

Pedido de Providências n. 0000676-12.2017.8.24.0000, da Capital
Relator: Desembargador Mariano do Nascimento

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. PROCESSO DE FORMAÇÃO DA LISTA TRÍPLICE PARA PREENCHIMENTO DA 83ª (OCTOGÉSIMA TERCEIRA) VAGA DE DESEMBARGADOR DESTA CORTE PELA REGRA DO QUINTO CONSTITUCIONAL. ATO ADMINISTRATIVO COMPLEXO. VÍCIO NA FORMAÇÃO DA LISTA SÊXTUPLA ENCAMINHADA PELA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECCIONAL DE SANTA CATARINA (OAB/SC) – QUE TERIA INDUZIDO O TRIBUNAL PLENO EM ERRO NA CONFEÇÃO DA LISTA TRÍPLICE. POSTERIOR NOMEAÇÃO PELO GOVERNADOR. CANDIDATO NOMEADO QUE NÃO PREENCHERIA O REQUISITO OBJETIVO DE DEZ ANOS DE EFETIVA ATIVIDADE PROFISSIONAL PREVISTO NO ARTIGO 94 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PERÍODO DE INCOMPATIBILIDADE PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA QUE TERIA SIDO OMITIDO PELO ADVOGADO QUANDO DA SUA INSCRIÇÃO À VAGA DO QUINTO CONSTITUCIONAL, O QUE ACARRETARIA O NÃO PREENCHIMENTO DO LAPSO DECENAL DE EFETIVA PRÁTICA NA ÁREA. MATÉRIA JUDICIALIZADA APÓS A INSTAURAÇÃO DO EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO REPRESENTA ÓBICE À ANÁLISE DO PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS.

No caso dos autos, quando do ajuizamento do processo judicial com embasamento no mesmo fato (omissão do candidato quanto ao exercício do cargo de Técnico Judiciário Auxiliar no Poder Judiciário de Santa Catarina), o processo administrativo já estava instaurado, o que afasta a suposta prejudicialidade do exame do expediente em função de judicialização prévia da matéria.

Não bastasse, a noção de autotutela exterioriza princípio da atuação da Administração Pública, abrangendo a perspectiva de o Poder Público anular ou revogar seus atos administrativos, sem necessária intervenção do Poder Judiciário. Isso significa dizer que se impõe à Administração Pública o dever, e não a mera prerrogativa, de zelar pela

regularidade de sua atuação (dever de vigilância), anulando seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, nos termos das Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial, por força do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal).

DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS ESTAMPADOS NO ARTIGO 94 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADVOGADO CANDIDATO À VAGA DE DESEMBARGADOR PELO QUINTO CONSTITUCIONAL QUE OMITIU, DELIBERADAMENTE, A POSSE NO CARGO DE TÉCNICO JUDICIÁRIO AUXILIAR DURANTE O PERÍODO EM QUE PRETENDIA COMPROVAR DE EFETIVA PRÁTICA DA ADVOCACIA. ATIVIDADE INCOMPATÍVEL COM CARGO VINCULADO AO PODER JUDICIÁRIO. PROIBIÇÃO TOTAL DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA, POR FORÇA DO QUE DISPÕEM OS ARTIGOS 27 E 28, INCISO IV DA LEI N. 8.906/1994 (ESTATUTO DA ADVOCACIA).

Ainda que tenha deixado de comunicar formalmente à Ordem de Advogados do Brasil sobre o exercício, em caráter temporário, de atividade incompatível com o exercício da advocacia, estava o profissional, para todos os fins, licenciado (art. 12, inc. II da Lei n. 8.906/1994) – causa, inclusive, de nulidade de todos os atos praticados nessa condição (art. 4º, p. ún. da Lei n. 8.906/1994) –, de modo que não se pode ter por legítimo aquilo que não o é.

CANDIDATO QUE, ALÉM DE TER OMITIDO O EXERCÍCIO DE CARGO PÚBLICO DURANTE O PERÍODO EM QUE ALEGAVA TER ADVOGADO, AINDA DECLAROU, SOB AS PENAS DA LEI, PARA FINS DE POSSE NO CARGO PÚBLICO, QUE NÃO EXERCIA ATIVIDADE DE ADVOCACIA. DECLARAÇÃO FALSA EM DOCUMENTO, COM O FIM DE ALTERAR A VERDADE SOBRE FATO JURIDICAMENTE RELEVANTE, QUE NÃO CONDIZ COM A REPUTAÇÃO ILIBADA QUE SE ESPERA DE UM CANDIDATO AO CARGO DE DESEMBARGADOR. ULTRAJE AO REQUISITO SUBJETIVO DE CONDUTA ILIBADA PREVISTO NO ARTIGO 94 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

CONTAGEM DO TEMPO. LAPSO TEMPORAL DE DEZ

ANOS QUE ESBARRA NO IMPEDIMENTO AO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA OMITIDO PELO CANDIDATO. ADVOGADO QUE, DA DATA EM QUE PRESTOU COMPROMISSO AO CONSELHO DA OAB – E, PORTANTO, ESTEVE APTO A COMEÇAR A ADVOGAR – ATÉ A DATA DA INSCRIÇÃO AO CARGO DE DESEMBARGADOR, CONTAVA COM MENOS DE DEZ ANOS DE EFETIVA ATIVIDADE PROFISSIONAL (ART. 94 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). DESCUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE DE O ADVOGADO FIGURAR EM LISTA. DESFAZIMENTO DO ATO COMPLEXO QUE SE IMPÕE. ENTIDADE DE CLASSE QUE, ADMINISTRATIVAMENTE, JÁ HAVIA REVISTO SEU ATO E SOLICITADO A DEVOLUÇÃO DA LISTA SÊXTUPLA. PROVIDÊNCIA QUE, APÓS A ANÁLISE DOS FATOS, SE MOSTRA ACERTADA, A FIM DE QUE SEJA REFEITA A LISTA. NECESSIDADE, DE FORMA SIMULTÂNEA, DE ENCAMINHAMENTO DE OFÍCIO AO GOVERNADOR, RESPONSÁVEL POR APERFEIÇOAR O ATO COMPLEXO DE NOMEAÇÃO DO CANDIDATO, PARA CIÊNCIA E PROVIDÊNCIAS QUE ENTENDER PERTINENTES.

Como se sabe, o ato de nomeação ao cargo de desembargador pelo quinto constitucional é uno, já que a elaboração da lista tríplice pelo Tribunal Pleno leva em consideração a lista sêxtupla formulada pela OAB, ao passo que a nomeação pelo Governador do Estado leva em consideração a lista tríplice encaminhada pelo Tribunal de Justiça. Assim, havendo vício em uma das fases, comprometidas estão todas as fases subsequentes, devendo retornar à entidade da qual o ato viciado emanou, para que seja refeito.

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS ACOLHIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Pedido de Providências n. 0000676-12.2017.8.24.0000, da comarca da Capital Tribunal de Justiça em que são Requerentes Desembargador Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço, Associação dos Magistrados Catarinenses – AMC – e Ordem dos

Advogados do Brasil – Seção do Estado de Santa Catarina – e Interessado Alex Heleno Santore.

O Tribunal Pleno decidiu, por maioria, afastar a preliminar de suspensão do processo em razão da judicialização da matéria, vencidos os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Pedro Manoel Abreu, João Henrique Blasi, Ricardo Roesler, Getúlio Corrêa, Sebastião César Evangelista, Ernani Guetten de Almeida, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto e Luiz Zanelato, que votaram no sentido de acolher a prefacial; e, no mérito, por unanimidade, declarar que o Advogado Alex Heleno Santore não preenchia os requisitos legais para compor a lista do quinto constitucional, a qual foi desconstituída para oportuna devolução à Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Santa Catarina, cientificando-se, por meio de ofício, o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Santa Catarina.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Desembargador Torres Marques, com voto, e dele tomaram parte os Excelentíssimos Senhores Desembargadores: Stanley Braga, Altamiro de Oliveira, Saul Steil, Newton Varella Júnior, Odson Cardoso Filho, Gilberto Gomes de Oliveira, Leopoldo Augusto Brüggemann, Júlio César Knoll, Vera Lúcia Ferreira Copetti, Janice Ubiali, Cláudia Lambert de Faria, Rubens Schulz, Francisco Oliveira Neto, André Carvalho, Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, Jorge Luis Costa Beber, Guilherme Nunes Born, Luiz Zanelato, Hélio do Valle Pereira, Nelson Maia Peixoto, Gerson Cherem II, Dinart Francisco Machado, Rosane Portella Wolff, Pedro Manoel Abreu, Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Monteiro Rocha, Fernando Carioni, Rui Fortes, Marcus Túlio Sartorato, César Abreu, Salete Silva Sommariva, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Jaime Ramos, Alexandre d'Ivanenko, Moacyr de Moraes Lima Filho, Jorge Schaefer Martins, José Carlos Carstens Köhler, João Henrique Blasi, Rejane Andersen, Joel Figueira Júnior, Jânio Machado, Soraya Nunes Lins, Sônia Maria Schmitz, Henry Petry Júnior, Roberto Lucas Pacheco, Jairo Fernandes Gonçalves, João Batista Góes Ulysséa, Luiz Fernando Boller, Paulo Roberto Sartorato, Túlio Pinheiro, Ronaldo Moritz Martins da Silva, Ricardo Roesler, Robson Luz Varella, Rodrigo Collaço, Denise Volpato, Getúlio Corrêa, Sebastião César Evangelista, Ernani Guetten de Almeida e Carlos Adilson Silva.

Florianópolis, 11 de agosto de 2017.

Desembargador Mariano do Nascimento
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de requerimento formulado pelo Desembargador Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço ao Presidente deste Tribunal de Justiça, no qual requereu a imediata suspensão da posse do interessado Alex Heleno Santore no cargo de desembargador, com a reserva da respectiva vaga, bem como a instauração de processo administrativo para verificar suposto vício na formação da lista tríplice destinada à nomeação de um advogado para ocupar a 83º (octogésima terceira) vaga do cargo de desembargador desta Corte.

Salientou o requerente, em sua missiva, que, em tese, teria havido omissão do candidato quanto ao fato de ter sido nomeado e empossado no cargo de Técnico Judiciário Auxiliar desta Corte, onde teria permanecido no período de 2008 a 2010, a desnaturar o requisito objetivo inerente ao tempo de efetivo exercício da advocacia previsto no artigo 94 da Constituição Federal.

Na sequência, antes mesmo de irem os autos conclusos ao Presidente desta Corte, aportaram ofícios oriundos da Associação dos Magistrados Catarinenses – AMC –, objetivando externar preocupação quanto ao processo de escolha do candidato para ocupar a 83º (octogésima terceira) vaga do cargo de desembargador, e da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Estado de Santa Catarina –, relatando e requerendo nos mesmos termos do primeiro ofício, subscrito pelo Desembargador Rodrigo Collaço.

Os expedientes aportaram no Gabinete da Presidência, ocasião em que o Des. José Antônio Torres Marques, Presidente desta Corte, por entender que *"pende razoável dúvida acerca da regularidade do processo de inscrição do nomeado"*, deferiu *ad cautelam* a suspensão da posse do interessado Alex Heleno Santore no cargo de desembargador, prevista para 2-6-2017, e determinou a reserva da vaga correspondente ao 83º (octogésimo terceiro) cargo de desembargador em seu favor. Determinou, ainda, além da cientificação do interessado, do Governador do Estado e dos requerentes, a distribuição da

relatoria do incidente a um dos desembargadores integrantes do Tribunal Pleno (fls. 24/28).

O processo foi, então, distribuído por sorteio ao Desembargador André Luiz Dacol, que declarou a sua suspeição para atuar no feito, e, considerando *"a gravidade dos fatos narrados nos pedidos suprarreferidos"*, determinou a imediata remessa do expediente para redistribuição (fls. 35/36).

Em redistribuição, o processo me foi remetido, ocasião em que determinei a juntada de atos, portarias e processos administrativos tendentes à melhor elucidação dos fatos (fls. 44/45).

Com a juntada dos documentos pertinentes, determinei a notificação do interessado, para que, querendo, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, apresentasse defesa e indicasse as provas que pretendia produzir (fls. 121/122).

