucional”.

11. Quanto às vagas daí decorrentes e destinadas aos juristas advogados, o respectivo órgão de representação de classe, ou seja, a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n.º 8.906/94), deve encaminhar lista sêxtupla ao Superior Tribunal de Justiça, que a reduzirá a três nomes, que, por seu turno, serão enviados ao Presidente da República, a quem cabe escolher apenas um deles.

12. Antes, porém, da nomeação do jurista indicado pelo Chefe do Executivo Federal, o ainda aspirante a Ministro deverá ser aprovado, após sabatina, pelo Senado da República.

13. Já o Regimento interno do STJ prevê, em seus artigos 26 e 27, os procedimentos e as regras que devem nortear o pleito para a aludida redução dos candidatos constantes da lista sêxtupla.

14. Estabelece-se, em resumo, que constará de lista tríplice o candidato que obtiver, em primeiro ou subsequente escrutínio, a maioria absoluta dos votos dos membros do Tribunal, realizando-se tantas votações quantas forem necessárias para a materialização da missão constitucional ainda não cumprida.

15. Em apertado resumo, estas as previsões constitucionais e regimentais que devem pautar o processo de escolha de novos ministros advindos de vagas oriundas da classe dos advogados.

16. *In casu*, solicitado pelo presidente do STJ o encaminhamento da lista sêxtupla para fins de preenchimento da vaga deixada pelo Ministro Antônio Pádua Ribeiro (ofício n.º 565/GP - fl.27), foi tal nominata elaborada pela OAB e encaminhada ao STJ (ofício COP/134/2007 - fl.28).

17. Realizada, posteriormente, a sessão destinada à redução de tal lista, conforme constitucionalmente previsto, não obteve êxito a Corte Especial do STJ, circunstância que, após decorridas 3 (três) tentativas de escolha, gerou novo ofício, de número 149, também destinado ao Conselho Federal da OAB, de seguinte teor:

“Reporto-me ao Ofício COP/134/2007, dessa procedência, que encaminhou a este Tribunal a lista sêxtupla dos candidatos à vaga

de Ministro desta Corte, para informar a Vossa Excelência que nenhum dos indicados alcançou, nos três escrutínios realizados nesta data, os votos necessários para compor a lista tríplice, conforme exigência inserta no § 5º, do art. 26, do Regimento Interno do STJ.” - (fl. 29)

18. O inédito fato na história do tribunal, criado em 1989, acabou por colocar em xeque os critérios de escolha dos novos ministros, dando ensejo à impetração e ao recurso que ora se aprecia.

19. Sendo este o incontroverso contexto fático que circunda o tema, salutar que se reconheça, de pronto, que qualquer argumento quanto às qualidades morais e jurídicas dos candidatos constantes da lista enviada ao Superior Tribunal de Justiça mostra-se no momento claramente despiciendo, pois, na ocasião do pleito, uma vez transformada a sessão em conselho para a apreciação dos aspectos gerais referentes aos 6 (seis) candidatos, seus currículos, vida pregressa e se satisfaziam os requisitos constitucionais, nenhum deles teve sua candidatura impugnada.

20. Em outras palavras, a própria Corte Superior de Justiça, em fase anterior ao infrutífero escrutínio (art. 27, *caput*, do RISTJ), concluiu, sem quaisquer ressalvas, que os nomes indicados pelo Conselho ora recorrente para ocupar a vaga de Ministro do aludido Tribunal encontravam-se, objetiva e subjetivamente, aptos ao exercício de um dos mais relevantes cargos da magistratura nacional.

21. Enfatize-se, aliás, que tal fato consta, explicitamente, de inúmeros votos, tanto de Ministros adotantes do posicionamento prevalecente perante a Corte recorrida, como também de adeptos do posicionamento que restou, naquela oportunidade, minoritário.

22. Na verdade, mesmo que tal situação não fosse explicitamente reconhecida pelo próprio julgado em questão, já se tratava de conclusão clara, pois, por decorrência lógica, a votação pela Corte Especial do STJ somente pode ser deflagrada, tornando-se pública a sessão e designando-se Comissão Escrutinadora (art. 27, §1º do RISTJ), quando ultrapassada a fase preliminar de apreciação dos pressupostos constitucionais a serem superados pelos juristas advogados integrantes da lista.

23. Este quadro aumenta a perplexão diante da celeuma que posteriormente se estabeleceu, sobretudo porque o ato de devolução da nominata não indica, como deveria, o real motivo que impediu a elaboração da lista tríplice.