Em resposta, o interessado apresentou manifestação às fls. 201/232, na qual alegou, em síntese: a) falta de competência e preclusão da autoridade administrativa para revisão do ato, uma vez que aperfeiçoado pela nomeação ao cargo pelo Governador do Estado; b) que os descontentamentos quanto a fatos supostamente omitidos quando da inscrição para formação da lista sêxtupla *"deveriam ter sido apresentados em sede de impugnação do pedido de inscrição, na forma e prazos regimentais estabelecidos pelo edital do processo seletivo"*, e, não bastasse, se tratam de *"fatos velhos fundados em documentos públicos"*; c) que foi nomeado para o cargo de Técnico Judiciário Auxiliar deste Tribunal de Justiça em 3-12-2008, tendo tomado posse em 13-2-2009, mas, na prática, não exerceu as atribuições do cargo por nem um dia sequer, já que 19 (dezenove) dias depois de ter sido empossado, isto é, em 4-3-2009, foi cedido para o Conselho Nacional de Justiça, onde permaneceu até 26-3-2009, quando pediu exoneração; d) que, ato contínuo, foi colocado à disposição para exercer o cargo privativo de advogado de Consultor Jurídico da

Secretaria de Estado da Fazenda, onde permaneceu de 13-4-2009 a 6-12-2010, de modo que, para tanto, contou com autorização do Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; e) que, por meio de decisão publicada no Diário de Justiça do Estado de 28-3-2012, foi exonerado do Poder Judiciário de Santa Catarina com efeitos retroativos também a 6-12-2010; f) que *"o afastamento do servidor público em período de estágio probatório não representa período de efetivo exercício"*; g) que o período em que exerceu o cargo de Consultor Jurídico da Secretaria de Estado da Fazenda (13-2-2009 a 5-12-2010) deve ser computado para o preenchimento do requisito temporal de dez anos, mas, ainda que não se admita o cômputo de tal lapso, contava com 10 anos, 2 meses e 21 dias de efetivo exercício da advocacia na data da inscrição. Requereu, forte em tais argumentos, a revogação da decisão que suspendeu a posse no cargo de desembargador, bem como o arquivamento do presente.

Determinei a juntada de novos documentos, sobre os quais foi oportunizada vista e manifestação ao candidato (fl. 308), o qual, mesmo após o deferimento do pedido de prorrogação do prazo (fls. 312/313), deixou de se manifestar a tempo e modo, apresentando manifestação extemporânea às fls. 326/340.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de questão que envolve a hipótese de descumprimento do contido no artigo 94 da Constituição da República, notadamente, segundo se denota dos ofícios que detonaram o presente expediente, quanto ao preenchimento do requisito objetivo de mais de dez anos de efetiva atividade profissional para preenchimento de uma das vagas de desembargador destinada aos advogados pelo quinto constitucional.

Antes de ingressar no mérito do presente expediente, em diligência, constatou-se a existência das seguintes demandas judiciais que dizem respeito à

nomeação do interessado à vaga do quinto constitucional:

I) Ação Popular n. 5008766-43.2017.4.04.7200 (originariamente da 2ª Vara Federal de Florianópolis e atualmente em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital sob o n. **0012955-58.2017.8.24.0023**): ajuizada, **em 9-5-2017**, por Eder Lana em face de Alex Heleno Santore, Ezequiel Pires, Marcelo Ramos Peregrino Ferreira, Milton Baccin, Milton Beck, Osmar Nunes Júnior, Estado de Santa Catarina e Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Santa Catarina.

Fatos: alega o autor a ausência do preenchimento do requisito de 10 (dez) anos ininterruptos de efetivo exercício profissional do candidato Alex Heleno Santore, em função do exercício nesse interstício de cargos incompatíveis com a advocacia, e que não houve comprovação de 5 (cinco) atos anuais na condição de advogado, uma vez que, segundo alega, o candidato teria apostado carimbo sobre petições antigas em processos que nem sequer possuía procuração.

Objeto: pretende o autor: a) em tutela de urgência, a suspensão do processo de indicação de membro da advocacia para a vaga destinada ao cargo de desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e/ou que o Tribunal devolva a lista à OAB para que a refaça; b) ao final, a declaração de nulidade da lista sêxtupla formada pela OAB, determinando-se a realização de nova lista.

Decisão liminar na Justiça Federal: indeferiu a tutela de urgência.

Decisão liminar na Justiça Estadual: acrescentou fundamentos à decisão liminar proferida na ação popular n. 0012943-44.2017.8.24.0023, a fim de manter a suspensão da posse do candidato, por entender o magistrado que o advogado Alex Heleno Santore não teria comprovado a habitualidade de intervenções judiciais como advogado em pelo menos um ano que alegou advogar (2013), em razão de, supostamente, ter apostado carimbos próprios em

processos representados por terceiros, nos quais nem sequer possuía procuração. Desta decisão houve a interposição do Agravo de Instrumento n. 4015339-92.2017.8.24.0000, distribuído, originariamente, ao Des. Gerson Cherem II, o qual, em face da ausência de pedido de antecipação da tutela recursal, determinou a sua redistribuição – o que, até o momento, ainda não ocorreu.

II) Ação Popular n. 5010455-25.2017.4.04.7200 (originariamente da 2ª Vara Federal de Florianópolis e atualmente em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital sob o n. **0012943-44.2017.8.24.0023**): ajuizada, **em 29-5-2017**, por Eder Lana em face de Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Santa Catarina –, Alex Heleno Santore, Ezequiel Pires, Marcelo Ramos Peregrino Ferreira, Milton Baccin, Milton Beck, Osmar Nunes Júnior e Estado de Santa Catarina.

Fatos: alega o autor fatos novos após a propositura da primeira ação popular, a fim de corroborar que o advogado Alex Heleno Santore não preencheu os requisitos para concorrer ao cargo de desembargador pelo quinto constitucional, consubstanciado no fato de que o candidato teria omitido no seu currículo que foi servidor do Poder Judiciário de 27-11-2008 a 26-3-2012 (cuja exoneração teve efeitos retroativos a 6-12-2010).

Objeto: pretende o autor: a) a declaração de nulidade da lista sêxtupla formada pelo Conselho da OAB/SC, determinando-se a realização de nova sessão para formação/complementação da lista sêxtupla; b) a declaração de nulidade da lista tríplice formada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina; c) a declaração de nulidade do ato de nomeação de Alex Heleno Santore pelo Governador do Estado.

Decisão liminar na Justiça Federal: deferiu, em parte, o pedido de tutela de urgência, a fim de suspender o cumprimento pelo Tribunal de Justiça de

Santa Catarina do ato de nomeação ou qualquer ato de posse de Alex Heleno Santore, até o julgamento final da primeira ação popular. Desta decisão foi interposto **Agravo de Instrumento n. 5030940-15.2017.4.04.0000** (da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região), por Alex Heleno Santore, no qual foi deferida *"a antecipação da tutela recursal para revogar a decisão impugnada e determinar, à vista da incompetência absoluta da Justiça Federal para a apreciação das Ações Populares nºs 5010455-25.2017.4.04.7200 e 5008766-43.2017.4.04.7200, que o Juízo de origem encaminhe esses feitos para a Justiça do Estado de Santa Catarina"*. Desta decisão foi formulado pedido de reconsideração por Alex Heleno Santore, ou, caso assim não se entendesse, que o pleito fosse recebido como agravo interno, tendo a Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler indeferido os *"pedidos de reconsideração e de atribuição de efeito suspensivo ao agravo interno"*.

Decisão liminar na Justiça Estadual: restabeleceu a decisão liminar da Justiça Federal, para suspender os efeitos da nomeação do candidato Alex Heleno Santore para o cargo de desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, bem como qualquer ato de posse no cargo (fls. 261/271 – volume II).

III) **Mandado de Segurança n. 5010879-67.2017.4.04.7200** (2ª Vara Federal de Florianópolis): impetrado, **em 2-6-2017**, por Alex Heleno Santore contra ato do Presidente do Conselho Seccional da OAB/SC.

Objeto: pretende o autor: a) em liminar, que a autoridade coatora suspenda a tramitação do processo administrativo e/ou se abstenha de realizar quaisquer atos administrativos que representem ameaça ao direito líquido e certo do impetrante à manutenção do ato de nomeação para o cargo de desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; b) ao final, a concessão da segurança, a fim de determinar que a autoridade dita coatora se

abstenha de instaurar qualquer procedimento administrativo para revisão do ato jurídico perfeito.

Decisão liminar: concedida, em parte, a liminar tão só para que a autoridade coatora se abstenha de praticar quaisquer atos tendentes a "*convocar nova Assembleia Extraordinária, com o fim de preenchimento da vaga aberta em decorrência da declaração de nulidade do ato administrativo que deferiu a inscrição requerida pelo candidato Sr. Alex Heleno Santore*" até o deslinde da primeira ação popular. Desta decisão foi interposto **Agravo de Instrumento n. 5031282-26.2017.4.04.0000** (da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região), por Alex Heleno Santore, no qual foi deferida a tutela de urgência para "*conceder integralmente a medida liminar requerida na origem, suspendendo, assim a tramitação do processo nº 7523/2017*".

IV) **Mandado de Segurança n. 5032388-23.2017.4.04.0000** (2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região): impetrado, **em 23-6-2017**, por Eder Lana contra ato da Desembargadora Federal Relatora do Agravo de Instrumento n. 5030940-15.2017.4.047200, cuja inicial restou indeferida;

V) **Ação Popular n. 0306666-36.2017.8.24.0023** (3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital): interposta, **em 26-6-2017**, por Eder Lana contra o Estado de Santa Catarina, a qual restou extinta, por litispendência;

VI) **Procedimento de Controle Administrativo n. 0005162-10.2017.2.00.0000** (Conselho Nacional de Justiça): proposto, em **26-6-2017**, por Alex Heleno Santore em face do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o qual não foi conhecido, em face da judicialização da matéria (fls. 336/340 – volume II);

A questão trazida à tona no presente pedido de providências é se o

Tribunal Pleno haveria sido induzido em erro, em função de omissão de informações por parte do candidato Alex Heleno Santore, na formação da lista tríplice dos advogados aptos a concorrer, pela regra do quinto constitucional, à 83ª (octogésima terceira) vaga de desembargador nesta Corte.

I – DA JUDICIALIZAÇÃO DA MATÉRIA

Quanto à questão da judicialização, à primeira vista, poderíamos usar a técnica de pensamento automático, denominada de heurística, ou seja, “*um atalho mental*” utilizado para se chegar a um resultado de modo rápido e fácil, mesmo que esse resultado seja incerto. Para isso, poderíamos afirmar tão somente que a jurisprudência já assentou ser a judicialização da questão óbice ao prosseguimento do processo administrativo.

Contudo, como se verá, ao aprofundarmos o estudo, chegaremos à conclusão de que, no caso dos autos, a análise do mérito se impõe, não só por direito como também em nome da transparência que deve permear as atividades administrativas.

Antes de mais nada, a título de ilustração, vale ressaltar a colocação feita por Alessandro Cristo, editor da revista Consultor Jurídico, quanto ao fato de a demanda não poder ser discutida ao mesmo tempo nas esferas administrativa e judicial, para quem a medida visa economizar tempo e custos, já que a decisão da Justiça sempre prevalece, mas, segundo ele “*sua interpretação radical pelos tribunais administrativos tem provocado injustiças. A conclusão é de um grupo de estudos do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Segundo juízes e tributaristas, processos administrativos têm sido extintos indevidamente com base na premissa [...]*”.

“*A grande questão em torno da concomitância são as ações judiciais extintas sem julgamento do mérito*”, explica a advogada Ana Clarissa Masuko Araújo, segundo a qual “*enquanto a ação judicial não for julgada no*

mérito, o contribuinte ainda não teve sua causa analisada, e não pode ser privado do direito de discutir administrativamente” (disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-18/fisco-patina-avaliar-coincidencia-acoes-administrativas-judiciais>. Acesso em: 7-8-2017).

Retomando.

É certo que o Conselho Nacional de Justiça tem se recusado, e isso de forma reiterada, inclusive no procedimento iniciado pelo próprio candidato Alex junto àquele Órgão, a analisar matéria anteriormente já judicializada.

Veja-se, por pertinente, precedentes nesse sentido, do próprio Conselho Nacional de Justiça:

EMENTA: RECURSO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA JUDICIALIZADA. NÃO CONHECIMENTO. PRECEDENTES.

1. O Conselho Nacional de Justiça possui entendimento solidificado no sentido da impossibilidade de conhecer de matérias que tenham sido previamente submetidas ao Poder Judiciário, **havendo a chamada “prévia judicialização da matéria” nos casos em que se verifica identidade de causa de pedir e resultado prático tencionado pelo requerente nas vias judicial e administrativa.**

2. Recurso Administrativo conhecido e impróprio (grifei) (CNJ. Pedido de Providências n. 0006975-14.2013.2.00.0000. Conselheira: Gisela Gondin Ramos. J. em: 8-4-2014).

Ainda:

MAGISTRADA. PERÍODO DE PROVA. NÃO-VITALICIAMENTO. EXONERAÇÃO. MATÉRIA JUDICIALIZADA.

1. Não compete ao Conselho Nacional de Justiça apreciar Procedimento de Controle Administrativo cujo objeto seja coincidente com o de ação judicial anteriormente proposta pela parte.

2. Se anteriormente judicializada a matéria, o CNJ não pode examinar a questão na esfera administrativa, a bem de prestigiar-se a segurança jurídica, evitar-se interferência na atividade jurisdicional do Estado e de afastar-se o risco de decisões conflitantes.

3. Procedimento de Controle Administrativo de que não se conhece (CNJ. Procedimento de Controle Administrativo n. 00018443420082000000. Conselheiro: João Oreste Dalazen. J. em: 2-12-2008).

Ou seja, as palavras-chave para o não conhecimento são “judicialização prévia” e “identidade de causa de pedir”. De fato, quando o Alex instaura Procedimento de Controle Administrativo (PCA) junto ao Conselho Nacional de Justiça a matéria já estava judicializada, daí por que o não conhecimento do feito por aquele Conselho.

É que em data antecedente, mais precisamente em 29-5-2017, o advogado Dr. Eder Lana ingressou com a Ação Popular – no caso, a segunda Ação Popular (hoje sob número 0012943-44.2017.8.24.0023) –, baseado em novos fatos relatados neste procedimento administrativo. Ou seja, para o Conselho Nacional de Justiça a matéria já estava, sem margem de erro, judicializada.

Porém, no nosso caso, quando do ajuizamento do processo judicial com embasamento no mesmo fato (omissão do candidato no que toca ao exercício do cargo de Técnico Judiciário Auxiliar neste Poder Judiciário de Santa Catarina), **que se deu, repito, em 29 de maio**, o processo administrativo já estava instaurado (o ofício do Des. Rodrigo Collaço foi protocolado no dia 21 de maio; no dia 22 o Des. Presidente despachou; no dia 23, após a declaração de suspeição do Des. Dacol, os autos foram a mim redistribuídos).

Tanto é que nesta segunda Ação Popular, conforme consulta ao SAJ, o autor consigna:

"Ocorre que no dia 19/05/2017, o Autor desta demanda tomou conhecimento de novos fatos que impediriam a participação do Sr. Alex Heleno Santore no certame, em especial, o não cumprimento do requisito objetivo previsto na Constituição Federal de 1988, qual seja, o exercício da advocacia por pelo menos 10 anos. Essas informações foram protocolizadas no Conselho Pleno da OAB/SC, por e-mail e posteriormente por meio físico.

Nos dias que se seguiram, o Desembargador Rodrigo Collaço pediu ao Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a suspensão da posse de Alex Heleno Santore, o que foi deferido pelo Tribunal de Justiça, fundado em denúncia protocolada por este advogado acerca da omissão de que Alex fora servidor do Poder Judiciário e omitira tal fato".

A judicialização, para nós, ocorreu em 29-5-2017, isto é, posteriormente à instauração do processo administrativo, que se deu em 23-5-2017.

Enfim, temos situações distintas, sem olvidarmos que este pedido de providências foi instaurado pelo Presidente desta Corte, visando submeter ao Tribunal Pleno matéria afeta à sua competência, enquanto a ação popular foi ajuizada por terceiro, daí por que, também por essa razão, não verifico a prejudicialidade deste expediente.

Mas não é só.

Como se sabe, a Administração pode revogar seus próprios atos, quando não forem mais convenientes ou oportunos, ou anulá-los, quando contrariarem o direito vigente.

Essa é a redação da Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal: *"A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial"*. No mesmo jaez, os termos da Súmula 346, também do Supremo Tribunal Federal.

A noção de autotutela exterioriza princípio da atuação da Administração Pública, abrangendo a perspectiva de o Poder Público anular ou revogar seus atos administrativos, sem necessária intervenção do Poder Judiciário. Impõe-se à Administração Pública o dever, e não a mera prerrogativa, de zelar pela regularidade de sua atuação (dever de vigilância), como registrado alhures.

O que tem que ficar claro é que a Administração Pública tem o poder/dever de anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, nos termos das Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, mas a apreciação judicial é sempre ressalvada, por força do princípio

constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV, da CF).

Repita-se: não há óbice legal, como, até o momento, não há óbice judicial, capaz de inviabilizar o exame da matéria, mesmo porque o Superior Tribunal de Justiça, quando da apreciação do Agravo Regimental no Recurso Especial 700.136-AP, consignou o entendimento de que os Tribunais Federais, Estaduais ou de Contas, por integrarem a Administração Pública Direta e não possuírem personalidade jurídica, mas, apenas, judiciária, poderão estar em Juízo, excepcionalmente, para a defesa das prerrogativas institucionais, concernentes à sua organização e ao seu funcionamento.

Não se olvida, nesse contexto, que *"todos os que têm personalidade jurídica (pessoas físicas e jurídicas) têm capacidade para estar em juízo"*, contudo, alguns entes despersonalizados, como os *"órgãos públicos com prerrogativas próprias (Mesas de Câmaras Legislativas, **Presidências de Tribunais**, Chefias de Executivo, Ministério Público, Presidências de Comissões Autônomas etc.)"*, embora não tenham personalidade jurídica, possuem *"personalidade judiciária, isto é, podem estar em juízo como partes ou intervenientes"* (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 232)

É por isso que só adentrando ao mérito da questão é que este Tribunal poderá decidir se deve, ou não, utilizar-se de sua personalidade judiciária, para defender a manutenção de seus atos com as características inerentes ao que se discute, ou buscar o reconhecimento de quaisquer ilegalidades nos mesmos. Daí a necessidade de avançarmos no conhecimento da questão posta. Só assim, repito, poderemos decidir, caso haja necessidade para tanto, se devemos, ou não, ingressar em Juízo, intervir em processos já ajuizados, e assim por diante.

Ainda, os debates sobre as condutas tanto deste Tribunal quanto

do candidato no caso em comento, como se demonstrará no decorrer do voto – se, por óbvio, for permitida a leitura –, possibilitarão, em um primeiro momento, dar uma visão imparcial e documental dos fatos aos nobres colegas, visão que por certo levará a uma busca no aprimoramento da instituição e a uma maior participação interna de todos desembargadores no funcionamento deste Poder, tudo dentro dos princípios da seriedade e da colaboração que permeiam a conduta de cada um de nós.

Por derradeiro, e isso não podemos deixar de registrar, há um ofício às fls. 125/126 dos autos, oriundo da OAB, em que consta pedido de devolução da lista sêxtupla, bem como ofício de fl. 41, subscrito por Sua Excelência o Governador do Estado, que diz, *verbis*: "*Acuso o recebimento do Ofício nº 1087/2017-GP, datado de 22 de maio de 2017, e, por oportuno, **informo a Vossa Excelência que aguardo novas informações acerca dos encaminhamentos desse Tribunal atinentes à matéria***".

Referidos ofícios, só poderão ser respondidos/satisfeitos a contento com a análise do caso por este plenário.

Sob qualquer ângulo que se olhe o assunto, concorde-se ou não com as condutas, trata-se de pendência de interesse público, que merece ser trazida à baila, atentando-se à frase do Juiz da Suprema Corte Americana Louis Brandeis: "*A luz do sol é o melhor dos desinfetantes*".

Por tais motivos, entendo que deve ser afastada esta questão prévia colocada pelo candidato, para passarmos ao exame da matéria que fundamentou a instauração do presente pedido de providências.

II – DOS REQUISITOS PARA DISPUTAR UMA VAGA DO QUINTO CONSTITUCIONAL

A respeito do tema, o artigo 94 da Constituição Federal prevê:

Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e **de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional**, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

Comentando o mencionado artigo, extrai-se da doutrina:

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**.

[...]

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, o qual escolherá definitivamente um de seus integrantes para 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 à escolha final por parte do Chefe do Poder Executivo.

[...]

Questão que tem sido muito debatida diz respeito à recusa, devolução ou substituição, pelo Tribunal, da lista sêxtupla enviada pelos órgãos de classe.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que podem os Tribunais recusar a formar a lista tríptica com alguns ou todos os nomes oferecidos pela lista sêxtupla, desde que a recusa esteja fundada em razões objetivas, ante o descumprimento dos requisitos constitucionais do art. 94, devidamente apresentadas e fundamentadas por meio da decisão (Rcl nº 5.413/SP, Rel. Min. Menezes Direito, *DJE* 23.5.2008; MS nº 25.624/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 19.2.2006). Há, aqui, uma exigência de fundamentação e de motivação do ato de recusa da lista sêxtupla, até mesmo em razão da possibilidade de sua submissão ao controle jurisdicional. Afinal, por se tratar de um ato administrativo complexo, a exigência de fundamentação é condição de possibilidade da validade da própria decisão.

Por outro lado, não poderão os Tribunais substituir a lista sêxtupla, encaminhada pela respectiva entidade de classe, por outra lista composta pelos próprios órgãos judiciais, no exercício de juízo sobre os requisitos do art. 94 (MS nº 25.624/SP). Decisão desse jaez é absolutamente inconstitucional. A Constituição atribui aos órgãos de representação de classe o poder de emitir o primeiro juízo positivo ou negativo sobre as qualificações pessoais exigidas pelo art. 94 para a formação da lista sêxtupla. Resta aos Tribunais o poder-dever de reduzir a três os seis indicados pelo Ministério Público ou pela Ordem dos Advogados, para formação da lista tríptica a ser enviada à escolha final pelo Chefe do Poder Executivo. No caso de eventual descumprimento dos requisitos constitucionais do art. 94, pode o Tribunal se recusar, de forma motivada, à formação da lista tríptica e, dessa forma, proceder à devolução da lista sêxtupla ao respectivo órgão de classe, o qual poderá refazer total ou parcialmente a lista ou contestar em juízo o ato de devolução (MS nº 25.624/SP) (grifei) (CANOTILHO, J. J. Gomes. [et al.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1327-8)

E mais:

A Constituição consagrou nesse preceito a regra do quinto constitucional, para a composição dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. Esse critério não se aplica aos Tribunais Superiores, pois cada um deles segue requisitos próprios de composição e investidura.

Enfatize-se, assim, que um quinto dos assentos dos tribunais mencionados deve, obrigatoriamente, ser preenchido por membros do *Parquet* e advogados, **ambos com notável saber jurídico e reputação ilibada. Os primeiros com mais de dez anos de carreira e os segundos com mais de dez anos de efetivo exercício profissional** (grifei) (BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada* – 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1029).

Ainda:

Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais

dos Estados, inclusive dos Tribunais de Justiça Militar onde houver, do Distrito Federal e Territórios e dos Tribunais Regionais do Trabalho será composto (CF, arts. 94 e 115, I) de membros do Ministério Público, com mais de 10 anos de carreira, **e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional**, indicados na lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes, que encaminharão as indicações ao Tribunal respectivo, que formará lista tríplice, enviando-a ao chefe do Poder Executivo que, nos 20 dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação, sem qualquer participação do Poder Legislativo, seja federal, seja estadual, por ausência de previsão da Constituição Federal (grifei) (MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional – 9 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1347).

Logo, os pressupostos para concorrer a uma das vagas pelo quinto constitucional limitam-se, na esfera objetiva, a mais de 10 anos de efetiva atividade profissional, e, na esfera subjetiva, a notório saber jurídico e reputação ilibada, sem os quais, cumulativamente, o candidato não poderá disputar assento em uma das vagas do tribunal.

Em outras palavras, deve o candidato apresentar lapso superior a 10 anos de exercício habitual da profissão – o que se comprova pela quantidade de intervenções jurídicas anuais promovidas pelo advogado –, inegável saber jurídico, além de reputação ilibada, que se traduz em reconhecida idoneidade moral, com reputação imaculada e retidão de caráter.

III – DO ATO ADMINISTRATIVO COMPLEXO

Ultrapassados os requisitos constitucionais para o processo de escolha de integrantes dos órgãos judiciais e avançando, agora, no plano da estrutura subjetiva da competência do ato administrativo, extrai-se da lição de Hely Lopes Meirelles:

Ato complexo: é o que se forma pela conjugação de vontades de mais de um órgão administrativo. O essencial, nesta categoria de atos, é o concurso de vontades de órgãos diferentes para a *formação* de um ato único. Não se confunda *ato complexo* com *procedimento administrativo*. No ato complexo integram-se as vontades de vários órgãos para a obtenção de um mesmo ato; no procedimento administrativo praticam-se diversos atos

intermediários e autônomos para a obtenção de um ato final e principal [...].

Ato composto: é o que resulta da vontade única de um órgão, mas depende da verificação por parte de outro, para se tornar exequível [...]. O ato composto distingue-se do ato complexo porque este só se forma com a conjugação de vontades de órgãos diversos, ao passo que aquele é formado pela vontade única de um órgão, sendo apenas ratificado por outra autoridade (grifei) (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro – 41 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 190-1).

Apesar de a estrutura do ato de indicação de desembargadores pelo quinto constitucional causar certa divergência entre os juristas – os quais dividem opinião sobre se tratar de ato complexo ou ato composto –, inclino-me a acompanhar a corrente que considera se tratar de ato administrativo complexo, por entender que sua formação depende, necessariamente, das manifestações concatenadas da classe de origem, do Tribunal respectivo e do Chefe do Poder Executivo.

É dizer que para a formação do ato administrativo de nomeação de desembargadores pelo quinto constitucional é necessária a manifestação volitiva convergente de todos os órgãos envolvidos, daí o que, a meu ver, o difere, em essência, de um ato administrativo composto, o qual depende da manifestação de um único órgão a ser corroborada pelos demais.

Esse, aliás, é também o entendimento de Nelson Nery Júnior, para quem a indicação à vaga do quinto constitucional configura ato administrativo complexo. Veja-se:

A indicação de desembargadores federais, do trabalho, dos Estados e do DF, pela classe do quinto constitucional (1/10 da advocacia e 1/10 do MP), configura ato administrativo complexo, cabendo: a) à classe de origem (OAB e MP) a formação da lista sêxtupla, b) ao tribunal a formação da lista tríplice, escolhendo três dos seis nomes constantes da lista sêxtupla e c) ao chefe do Poder Executivo a escolha e nomeação de um dos três nomes constantes na lista tríplice. O tribunal fica vinculado à lista da OAB e do MP e o chefe do Executivo fica vinculado à lista do tribunal. O tribunal não pode devolver a lista à OAB ou ao MP imotivadamente; somente pode fazê-lo, se a lista tiver sido composta em desobediência à Constituição, vale dizer, se não preencher os requisitos constitucionais, caso em que o tribunal deve fundamentar o ato administrativo de devolução, sob pena de nulidade desse

mesmo ato. Da mesma forma, o Chefe do Executivo somente poderá devolver a lista ao tribunal, fundamentadamente, quando não houverem sido preenchidos os requisitos constitucionais (grifei) (NERY JÚNIOR, Nelson. Constituição Federal comentada e legislação constitucional – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 600).

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, quando instado a se manifestar sobre o assunto, também externou posicionamento no sentido de que a nomeação ao cargo de desembargador pelo quinto constitucional consubstancia ato administrativo complexo, já que somente se aperfeiçoa com a manifestação volitiva dos órgãos e autoridades competentes. A propósito:

MANDADO DE SEGURANÇA – PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO – ATO COATOR EMANADO DO E. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – PROVIMENTO DO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL PELA REGRA DO QUINTO CONSTITUCIONAL – FORMAÇÃO DA LISTA TRÍPLICE – NOMEAÇÃO – ATO ADMINISTRATIVO COMPLEXO, DO QUAL PARTICIPAM O TRIBUNAL DE ORIGEM E O CHEFE DO PODER EXECUTIVO (CF, ART. 94, PARÁGRAFO ÚNICO) – DELIBERAÇÃO DAQUELE ÓRGÃO DE CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO REFERENTE A QUEM JÁ FOI NOMEADO PELO GOVERNADOR DE ESTADO E DEVIDAMENTE EMPOSSADO – INCOMPETÊNCIA MATERIAL DO CNJ PARA PROFERIR DECISÕES ADMINISTRATIVAS QUE ALCANCEM OU ATINJAM MANIFESTAÇÕES VOLITIVAS EMANADAS DE ÓRGÃOS OU AUTORIDADES ABSOLUTAMENTE ESTRANHOS AO SEU ÂMBITO DE ATUAÇÃO – LEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECISÃO AGRAVADA, CUJA EFICÁCIA RESTA INTEIRAMENTE MANTIDA – RECURSO DE AGRAVO IMPRÓVIDO (grifei) (Ag. Reg. em MS 27.033-DF, Rel.: Min. Celso de Mello. J. em: 30-6-2015).

E mais:

MANDADO DE SEGURANÇA. QUESTÃO DE ORDEM. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NOMEAÇÃO PARA VAGA EM TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. LISTA SÊXTUPLA DA SECCIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.

I. Precedente do STF em que se constata a existência do conflito federativo resultante de controvérsia entre tribunal de justiça estadual e a Ordem dos Advogados do Brasil sobre formação de lista para nomeação de magistrado pelo quinto constitucional. Inaplicabilidade do precedente ao caso:

controvérsia entre órgão e entidade federais.

II. Ainda que a nomeação de magistrados pelo quinto constitucional seja ato complexo, a impetração é dirigida contra ato do Tribunal Regional do Trabalho. Ilegitimidade passiva do Presidente da República. Circunstância especial do caso, configurada pela retirada, pela própria Ordem dos Advogados do Brasil, da lista rejeitada pelo Tribunal Regional do Trabalho.

Questão de ordem resolvida determinando-se a remessa da impetração ao Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, para que decida como entender de direito (grifei) (Quest. Ord. em MS n. 26.438-1/DF, Rel.: Min. Joaquim Barbosa. J. em: 29-10-2007).

E, se assim o é, o nascimento do ato administrativo complexo somente se verifica quando, durante o decorrer do processo de formação, após a intervenção de todas as autoridades competentes, houver a exteriorização da vontade final, *"numa absoluta presunção, inerente ao direito público, de que a vontade é uma só, e o ato correspondente perfeito e acabado"* (MIRANDA, Sandra Julien. Do ato administrativo complexo. São Paulo: Editora Malheiros, 1998. p. 65).

É a partir daí que, ultimado o ciclo evolutivo do ato administrativo complexo com a manifestação final da vontade, surge a necessidade de sua análise sob os planos da perfeição, validade e eficácia, para se verificar se, de fato, estão preenchidos todos os pressupostos necessários à sua existência, o que, de modo contrário, arrastará o ato à extinção.

No que toca ao pressuposto da perfeição, *"os autores consideram perfeito o ato que está completamente formado, tendo exaurido o procedimento necessário para sua existência jurídica"*, ao passo que, no plano da validade, entende-se que *"válido é o ato perfeitamente regular, na medida em que é formado e emanado conforme à lei"*, de modo que, no ato administrativo complexo, a invalidade será sempre total, já que **"o vício de uma das fases compromete o todo"** (Cf. MIRANDA, Sandra Julien. Op., cit., p. 67-8).

A corroborar, da doutrina de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

"Ato perfeito é aquele que está pronto, terminado, que já concluiu o seu

ciclo, suas etapas de formação; tem-se um ato perfeito quando já se esgotaram todas as fases necessárias a sua produção. Seu processo de formação está concluído. A perfeição diz respeito ao processo de elaboração do ato; está perfeito o ato em que todas as etapas de seu processo de produção foram concluídas.

É importante distinguir o ato perfeito do ato válido.

A perfeição está relacionada com a finalização das etapas de formação do ato, com o término das fases de sua produção, previstas na lei como necessárias a que o ato se considere pronto, concluído, formado. Por exemplo, um ato de homologação de um concurso público que tenha sido escrito, motivado, assinado e publicado na imprensa oficial é um ato perfeito, pois já completou sua formação, já passou por todas as fases integrantes de sua produção.

A validade diz respeito à conformidade do ato com a lei, vale dizer, para o ato ser válido os seus elementos devem estar de acordo com as exigências de legalidade e legitimidade. No exemplo acima, o ato, já perfeito, de homologação de um concurso público, será também válido se tiver sido editado por agente público com competência legal para tanto, sem desvio de finalidade, se a motivação descrever fatos existentes e enquadrá-los corretamente em hipóteses normativas pertinentes ao ato administrativo editado, se a publicação tiver ocorrido na forma exigida em lei etc. Caso algum desses elementos tenha contrariado a lei ou princípios jurídicos, o ato, embora perfeito (concluído), não será válido (será nulo ou anulável, dependendo do vício e das circunstâncias).

A partir dessas considerações, podemos observar que **o ato administrativo pode ser perfeito, por ter completado o seu ciclo de formação, mas ser inválido, por estar em desacordo com a lei ou os princípios jurídicos. Todo ato que teve sua formação concluída é perfeito, seja ele válido ou inválido.** O que não se pode é dizer se um ato é válido ou inválido, enquanto ele não estiver concluído. A rigor, um ato imperfeito, isto é, não concluído, nem mesmo existe, porque sua formação não está completa. Não será cabível, portanto, analisar a validade ou a invalidade de um ato que ainda não existe" (grifei) (Direito administrativo descomplicado 23 ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 501-2).

Dentro desse panorama, não se pode perder de vista que o ato complexo de nomeação para a vaga do quinto constitucional aperfeiçoa-se com a manifestação final da vontade do Governador do Estado, quando o ato, então, completa todo seu *iter* formativo – podendo-se dizer, então, perfeito –, e não com a posse, que apenas exterioriza a vontade final dos envolvidos por meio da investidura do nomeado – decorrente de ato, não só perfeito, como válido e eficaz.

Aliás, não se pode olvidar que a posse não se confunde com o

exercício, haja vista que a primeira se consubstancia em ato solene e formal que fixa o candidato em suas novas atribuições – desde que, repito, o ato que desaguou na sua nomeação seja, além de perfeito, válido e eficaz – ao passo que o segundo representa a efetiva prática dos atos referentes à função assumida.

Em outras palavras, é por meio do ato solene da posse que o candidato exterioriza a vontade de aceitar a nomeação válida e eficaz, esta que, como visto, encerra a formação do ato.

Veja-se:

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO. FORMAÇÃO DE LISTA TRÍPLICE PARA PREENCHIMENTO DE VAGA DESTINADA AO QUINTO CONSTITUCIONAL. **NOMEÇÃO PELA PRESIDENTE DA REPÚBLICA. ATO COMPLEXO QUE SE APERFEIÇOOU.** IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE POR ESTE CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTES (*sic*).

1. A escolha e nomeação de magistrado para compor órgão superior no cargo de Desembargador de Tribunal Regional envolve **ato de natureza complexa, pois apesar do prévio procedimento para formação da lista tríplice, que ocorre no interior do Poder Judiciário, incumbe ao (à) Presidente da República, nos termos da Constituição, praticar o ato que encerra** (art. 107 da CF) (grifei) (CNJ. PCA n. 0004022-09.2015.2.00.0000. Rel.: Bruno Ronchetti. J. em: 5-7-2016).

Ainda sobre o tema, trago à colação do corpo do acórdão prolatado no Mandado de Segurança n. 21814/RJ, que tramitou perante o STF sob a relatoria do Ministro Néri da Silveira:

"1. Provimento do cargo público de Juiz Togado de Tribunal Regional do Trabalho: ato administrativo de natureza nitidamente "COMPLEXA", porquanto -- em face do disposto nos artigos 84, XVI, 94, p.u., e 115, p.u., II, da CF só se perfaz com a prática SUCESSIVA de "DOIS" diferentes procedimentos administrativos, quais sejam formação da lista tríplice, pelo Tribunal Regional do Trabalho, de um lado, e, de outro, a escolha, pelo Presidente da República, dentre a lista tríplice, daquele que será nomeado, **pelo que esse ato só se completará, uma vez exauridas "TODAS" as fases de que se compõe**" (grifei).

Assim, havendo óbice no plano da validade, como, *in casu*, se alega quanto ao ato de nomeação do interessado Alex Heleno Santore para o cargo de desembargador pela regra do quinto constitucional, a análise da questão passa, necessariamente, pela teoria da extinção dos atos administrativos complexos.

Nesse contexto, como se sabe, a Administração pode revogar seus próprios atos, quando não forem mais convenientes ou oportunos, ou anulá-los, quando contrariarem o direito vigente.

Essa, aliás, é a redação da Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal: *"A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial"*.

Interessa-nos, aqui, dentre todos os tipos de irregularidades que podem macular um ato administrativo, analisar a questão sob a ótica da anulação do ato decorrente de ofensa à Constituição Federal e à lei.

Valho-me, para tanto, dos ensinamentos de Sandra Julien Miranda:

Ao ato nulo falta elemento essencial para sua razão de ser, vez que viola disposição legal de ordem pública, revelando-se inadequado aos fins visados pelo poder público.

Aqui, os atos são considerados como se jamais houvessem existido, juridicamente falando. A nulidade ocorre de pleno direito, sendo seu pronunciamento meramente declaratório e inexistindo possibilidade de convalidação. Somente a prática de novo ato tem o condão de dar legitimidade à situação decorrente do ato nulo, e mesmo assim apenas da data do novo ato em diante, pois o anterior inexistiu juridicamente.

Vários tratadistas brasileiros oferecem elencos variados das causas que acarretariam a nulidade dos atos administrativos; causas, essas, que podem, sem dúvida, ser estendidas ao *ato administrativo complexo*.

Contudo, quaisquer que sejam os motivos, é dever da Administração invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato, contrário à sua finalidade [...].

Com efeito, é assunto pacífico em doutrina e jurisprudência brasileiras que há duas oportunidades para controle dos atos administrativos – e, como tais,

obviamente, do *ato administrativo complexo*: uma interna, da própria Administração, e outra externa, do Poder Judiciário.

A primeira é bem mais ampla que a segunda, pois a Administração pode desfazer seus próprios atos tanto por considerações de ilegalidade como de mérito, enquanto que o Poder Judiciário só pode invalidar os atos quando ilegais.

Porém, a ilegitimidade quase sempre vem dissimulada, de modo que em tais casos, é preciso que tanto a Administração quanto o Judiciário procedam ao exame dos motivos, indagando dos fatos e requerendo as provas ligadas ao ato, sem que, com isso, entre este último, necessariamente, no mérito da questão.

Neste caso, não estará o Judiciário apreciando a conveniência ou oportunidade do ato, mas simplesmente sua conformidade com a lei em sentido amplo, tanto formal quanto ideologicamente (Op., cit., p. 94).

A primeira indagação que se forma é se, em tese, reconhecido defeito quanto à indicação de candidato na lista sêxtupla encaminhada pela OAB, o qual não teria preenchido os requisitos estampados no artigo 94 da Carta Magna, o ato administrativo complexo de nomeação do interessado poderia ser invalidado.

Nesse ponto, parece próprio que sim.

Isso porque o vício em uma das fases do ato administrativo complexo compromete o todo, motivo pelo qual não se vislumbra óbice à extinção do ato – que, embora perfeito, seja inválido –, quando verificada alguma nulidade e havendo consentimento dos órgãos envolvidos.

É dizer que a desconformidade do ato administrativo complexo com o direito positivo, por acarretar a nulidade do ato, pode ser reconhecido pelo próprio Poder Judiciário, no âmbito da sua atuação administrativa (confecção de lista tríplice para a vaga do quinto constitucional), com respaldo no poder de autotutela do Estado.

Em outras palavras, trata-se aqui de atividade administrativa, própria e inerente aos Tribunais, no âmbito de sua competência, como, por exemplo, as de eleger seus órgãos diretivos, elaborar seus regimentos internos ou prover os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição (artigo 96, inciso I,

alíneas "a" e "c" da Constituição Federal).

A propósito, do Supremo Tribunal Federal:

"[...] É certo que o ato de Tribunal relativo à composição de lista tríplice, a ser encaminhada ao Poder Executivo, com vistas ao provimento de cargo integrante do Colegiado, é materialmente administrativo e não jurisdicional.

Cuida-se do exercício de competência que se insere entre as atribuições afirmativas da autonomia administrativa e do autogoverno dos Tribunais, nos limites definidos na Constituição (arts. 94, parágrafo único; 115, parágrafo único, inciso II e 99, quanto aos Tribunais Regionais do Trabalho)" (grifei) (MS n. 21814/RJ. Rel.: Min. Néri da Silveira. J. em: 14-4-1994).

Como consequência – ainda no campo das conjecturas –, reconhecida a nulidade, desde a origem, da lista de nomes organizada pela entidade de classe para concorrer a uma das vagas de desembargador, o caminho seria a devolução da lista sêxtupla à corporação da qual emanada, para que a refaça integralmente.

Instado a se manifestar sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal assim se posicionou:

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 subsequentes 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 compor 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 do 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 (grifei) (MS n. 25.624-9/SP. Rel.: Min Sepúlveda Pertence. J. em: 6-9-2006).

Este é um caso interessante. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desqualificou um candidato por ausência de notório saber jurídico, porque o candidato havia sido reprovado, por várias vezes, na prova inicial de seleção do concurso para ingresso na magistratura daquele Estado.

Entendo, contudo, dada a inegável e notória dificuldade dos concursos para ingresso na magistratura, que frustram centenas de candidatos que se preparam anos a fio para a prova, que tal circunstância não parece ser o melhor indicativo quanto ao notório saber jurídico dos inscritos.

É por tal razão que, apesar de o candidato Alex Heleno Santore também apresentar reprovações na prova inicial de seleção do concurso para magistratura deste Estado, tal situação não pode ser interpretada em desfavor do advogado.

Pois bem.

IV – ANÁLISE DO CASO CONCRETO

Sintetizada a legislação e os preceitos aplicáveis à espécie, passa-se, doravante, à análise do caso concreto, não sem antes fazer uma ressalva.

É que, à fl. 155, sobreveio ofício oriundo do Ministério Público Federal, dando conta de fatos *"suspeitos e com diversos indícios de irregularidades"* que teriam sido praticados pelo interessado Alex Heleno Santore, a fim de comprovar os cinco atos anuais do exercício da advocacia, especificamente quanto à suspeita de petições com *"presumíveis alterações e ao que tudo indica sem procuração nos autos"*.

Acompanharam a aludida missiva os documentos de fls. 156/199, dos quais se extrai: a) cópia da ação popular ajuizada por Eder Lana em face da OAB/SC, do Estado de Santa Catarina e dos advogados que formaram a lista sêxtupla, alegando, além de outros fatos, que o candidato Alex Heleno Santore teria apostado carimbo em petição subscrita por outro advogado, *a posteriori*, e em processo sem procuração, a fim de comprovar os 5 atos anuais de advocacia (fls. 156/167); e b) cópia da tutela cautelar de urgência antecedente proposta pelo Ministério Público Federal em face da OAB/SC e de Alex Heleno Santore, da qual se extrai, *in verbis*:

"Ressalta-se que a questão da não comprovação dos mínimos cinco atos inerentes ao exercício da advocacia fica ainda mais evidente a partir da dificuldade que o advogado requerido teve para acostar no pedido de inscrição as provas documentais exigidas (os atos privativos de advogado com fundamentação jurídica em procedimentos judiciais distintos). Além disso, mencionada comprovação do efetivo exercício da advocacia nos últimos dez anos apresenta vícios que tornam no mínimo duvidosa a condição profissional de advogado militante. Isso porque, conforme relatado e comprovado através de documentos, nos anos de 2011 e 2013, o requerido não conseguiu demonstrar satisfatoriamente a existência de cinco atos privativos da advocacia, anexando cópias de petições em que a assinatura do mesmo foi inserida sobre o carimbo com o seu nome e número de inscrição na OAB/SC, diferentemente das outras assinaturas, essas sim impressas, o que já seria ao menos suspeito. Não bastasse isso, não há instrumento de mandato judicial nos autos das petições mencionadas que lhe permita praticar os referidos atos privativos da advocacia, tornando-os inválidos para a comprovação de seu exercício profissional" (fls. 174-v/175).

Tais indícios, importante que se diga, porque distintos dos motivos que levaram à instauração deste expediente, não estão sendo levados em consideração para o desfecho do presente – nada obstante acendam um alerta sobre a conduta do candidato para a nomeação ao cargo almejado.

Agora sim, aos fatos.

A questão central do presente pedido de providências gira em torno de verificar se o Tribunal Pleno foi induzido em erro na formação da lista tríplice dos advogados aptos a concorrer, pela regra do quinto constitucional, à 83ª (octogésima terceira) vaga de desembargador desta Corte, por suposta omissão do candidato Alex Heleno Santore quanto a períodos de incompatibilidade ao longo dos anos em que pretendeu comprovar de efetiva prática da advocacia.

Não irei me debruçar, aqui, sobre os termos do edital em que o Presidente do Conselho Seccional da OAB/SC convocou os advogados a concorrerem ao processo de escolha da lista sêxtupla, tampouco sobre os critérios de contagem dos 10 (dez) anos de acordo com o Provimento n. 102/2004 do Conselho Federal da OAB, que prevê a necessidade de comprovação do *"efetivo exercício profissional da advocacia nos 10 (dez) anos anteriores à data do seu*

requerimento" (art. 5º), isto é, de forma ininterrupta (não intercalada).

Mutatis mutandis:

CONSTITUCIONAL. COMPOSIÇÃO DE TRIBUNAL. QUINTO DE LUGARES RESERVADO A ADVOGADOS. LISTA SÊXTUPLA DA OAB. REQUISITOS PARA INCLUSÃO. ART. 94 DA CARTA MAGNA. INEXIGÊNCIA DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL CONTEMPORÂNEO À ELABORAÇÃO DA LISTA.

1. *"Quem dá às Constituições realidade não é, nem a inteligência que as concebe, nem o pergaminho que as estampa, é a Magistratura que as defende."* (RUI BARBOSA, *Obras*, vol. CCIII, p. 179).

2. **O art. 94 da Lex Legum deixa claro que as exigências de ordem constitucional para o Advogado integrar a lista para provimento de lugar do quinto constitucional nos Tribunais se resumem aos requisitos do notável saber jurídico e reputação ilibada e ao exercício de efetiva atividade profissional por mais de 10 anos;** a inclusão da exigência de achar-se em exercício na data da elaboração da lista, por mais elevado que se mostre o seu propósito, impacta a referida norma magna e lhe vulnera duramente a supremacia [...] (grifei) (TRF5. AgRg no AI n. 8996-PE. Rel.: Juiz Napoleão Maia Filho. J. em: 21-11-1996).

Só queremos registrar que, em atenção ao princípio da isonomia, deverá ser assegurada a todos os candidatos a igualdade de oportunidades, o que, fatalmente, estaria frustrado se a uns fossem exigidos alguns critérios diferentes daqueles oferecidos a outros.

Logo, em última análise, não se pode alterar doravante as condições a que foram submetidos os candidatos que se inscreveram à formação da lista sêxtupla.

Prosseguindo.

Atribui-se ao interessado Alex Heleno Santore a omissão de informações quando da inscrição para formação da lista sêxtupla dos indicados para concorrerem a uma vaga de desembargador, no âmbito da OAB/SC, quanto ao fato de ter sido nomeado e exercido as funções do cargo de Técnico Judiciário Auxiliar desta Corte, o que, supostamente, esvaziaria um dos requisitos para provimento no cargo, qual seja o lapso de dez anos de efetiva atividade profissional.

Tal informação, se de fato confirmada, seria capaz, segundo os requerentes, de macular, por arrastamento, a formação da lista tríplice de candidatos feita nesta Corte e que foi encaminhada ao Governador do Estado para escolha e nomeação, por desconformidade vertical do ato – isto é, por infração à lei (Estatuto da OAB, p. ex.) e à Constituição Federal.

Conforme já adiantado alhures, e diferentemente do que pretendeu fazer crer o interessado, entendo que não há óbice ao desfazimento do ato administrativo complexo que culminou na sua nomeação, se verificada nulidade na formação da lista sêxtupla, já que, em se tratando de vício insanável, a mácula compromete as fases subsequentes de formação do ato.

A propósito, desta Corte:

MANDADO DE SEGURANÇA. NOMEAÇÃO DE DESEMBARGADOR EM VAGA RESERVADA À CLASSE DOS ADVOGADOS. FORMAÇÃO DA LISTA TRÍPLICE. CRITÉRIOS A SEREM OBEDECIDOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 35 DO CDOJSC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA E ANALÓGICA DOS ARTS. 26 E 27 DO RISTJ. PRAXE ADMINISTRATIVA QUE SE CONCILIA COM AS NORMAS ORA INVOCADAS. SOLUÇÃO DA DEMANDA QUE IMPLICA NA INTERPRETAÇÃO E ACLARAMENTO DO SIGNIFICADO DA EXPRESSÃO O ÓRGÃO ESPECIAL, PELA MAIORIA ABSOLUTA DE SEUS MEMBROS, FORMARÁ LISTA TRÍPLICE. PRELIMINARES, DE PERDA DE OBJETO, NULIDADE DO PROCESSO, PRECLUSÃO ADMINISTRATIVA, ILEGITIMIDADE E FALTA DE INTERESSE DE AGIR, AFASTADAS. ORDEM DENEGADA.

1. O ato administrativo complexo desfaz-se pela vontade conjugada dos órgãos que participaram de sua formação, ou pela via judicial [...] (grifei) (MS n. 2003.005878-8 da Capital. Rel.: Des. César Abreu. J. em: 3-9-2003).

Daí por que, ainda que se recomende, em prestígio ao princípio do paralelismo das formas¹, que haja a aquiescência expressa de todos os envolvidos no iter formativo do ato, não se pode olvidar que *"o formalismo, contudo, não pode ser excessivo, sob pena de comprometer toda a ação administrativa"* (MIRANDA, Op., cit.,

¹ Princípio do Paralelismo das Formas: *"a materialização do ato administrativo deve revestir-se da forma legal, sendo que a revogação ou a modificação do ato administrativo deve ser concretizada pela mesma forma do ato originário"* (disponível em: <http://www.profpito.com/admcamilla.html>)

p. 89).

Logo, havendo manifestação expressa da OAB/SC alegando vício na formação da lista sêxtupla, bem como diante do ofício expedido pelo Governador do Estado dizendo que sua atuação limitou-se à nomeação do candidato, ocasião em que afirmou que aguardaria "*novas informações acerca dos encaminhamentos desse Tribunal atinentes à matéria*" (fl. 41), não vejo empecilho à revisão e, sendo caso, desfazimento de ato nulo.

É que, a meu ver, o fato de o Chefe do Poder Executivo ter se limitado, diante dos fatos, a afirmar que aguardaria o desenrolar da matéria nesta Corte, é causa o bastante para interpretar a manifestação de Sua Excelência como sujeição aos rumos que a questão tomaria aqui neste Tribunal.

Por tal motivo, portanto, passo a historiar os fatos:

- **Em 17-7-2003**, o interessado inscreveu-se definitivamente no Quadro de Advogados da Seção de Santa Catarina (fl. 256);

- **Em 8-8-2003**, prestou compromisso perante o Conselho da OAB (fl. 256), preenchendo, somente a partir de então, todos os requisitos necessários para a inscrição como advogado (artigo 8º do Estatuto da OAB²);

- **Em 17-11-2005**, o interessado tomou posse no cargo de Secretário Jurídico, lotado no Gabinete do então Desembargador, hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Marco Aurélio Gastaldi Buzzi (fl. 06 do anexo);

- **Em 1º-1-2007**, foi exonerado do cargo de Secretário Jurídico (fl. 06 do anexo);

- **Em 26-2-2007**, foi deferido o pedido do interessado de baixa de

² Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:

- I - capacidade civil;
- II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada;
- III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro;
- IV - aprovação em Exame de Ordem;
- V - não exercer atividade incompatível com a advocacia;
- VI - idoneidade moral;
- VII - prestar compromisso perante o conselho.**

sua licença da inscrição nos quadros da OAB, para o pleno exercício da advocacia (Acórdão n. 0238/07 da OAB/SC – fls. 294/295);

- **Em 27-11-2008**, foi nomeado para o cargo de Técnico Judiciário Auxiliar (Ato n. 1781, DJE n. 584) (fl. 13);

- **Em 15-1-2009**, foi prorrogado, por 30 dias, o prazo para tomar posse no cargo de Técnico Judiciário Auxiliar (Portaria 14/2009, do Diretor de Recursos Humanos, DJE n. 606) (fl. 13-v), sendo que, neste íterim, o candidato já havia assinado declaração em que afirmava não advogar (declaração datada de 27-1-2009 – fl. 130 do anexo 1);

- **Em 13-2-2009**, tomou posse no cargo de Técnico Judiciário Auxiliar, perante o então Diretor do Foro da Comarca da Capital, hoje Desembargador, Hélio do Valle Pereira, e entrou em exercício no mesmo dia, junto ao Juizado Especial Criminal da Comarca da Capital (Ato n. 0085/2009 B, de 13-2-2009, DJE n. 638) (fl. 09 do anexo);

- **Na mesma data (13-2-2009)**, o Ministro Gilmar Mendes, então Presidente do Conselho Nacional de Justiça, enviou ofício ao Presidente deste Tribunal de Justiça consultando sobre *“a possibilidade de cessão, a este Conselho Nacional de Justiça, do servidor Alex Heleno Santore, Técnico Judiciário Auxiliar, do Quadro de Pessoal desse Órgão, para exercer o cargo em comissão de Assessor “A”, nível CJ-2, da Secretaria-Geral deste Conselho, sem prejuízo e seus direitos e vantagens”* (fl. 28 do anexo);

- **Em 2-3-2009**, foi colocado à disposição do Conselho Nacional de Justiça, sem ônus para a origem, pelo período de 1 (um) ano (Portaria 117/2009, do então Presidente, DJE n. 636. Referente ao processo administrativo 329800-2009.0 – fls. 12/14 do anexo), cuja Portaria foi publicada em **5-3-2009**, motivo pelo qual, em face da posse e entrada em exercício do servidor no CNJ em **4-3-2009**, isto é, anteriormente inclusive à publicação do ato que o colocou à disposição, foi determinada a republicação do ato de disposição, para adequar

os efeitos a partir de 4-3-2009 (Portaria n. 150/2010 – fls. 25/27 do anexo);

- **Em 4-3-2009**, tomou posse e entrou em exercício no cargo em comissão de Assessor “A”, lotado no Gabinete da Secretaria-Geral do Conselho Nacional de Justiça (com opção pelos vencimentos do cargo em comissão) (fl. 32 do anexo), **ocasião em que, inclusive, o CNJ recolheu para o IPREV** (Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina) (fl. 259 – volume II).

- **Em 26-3-2009**, o então Secretário de Estado da Fazenda Antônio Marcos Gavazzoni solicitou ao Presidente do Tribunal de Justiça que o servidor Alex Heleno Santore fosse colocado à disposição, para exercer o cargo em comissão de Consultor Jurídico da Secretaria de Estado da Fazenda, sem ônus para a origem, a partir de 6-4-2009 (Ofício SEF/GABS/Nº 255/2009 – Secretaria de Estado da Fazenda – fl. 42 do anexo);

- **Em 6-4-2009**, foi exonerado, a pedido, do cargo em comissão de Assessor “A”, lotado no Gabinete da Secretaria-Geral do Conselho Nacional de Justiça (Portaria n. 503, de 26-3-2009, do CNJ – fl. 45 do anexo);

- **Em 18-5-2009**, foi colocado à disposição da Secretaria de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina, para exercer o cargo de Consultor Jurídico, sem ônus para a origem, pelo período de 1 (um) ano, com efeitos a partir de **6-4-2009** (Portaria n. 318/2009, DJE n. 686. Referente ao processo administrativo n. 334469-2009.0 – fls. 50/51 do anexo);

- **Em 8-3-2010**, o então Secretário de Estado da Fazenda Antônio Marcos Gavazzoni solicitou ao Diretor-Geral Administrativo e ao Presidente do Tribunal de Justiça que o servidor Alex Heleno Santore permanecesse no exercício do cargo em comissão de Consultor Jurídico até **31-12-2010** (Ofício n. 194/2010 – fl. 55 do anexo);

- **Em 19-5-2010**, em resposta à Seção de Provimento de Cargos, houve a negativa pelo então Diretor do Foro, hoje Desembargador, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, para que o interessado permanecesse à

disposição da Secretaria de Estado da Fazenda, por não vislumbrar conveniência na prorrogação do ato (fl. 58 do anexo);

- **Em 15-12-2010**, o servidor Alex Heleno Santore solicitou a exoneração do cargo de Técnico Judiciário Auxiliar, considerando a indicação para exercer o cargo de Assistente para Assuntos Estratégicos da CELESC (fl. 72 do anexo);

- **Em 13-5-2011**, consta ofício subscrito pelo então Diretor-Geral Administrativo Sérgio Galliza, dando conta de que *“permaneceu em vigor a disposição levada a efeito pela Portaria n. 318/09 (fl. 10), na medida em que o servidor ocupou cargo comissionado até o dia em que requereu a exoneração do cargo de técnico judiciário auxiliar”*, o que se deu em dezembro de 2010, com desligamento da folha em 6-12-2010. Por tal motivo, segundo o Diretor, *“o pedido de retorno do servidor formulado pelo Juiz Diretor do Foro resta prejudicado ante o pedido de exoneração formulado”* (fl. 64 do anexo);

- **Em 5-9-2011**, entrou em exercício no cargo de Assessor de Ministro no Superior Tribunal de Justiça, com exoneração em **18-9-2011** (fl. 254);

- **Em 19-9-2011**, entrou em exercício no cargo de Chefe de Gabinete no Superior Tribunal de Justiça, com exoneração em **5-2-2012** (fl. 254);

- **Em 19-1-2012**, foi eleito pelo Conselho de Administração para o cargo de Advogado-Geral da CELESC (fls. 25/28 do anexo II);

- **Em 6-2-2012**, tomou posse no cargo de Advogado-Geral da CELESC (fl. 29 do anexo II);

- **Em 26-3-2012**, o servidor foi exonerado do cargo de Técnico Judiciário Auxiliar, a pedido, com efeitos retroativos a 6-12-2010 (Ato n. 834 – fls. 95/96 do anexo);

- **Em 20-4-2012**, foi deferido o novo pedido de baixa de licenciamento nos quadros da OAB (Acórdão n. 1447/12 da OAB/SC – fls. 296/297);

- **Em 1º-7-2013**, assumiu o cargo de Secretário de Administração da Prefeitura Municipal de Palhoça, onde permaneceu até **9-8-2013** (fl. 255);

- **Em 9-8-2013**, assumiu o cargo de Secretário de Gestão Governamental de Palhoça, onde permaneceu até **2-9-2013** (fl. 255);

Pois bem.

Primeiramente, do que dos autos consta, é certo, até porque corroborado por sua própria manifestação nos autos, que o interessado Alex Heleno Santore, de fato, foi empossado no cargo de Técnico Judiciário Auxiliar desta Corte em 13-2-2009, informação esta que, não menos certo, foi deliberadamente omitida do currículo que instruiu o pedido de inscrição para a lista sêxtupla da OAB (fls. 03/04 do anexo II), bem como, importante que se diga, do currículo apresentado nesta Corte visando figurar na lista tríplice (fl. 91).

Aliás, a própria OAB ressalta que só lá, perante a OAB, ele teve inúmeras oportunidades para informar tal fato, mas sempre omitiu. Veja-se o que diz a entidade, referente às omissões do advogado, que se deram: "[...] *por ao menos 6 (seis) diversas oportunidades: 1ª ocasião: quando da sua nomeação para o cargo efetivo perante o TJSC; 2ª ocasião: na sua petição de anotações outras datada de 10.04.2017; 3ª ocasião: quando da sua inscrição no Certame do 1/5 Constitucional; 4ª ocasião: quando da sua resposta escrita à Impugnação à sua inscrição; 5ª ocasião: quando da realização da sustentação oral perante o Conselho no dia da Sessão (28.04.2017); e 6ª ocasião: quando intimado para se manifestar acerca da presente petição de "Denúncia"* (fl. 130 – volume I).

Alega o interessado, em sua defesa, que, primeiro, a sua nomeação ao cargo se trata de fato velho fundado em "*documentos públicos e antigos*"; segundo, que o exercício de cargo porventura incompatível foi pelo período temporal de 19 (dezenove) dias, e que, na prática, "*não exerceu as atribuições do cargo de Técnico Judiciário por um dia sequer*"; e, terceiro, que houve autorização expressa do Poder Judiciário para a sua disposição para exercer o

cargo em comissão de Consultor Jurídico da Secretaria de Estado da Fazenda.

De plano, soa interessante a alegação do candidato de que não trabalhou "*um dia sequer*", porque omite a informação de que recebeu vencimentos pagos pelo Tribunal de Justiça, conforme atestam a certidão de fl. 257 e a ficha financeira de fl. 258, confirmando, em verdade, que, além de ter recebido, não houve qualquer devolução.

Afora isso, não me restam quaisquer dúvidas que a nomeação do interessado ao cargo de Técnico Judiciário Auxiliar desta Corte configura manifesta incompatibilidade, e, portanto, proibição total do exercício da advocacia, nos termos dos artigos 27 e 28, inciso IV da Lei n. 8.906/1994 (que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), que assim dispõem, *in verbis*:

Art. 27. A incompatibilidade determina a proibição total, e o impedimento, a proibição parcial do exercício da advocacia.

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

[...]

IV - **ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário** e os que exercem serviços notariais e de registro;

Segundo o doutrinador Gladston Mamede:

O bacharel que exerce uma atividade incompatível, portanto, não pode advogar; isso conduzirá à proibição de inscrever-se nos quadros da OAB ou à necessidade de cancelar a inscrição que titularizava antes da incompatibilidade, nas situações de exercício em caráter permanente da atividade incompatível; **por outro lado, pode conduzir, igualmente, ao simples licenciamento da advocacia, nas hipóteses em que o advogado – vale dizer: o bacharel já inscrito nos quadros da Ordem – passa a exercer, em caráter temporário, atividade incompatível** (grifei) (A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. 2 ed. rev. ampl. de acordo com o Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003. p. 163).

E prossegue em seus ensinamentos:

De se realçar que a natureza do cargo desempenhado junto ao Judiciário, assim como aos serviços notariais, não ameniza a proibição total para o exercício da advocacia. Pouco importa que se trate de porteiro, de motorista, de atendente, de redator de revista jurisprudencial, leiloeiro público oficial ou analista de sistema; se há, ou não, contato com processos, com magistrados ou com o público. **O simples fato de compor a estrutura judiciária ou de registros públicos determina uma contaminação visceral, impossibilitando o exercício da advocacia pelo bacharel. Preservam-se, assim, ambas as atividades que, por desempenhar papéis bem distintos, embora complementares, não podem ser confundidos, sob pena de criar desconfiança sobre sua lisura (grifei) (Cf. MAMEDE, Gladston. Op., cit., p. 176).**

Desse modo, ainda que tenha deixado de comunicar formalmente à Ordem de Advogados do Brasil sobre o exercício, em caráter temporário, de atividade incompatível com o exercício da advocacia, estava o profissional, para todos os fins, **licenciado** (art. 12, inc. II da Lei n. 8.906/1994) – causa, inclusive, de nulidade de todos os atos praticados nessa condição (art. 4º, p. ún. da Lei n. 8.906/1994). Aliás, repita-se, falsamente o candidato afirma que não exercia à época a advocacia (fl. 130 – anexo 1), revelando conduta que não se coaduna com a ética.

Esse, aliás, é o entendimento de Gisela Gondin Ramos, para quem *"O exercício de atividade incompatível, em caráter temporário, deverá ser comunicado pelo inscrito à OAB, para fins de licenciamento da atividade profissional, pelo período determinado. Nada obsta, entretanto, que o licenciamento seja efetuado de ofício pelo Conselho Seccional, uma vez que tenha conhecimento do fato"* (Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada. 5 ed. Rio de Janeiro, Forense: 2009. p. 224).

A propósito, da jurisprudência:

EXECUÇÃO FISCAL. OAB. ANUIDADES. CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO.

1. O cancelamento da inscrição de advogado deve ser promovido, de ofício, pelo conselho competente ou em virtude de comunicação por qualquer pessoa, quando houver exercício de atividade incompatível com

a advocacia (§ 1º do art. 11).

2. Tratando-se de cancelamento, a inscrição somente será restaurada com novo pedido (§§ 2º e 3º do art. 11 da Lei nº 8.906/91).

3. **Mesmo que não tenha o advogado solicitado formalmente o cancelamento da sua inscrição junto à OAB, na medida em que passou a exercer atividade incompatível com a advocacia, não se sujeita ao pagamento das respectivas anuidades** (grifei) (TRF4. Ap. Cív. n. 5003281-18.2010.404.7100/RS. Rel.: Juiz Federal João Pedro Gebran Neto. J. em: 26-9-2012).

Em decorrência lógica, mesmo que à disposição da Secretaria de Estado da Fazenda, não poderia o interessado nem sequer assumir o cargo de provimento em comissão de Consultor Jurídico, privativo que é de advogado (art. 167 da Lei Complementar n. 381/2007), consabido que *"A incompatibilidade permanece mesmo que o ocupante do cargo ou função deixe de exercê-lo temporariamente"* (art. 28, §1º da Lei n. 8.906/1994).

Em outras palavras, *"a incompatibilidade é referida ao cargo, sendo irrelevante que seu titular esteja desempenhando atividades de outro cargo, ou desviado de função. Apenas cessa a incompatibilidade quando deixar o cargo por motivo de aposentadoria, morte, renúncia ou exoneração"* (LÔBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 180).

A jurisprudência, enfrentando situações análogas à presente, assim já se manifestou:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO NOS QUADROS DA OAB. SERVIDORA PÚBLICA OCUPANTE DO CARGO DE AGENTE DE EXECUÇÃO NA FUNÇÃO DE TÉCNICO ADMINISTRATIVO. LOTAÇÃO EM PENITENCIÁRIA ESTADUAL. EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. INCOMPATIBILIDADE. ART. 28, V, DA LEI 8.906/1994.

1. A Lei 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia – no inciso V do art. 28 dispõe: “A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades; V- ocupantes de cargos ou funções vinculadas direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza.”

2. A recorrente é servidora pública estadual que exerce o cargo de Agente de Execução, na função de Técnico-Administrativo, lotada na Penitenciária Estadual, vinculada à Secretaria do Estado e Justiça do Paraná.

3. Assim, por razões de ordem ética e para prevenir o desrespeito às normas proibitivas, é justo que seja obstado o exercício da advocacia a tais pessoas, evitando-se, dessa forma, captação imprópria de clientela.

4. Recurso Especial não provido (STJ. REsp n. 981.410/PR. Rel.: Min. Herman Benjamin. J. em: 2-12-2008).

E mais:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. BACHAREL OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. INCOMPATIBILIDADE. ART. 28, II, DA LEI N. 8.906/94. SENTENÇA MANTIDA.

1. Nos termos do art. 8º da Lei nº 8.906/94, é vedada a inscrição de bacharel em Direito na Ordem dos Advogados do Brasil àqueles que exercem atividade incompatível com o exercício da Advocacia.

2. Aos membros de órgãos do Ministério Público, a advocacia é incompatível com o exercício de suas atividades, consoante previsto no art. 28 do referido estatuto legal.

3. **In casu, o apelante, por ocupar cargo público de Técnico Administrativo do Ministério Público da União, não pode exercer a advocacia. A proibição, no caso, é total, por se tratar de incompatibilidade.** Não procede, portanto, a alegação do apelante de violação a direito líquido e certo em suas alegações, sobretudo em face da edição da Resolução nº 27/2008, que vedou a continuidade do exercício da advocacia mesmo àqueles que já venham exercendo tal atividade até a data de publicação do referido ato administrativo.

4. *Precedente:* STJ, REsp 997.714/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 14/11/2011.

5. Apelação desprovida (grifei) (TRF-1. Ap. Cív. em MS n. 0022060-48.2013.4.01.3200/AM. Rel.: Des. José Amílcar Machado. J. em: 14-10-2014).

Ainda:

MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO NOS QUADROS DA OAB. AGENTE PENITENCIÁRIO. EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. INCOMPATIBILIDADE. ART. 28, V, DA LEI Nº 8.906/94.

Embora os agentes penitenciários não estejam encarregados da segurança pública, nos termos do art. 144 da CF/88, certo é que tal profissão encontra-se, ao menos indiretamente, ligada à atividade policial, sendo, pois, incompatível com o exercício da advocacia (art. 28, V, da Lei 8.906/94). Precedentes deste Tribunal.

A incompatibilidade subsiste mesmo quando o ocupante de função ou cargo impeditivo deixe de exercê-lo temporariamente, a teor do disposto no art.

28, § 1º, da Lei 8.906/94 (TRF4. Ap. Cív. n. 5065907-43.2014.4.04.7000/PR. Rela.: Desa. Vivian Josete Pantaleão Caminha. J. em: 1º-9-2015)

Não impressiona, nesse contexto, a alegação do candidato de que o vínculo com o Tribunal de Justiça teria se exaurido *"a partir do momento em que houve a colocação em disponibilidade para ocupar função incompatível com as atribuições do cargo originário"* (fl. 215), uma vez que, repito, o vínculo do servidor somente se extingue – e, por decorrência, a incompatibilidade – com a exoneração, renúncia, aposentadoria ou morte, e não pelo só fato de ter sido colocado à disposição durante o estágio probatório.

Aliás, necessário ressaltar que o estágio probatório consubstancia, apenas, uma das condições para que o servidor adquira estabilidade, de modo que o simples fato de ter sido cedido durante o período em que deveria ser observado pela Administração não configura desvinculação ao ente público.

Ademais, diferentemente do que pretendeu fazer crer o candidato, a hipótese em questão não se trata, evidentemente, de acumulação de cargos públicos. Isso porque o servidor não exercia, concomitantemente, as funções dos dois cargos, e sim estava investido no órgão cedente e exercendo as suas funções no órgão cedido.

Além disso, nada obstante a ausência de pedido de licenciamento perante a OAB, e, bem ainda, a pretensão de computar período em que estava vinculado ao Poder Judiciário como de efetiva prática da advocacia, gera verdadeira perplexidade o fato de o interessado, ao instruir o processo de nomeação ao cargo de Técnico Judiciário Auxiliar, declarar, sob as penas da lei, que não exercia atividade de advocacia, ainda que em defesa do próprio interesse, e que nada comprometia a nomeação ao cargo de Técnico Judiciário Auxiliar, nos termos do disposto no artigo 28, IV da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) (fl. 130 – anexo 1).

Embora o presente expediente tenha sido detonado, é bem

verdade, para a averiguação de fatos relacionados ao preenchimento do requisito objetivo previsto no artigo 94 da Constituição, não se pode ignorar que o fato narrado, além de causar profunda estranheza, afronta a integridade que se espera de um aspirante ao cargo de desembargador, por configurar, em tese, crime de falsidade ideológica³.

Retomando.

De mais a mais, ainda que a disposição do servidor para outro órgão tenha ocorrido, por óbvio, mediante a chancela do Poder Judiciário, não se pode ter por legítimo aquilo que não o é, sobretudo quando induzido o Tribunal de Justiça em erro, mediante solicitação oriunda do Poder Executivo para o exercício de cargo que se sabia incompatível com o cargo de origem, como é o caso do exercício da advocacia por ocupantes do cargo público de técnico judiciário auxiliar.

O que se quer dizer, em outras palavras, é que a disposição de servidor de um órgão a outro para a atuação, na prática, de atividade que pela lei seria vedada, não possui o condão de legitimar aquilo que não é legítimo, tampouco de sobrepor a vontade dos órgãos envolvidos à vontade da lei.

É que, entender diferente, seria transferir ao Presidente do Tribunal de Justiça a incumbência de deliberar quem está apto, ou não, ao exercício da advocacia, ou, vice-versa, ao Presidente da OAB a respeito daqueles aptos a judicar – competências que, por óbvio, não possuem.

³ **Falsidade ideológica**

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, **ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:**

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

Como se sabe, a propósito, compete à OAB "*promover com exclusividade a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil*" (art. 44, inc. II do EOAB), motivo pelo qual não remanescem dúvidas de que tal prerrogativa não pode ser usurpada, nem mesmo pelo Presidente do Tribunal de Justiça.

Em suma, a incompatibilidade em questão decorre de lei, e, portanto, representa óbice intransponível à atuação concomitante de cargo efetivo no Poder Judiciário e o exercício da advocacia, de modo que não vislumbro meios para a situação fática ser convalidada, já que a legislação, por óbvio, não pode ficar à mercê dos arbítrios dos órgãos envolvidos.