24. Na verdade, porém, não se mostra custoso concluir que, a toda evidência, a lista encaminhada pela OAB restou, ao menos implicitamente, e sem eufemismo, recusada, sendo justamente este o posicionamento do voto proferido pelo eminente Ministro João Otávio de Noronha, do qual se extrai justamente a indagação que, malgrado inicialmente emergente do presente caso, é seguida, de forma patente e incontestável, da seguinte conclusão:

*“A primeira questão a ser desvendada, a ser descortinada, é saber se houve ou não rejeição da lista. Nesse ponto, **a minha perplexidade é enorme, porque parece que os únicos que não sabem que a lista fora rejeitada são alguns membros que integram esta Corte.** É verdade, porque, se a lista não fosse efetivamente rejeitada, para que comunicar à Ordem dos Advogados do Brasil que, em votação secreta, os candidatos indicados ou apontados na lista sêxtupla não alcançaram a maioria regimental?
Se essa lista não fora rejeitada, o que acontecera com ela, já que o Tribunal, em mais de três meses, absteve-se de dedicar melhor juízo sobre a matéria? Estamos, então, faltosos com a nossa obrigação constitucional de reduzir a lista sêxtupla em lista tríplice? Data venia, **a sociedade tem a lista como rejeitada; o Ministério Público tem a lista como rejeitada; a advocacia brasileira tem a lista como rejeitada. E nós não a teríamos?**”*

Peço vênia aos meus pares que em sentido contrário entendem para ter a lista como efetivamente rejeitada, se não de modo expresso, como bem aqui afirmado pelo ilustre representante do Ministério Público, como implicitamente rejeitada.” (fls.168/169)

25. De se considerar, por outro lado, que não se apresenta absolutamente impositiva a escolha em questão a partir dos nomes submetidos à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, restando viável sua rejeição, nos termos em que já decidiu esse Excelso Pretório quando da apreciação do Mandado de Segurança n.º 25.624/SP, desde que, como inerente aos atos administrativos em geral, justificada a recusa, o que, *in casu*, representa o ônus de apontar, de identificar, de forma clara, a falta de um dos requisitos constitucionalmente exigidos, quais sejam idade mínima de 35 (trinta e cinco anos), tempo de exercício de profissão mínimo de 10 (dez) anos, notório saber jurídico e conduta ilibada, o que, como já mencionado, não se compatibiliza com a conclusão tomada pela própria Corte Superior de Justiça, já que, como dito, nenhum destes óbices foi sequer ventilado.

26. Quanto ao aludido precedente, oriundo desse Excelso Pretório, relevante se mostra o traslado de sua síntese:

“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.

(Mandado de Segurança n.º 25624/SP - Relator: Ministro Sepúlveda Pertence - Julgamento: 06/09/2006 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ de 19-12-2006 PP-00036.) Grifos não originais.

27. Assim, o Tribunal Superior de Justiça, ao receber a lista sêxtupla enviada pelo órgão de classe, passa a ter duas opções, quais sejam: reduzi-la à tríade constitucionalmente indicada ou rejeitá-la, justificando, formalmente, sob pena de inaceitável arbitrariedade, tal conduta, não havendo espaço, destarte, ao revés do que ocorreu, para mera devolução ao argumento de que nenhum candidato logrou obter o número de votos mínimo, circunstância que, eufemisticamente, representa, sem sombra de dúvidas, que a mesma foi, sem que para tanto houvesse legítima motivação, repelida.

28. No que se refere, por sinal, à necessidade de fundamentação de tal recusa, salutar a manifestação desta Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do eminente Subprocurador-Geral da República Aurélio Virgílio Veiga Rios, do qual se extraem, por irretocáveis, os seguintes trechos:

*“42. (...) não há razão para os tribunais omitirem as razões da recusa deste ou daqueles integrantes da lista sêxtupla. **Não há, no estado democrático de direito, lugar para vetos silenciosos ou rejeição implícita de candidatos a cargos públicos, incluindo aí as vagas previstas para o quinto constitucional destinadas ao ministério Público e à classe dos advogados.**”*

43. Consoante adverte NORBERTO BOBBIO, em lição magistral sobre o tema (“O Futuro da Democracia”, 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério, conforme magistral voto do Ministro Celso de Mello no Mandado de injunção nº 284-DF: “O novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa

ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais.”

(...)

45. Por fim, *ainda que haja algum constrangimento pela revelação de um ou outro veto ou rejeição pelo STJ, ainda assim é melhor a verdade do que a dúvida* e a desconfiança em relação a todos os que integraram a lista devolvida ao Conselho Federal da OAB.” (fls.105/106) Grifos não originais.