O que pretende o candidato, em linhas gerais, é beneficiar-se da própria torpeza, justamente por defender a lisura de ato acintoso e que malfere o ordenamento jurídico – o qual, ainda que ignore, não pode descumprir invocando desconhecimento –, o que não se pode admitir, sob pena de desprestigiar o princípio da boa-fé.

Veja-se, mutatis mutandis:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 535 e 468 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. LEI 9.317/96. SIMPLES. EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 15, INCISO II, DA LEI 9.317/96. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

[...]

No momento em que opta pela adesão ao sistema de recolhimento de tributos diferenciado pressupõe-se que o contribuinte tenha conhecimento das situações que impedem sua adesão ou permanência nesse regime. **Assim, admitir-se que o ato de exclusão em razão da ocorrência de uma das hipóteses que poderia ter sido comunicada ao fisco pelo próprio contribuinte apenas produza efeitos após a notificação da pessoa jurídica seria permitir que ela se beneficie da própria torpeza, mormente porque em nosso ordenamento jurídico não se admite descumprir o comando legal com base em alegação de seu desconhecimento** (grifei) (STJ. REsp n. 1.124.507-MG. Rel.: Min. Benedito Gonçalves. J. em: 28-4-2010).

Ainda:

PROCESSO CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. CONTRATO INTERNACIONAL. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. PERMISSÃO LEGAL E CONTRATUAL PARA ESCOLHA DE OUTRO FORO. AÇÕES AJUIZADAS NA INGLATERRA. SENTENÇAS PROFERIDAS. AJUIZAMENTO DE AÇÃO DECLARATÓRIA NO BRASIL PELA PARTE SUCUMBENTE NO TERRITÓRIO INGLÊS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. **IMPOSSIBILIDADE DE BENEFICIAR-SE DA PRÓPRIA TORPEZA.**

[...]

4. Diante da impossibilidade legal de a parte se beneficiar da própria torpeza, descabe à recorrente alegar a existência de fraude vinculada à cláusula de eleição de foro e de aplicação da legislação inglesa ao contrato assinado em território inglês [...] (grifei) (STJ. REsp n. 1090720-RJ. Rel.: Min. Antonio Carlos Ferreira. J. em: 14-6-2016)

E mais:

AGRAVO RETIDO- PRESCRIÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA - APELAÇÃO - OUTORGA DE ESCRITURA - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO MARITAL - NULIDADE DA OBRIGAÇÃO FIRMADA - SIMULAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

1 - Considerando que entre a data da assinatura da declaração em que se funda a obrigação de outorga de escritura e a data da propositura da ação não houve o transcurso do prazo de dez anos, não se verifica a ocorrência da prescrição.

2 - É nulo o negócio jurídico quando a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção, *in casu*, pela ausência de outorga marital.

3 - **O autor da simulação não pode alegar o vício em benefício próprio, diante do princípio de que ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza** (grifei) (TJMG. Ap. Cív. n. 0171590-07.2012.8.13.0707 de Varginha. Rel: Des. Octávio de Almeida Neves. J. em: 22-6-2017).

Digno de nota que, apesar de o ato de posse no cargo em questão possuir natureza pública, e, portanto, inescindível, cumpria ao interessado, a este sim, instruir o seu currículo com todas as informações pertinentes à sua vida funcional e que, de modo ou outro, pudessem interferir na análise dos requisitos

estampados no artigo 94 da Constituição Federal.

Causa espécie, repito, o fato de o advogado, intencionalmente, ter omitido a informação de que foi nomeado e tomou posse em cargo público desta Corte, limitando-se a fazer constar em seu currículo o exercício do cargo em comissão de Consultor Jurídico da Secretaria de Estado, enquanto à disposição daquele órgão justamente por este Tribunal, o que, não bastasse, malfere também a lisura e probidade que se anseia dos candidatos.

Vencido, portanto, esse tópico, a hora agora é de adentrar, enfim, ao cerne da controvérsia que motivou o presente expediente.

V – DA CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL DE 10 ANOS

O que me chegou para análise, exigindo providência, foi a questão do lapso temporal no exercício da advocacia do interessado, isto é, o tempo transcorrido desde a inscrição válida nos quadros da OAB até a inscrição para a lista sêxtupla, deduzidos os períodos de incompatibilidade, motivo pelo qual, justo por isso, abstenho-me de enveredar pelo meandro de habitualidade, ou não, de intervenções judiciais do advogado nesse período.

Com base nos dados que constam nos autos, já esmiuçados alhures, verifico que o início da contagem do período deve se dar em **8-8-2003**, data em que o interessado prestou compromisso perante o Conselho da OAB (fl. 256), e, portanto, ultimou os requisitos necessários para a inscrição como advogado, nos termos do art. 8º, inc. VII da Lei n. 8.906/1994.

Aqui começa a primeira incongruência com o cálculo apresentado pelo interessado em sua defesa: ele inicia a contagem do tempo em **17-7-2003**, data do pedido de inscrição nos Quadros da Ordem de Advogados (fl. 256), antes do preenchimento de todos os requisitos para validar a inscrição, quando, portanto, ainda não era advogado.

A data final da contagem do período, e aqui sem controvérsias, é

11-4-2017, dia em que formulado o pedido de inscrição na lista sêxtupla (fl. 02 do volume I).

Quanto aos períodos de incompatibilidade a serem deduzidos desse interregno, temos:

- **17-11-2005 (data da posse e entrada em exercício) a 26-2-2007 (data da baixa do licenciamento)**: período em que estava incompatibilizado pelo exercício do cargo em comissão de Secretário Jurídico (até 31-12-2006), acrescido do período até a baixa do seu licenciamento na OAB (26-2-2007);

Aqui a segunda incongruência dos cálculos do interessado: ele computa o termo final da incompatibilização como a data da exoneração do cargo, mas a baixa do seu pedido de licenciamento perante a OAB somente foi efetuada em 26-2-2007, ou seja, somente a partir de então estava apto para voltar a advogar.

- **13-2-2009 a 6-12-2010**: período em que esteve no cargo de Técnico Judiciário Auxiliar – isso, no melhor dos prognósticos, se considerado o fato de que a exoneração foi publicada em 26-3-2012, com efeitos retroativos a 6-12-2010.

Aqui um parênteses.

Quanto à retroatividade da exoneração por mais de 1 ano, por razões que não ficaram claras dos documentos trazidos aos autos, o candidato, ao que parece, esteve, para todos os fins, vinculado ao Poder Judiciário até 25-3-2012 – embora nesse meio tempo tenha assumido cargo em comissão no STJ e, posteriormente, tenha sido eleito e empossado no cargo de Advogado-Geral da CELESC. Apesar disso, como adiante se verá, será considerado para fins de contagem do tempo de serviço, em um primeiro momento, a opção mais favorável ao candidato, isto é, considerando os efeitos da exoneração retroativa.

- **5-9-2011 (data da entrada em exercício) a 20-4-2012 (data da baixa do licenciamento):** período em que exerceu cargo em comissão no Superior Tribunal de Justiça (até 5-2-2012), acrescido do período até a baixa do seu licenciamento na OAB (20-4-2012);

Aqui a terceira incongruência dos cálculos do interessado: ele computa o termo final da incompatibilização como a data da exoneração do cargo, mas a baixa do seu pedido de licenciamento perante a OAB somente foi efetuada em 26-4-2012, ou seja, somente a partir de então voltou a estar apto para advogar.

- **1º-7-2013 a 2-9-2013:** período em que exerceu cargo de Secretário Municipal de Palhoça.

O quadro, portanto, seria o seguinte:

INCOMPATIBILIDADE	PERÍODO	TEMPO A SER DEDUZIDO
Exercício do cargo de Secretário Jurídico	17-11-2005 a 26-2-2007	466 dias (1 ano, 3 meses e 9 dias)
Exercício do cargo de Técnico Judiciário Auxiliar	13-2-2009 a 6-12-2010 (dos quais: de 4-3-2009 a 6-4-2009 esteve no CNJ e de 6-4-2009 a 6-12-2010 na Secretaria de Estado)	661 dias (1 ano, 9 meses e 22 dias)
Exercício de cargo em comissão no STJ	5-9-2011 a 20-4-2012	228 dias (7 meses e 15 dias)

Exercício de cargo de Secretário Municipal	1º-7-2013 a 2-9-2013	63 dias (2 meses e 1 dia)
--	----------------------	------------------------------

O quadro final assim ficaria:

TEMPO DE ADVOCACIA	TEMPO DE INCOMPATIBILIDADE	TOTAL
4995 DIAS (13 anos, 8 meses e 3 dias)	- 1418 DIAS (3 anos, 10 meses e 18 dias)	3577 DIAS = 9 anos, 9 meses e 16 dias

Entendendo-se, por outro lado, que não se pode considerar a exoneração do candidato do cargo de Técnico Judiciário Auxiliar com efeitos retroativos a 6-12-2010, mas sim da data em que, efetivamente, saiu o ato de exoneração, isto é, 26-3-2012, o quadro ficaria o seguinte:

INCOMPATIBILIDADE	PERÍODO	TEMPO A SER DEDUZIDO
Exercício do cargo de Secretário Jurídico	17-11-2005 a 26-2-2007	466 dias (1 ano, 3 meses e 9 dias)
Exercício do cargo de Técnico Judiciário Auxiliar	13-2-2009 a 26-3-2012 (dos quais: de 4-3-2009 a 6-4-2009 esteve no CNJ e de 6-4-2009 a 5-12-2010 na Secretaria de Estado)	1137 dias (3 anos, 1 mês e 13 dias)
Exercício de cargo em comissão no STJ	5-9-2011 a 20-4-2012	25 dias *(apenas diferença de 26-3-2012 a 20-4-2012)

Exercício de cargo de Secretário Municipal	1º-7-2013 a 2-9-2013	63 dias (2 meses e 1 dia)

O quadro final assim ficaria:

TEMPO DE ADVOCACIA	TEMPO DE INCOMPATIBILIDADE	TOTAL
4995 DIAS (13 anos, 8 meses e 3 dias)	- 1691 DIAS (4 anos, 7 meses e 17 dias)	3304 DIAS = 9 anos e 17 dias

Quer me parecer, portanto, que deduzidos os períodos de incompatibilidade durante o lapso temporal entre a inscrição definitiva na OAB e o pedido de inscrição na lista sêxtupla, e ainda que se considere o prognóstico mais favorável, o candidato não preenche o requisito objetivo de 10 anos de efetivo exercício da advocacia, de modo a impossibilitar a sua nomeação ao cargo de desembargador deste Tribunal de Justiça.

E, não fosse por esse motivo, entendo que pela falta de conduta ilibada, traduzida, repito, em reputação imaculada e retidão de caráter, requisito subjetivo estampado no artigo 94 da Constituição Federal, o candidato também não poderia concorrer à vaga do quinto constitucional.

Em síntese: seja pelo não preenchimento do requisito temporal de 10 (dez) anos de efetivo exercício da advocacia, ou, quando menos, pelo não cumprimento, por todos os motivos acima esmiuçados, do requisito de reputação ilibada, entendo que o candidato Alex Heleno Santore não reúne as condições para figurar na lista tríplice dos candidatos aptos a concorrer à 83ª (octogésima terceira) vaga de desembargador desta Corte, pela regra do quinto

constitucional.

A solução, portanto, seria essa: o Tribunal de Justiça devolveria a lista sêxtupla para a entidade de classe, para nova confecção pela OAB/SC.

É que, conforme salientando em linhas pretéritas, o ato de nomeação ao cargo de desembargador pelo quinto constitucional é uno, já que a elaboração da lista tríplice pelo Tribunal Pleno leva em consideração a lista sêxtupla formulada pela OAB, ao passo que a nomeação pelo Governador do Estado leva em consideração a lista tríplice encaminhada pelo Tribunal de Justiça, de modo que, havendo vício em uma das fases, comprometidas estão todas as fases subsequentes, devendo retornar à entidade da qual o ato viciado emanou, para que seja refeito.

Assim, entendo que, *incontinenti*, deva ser oficiado ao Governador do Estado, para ciência e providências que entender pertinentes.

Ante o exposto, tenho que o candidato Alex Heleno Santore não preenche os requisitos estampados no artigo 94 da Constituição Federal para figurar em lista objetivando concorrer ao 83º (octogésimo terceiro) cargo de desembargador desta Corte, motivo pelo qual deve ser desconstituída a lista para oportuna devolução à Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Santa Catarina –, cientificando-se, por ofício, o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Santa Catarina, para ciência e providências que entender pertinentes.

É como voto.