29. De outra forma, acaso fossem aceitas as razões presentes no *decisum* combatido, ficaria fragilizada a regra do terço constitucional, que, a despeito dos posicionamentos divergentes que enseja, discussão, inoportuna, bom que se diga, no momento, consta do ordenamento constitucional vigente, devendo, portanto, **ser observada em toda a sua plenitude.**

30. Claro que, nos termos do voto proferido pelo relator do processo perante o Órgão de origem, a exigência, prevista no RISTJ, de *quorum* mínimo para a eleição da lista tríplice parece trazer, em um primeiro momento, regra razoável reveladora “do respeito a ser devotado à vontade da maioria”.

31. A razoabilidade inicial de tal regra, de cunho, ressalte-se, meramente regimental, não pode ser invocada, todavia, como justificativa para que o Tribunal se omita ou se exima do poder/dever que lhe fora constitucionalmente atribuído, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça integrar a lacuna deixada por seu Regimento em hipóteses como a que se consolidou, na qual a quantidade de votos em branco inviabilizou o alcance do referido *quorum* qualificado.

32. Sábias, quanto ao tema, as ponderações do Ministro Teori Albino Savascki:

“(...) Não se pode ter como legítimo, nem longinquamente, o requisito – exigido pelo ato impugnado – de que, para ser Ministro do STJ, é necessário, além do que exige a Constituição,

ser também aprovado pela maioria absoluta dos membros do Tribunal em três escrutínios (secretos!) de votação. A criação desse requisito, por via regimental, escancararia as portas para a exacerbação de valores e sentimentos corporativos que comprometeriam severamente os princípios democrático e republicano. A vontade da Constituição e a supremacia de suas normas estariam, nessa hipótese, submetidas a regimentos internos de tribunais, ou seja, à vontade e à discricção política de seus juízes.

4. Essas razões evidenciam suficientemente a relevância do direito invocado na impetração, dispensando qualquer outra. Todavia, ainda que se pudesse, contra a Constituição, invocar o Regimento Interno, caberia dizer que nem sequer tal Regimento foi cumprido. É insustentável a tese de que, não atingida a maioria absoluta em três escrutínios secretos de votação, a lista sêxtupla, por força regimental, deve ser devolvida (ou seja, rejeitada). A possibilidade de que nenhum candidato alcance essa maioria pode ocorrer até mesmo quando todos eles ostentam as melhores qualidades e a mais alta qualificação possível. SERIA RISÍVEL QUE O TRIBUNAL, EM TAL CIRCUNSTÂNCIA, INVOCANDO O SEU REGIMENTO, DEVOLVESSE A LISTA. O Regimento não prevê hipótese alguma de devolução de lista, muito menos por falta de maioria absoluta na votação. Na verdade, quando tal ocorre (não obtenção de maioria absoluta), a solução tem de ser buscada no próprio Regimento, ainda que por analogia. ***Simplesmente devolver a lista representa a demonstração de ineficiência e de fracasso do tribunal no cumprimento de seu dever. Além de não autorizar a devolução da lista por tal motivo ou de suspender a votação, o que o Regimento prevê é a realização de outros escrutínios, tantos quantos necessários (art. 27, parágrafos 3º, 5º e 6º). Essa a regra a ser seguida, ainda que por analogia. (...)***

33. Em outras palavras, ou há a recusa formal ou a missão constitucional da Corte de Justiça de promover a redução da lista sêxtupla torna-se imperativa, independente de dispositivos regimentais que porventura possam embaraçar o cumprimento da ordem constitucional.

34. Bom que se saliente, ao final, que o impasse criado pelo episódio que acabou por motivar a impetração, bem como o recurso *sub examine*, além de

enfraquecer o adequado equilíbrio e a necessária autonomia que devem dirigir as relações entre instituições e órgãos de inegável importância social, compromete, ainda mais, o difícil mister enfrentado pelos Tribunais pátrios, que se veem obrigados a enfrentar cada vez maior plethora de processos, bastando, a título exemplificativo, apenas mencionar que nova cadeira aberta com a aposentadoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, também a ser preenchida, a partir da regra do terço constitucional, pela classe dos advogados, ainda não restou ocupada em decorrência da pendência objeto da demanda ora apreciada.

III

35. Em face do exposto, **o parecer é pelo parcial provimento do presente recurso, no sentido de que, em nova sessão, o Órgão Especial do Superior Tribunal de Justiça forme a lista tríplice a partir dos nomes indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ou que a rejeite, apresentando, de forma fundamentada, os argumentos constitucionais referentes à recusa.**

Brasília, 31 de março de 2009.

PAULO DA ROCHA CAMPOS
SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA