

Excelentíssimo Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública, da Comarca da Capital.

Tribunal de Justiça de Santa Catarina, órgão do Estado de Santa Catarina com legitimidade *ad processum*, sediado no “Palácio Ministro Luiz Gallotti”, na rua Álvaro Millen da Silveira, n. 208, Centro, Florianópolis (SC), CEP 88020-901, inscrito no CNPJ sob o n. 83.845.701/0001-59, representado pelo seu presidente, Desembargador **JOSÉ ANTÔNIO TORRES MARQUES**, por intermédio de seu advogado que assina eletronicamente esta petição, atuando *pro bono*, e que recebe intimações no endereço de seu escritório, na rua Adolfo Melo, n. 38, sala 602, Centro, Florianópolis (SC), CEP 88.015-090, endereço eletrônico marcio@vicari.adv.br, com instrumento de mandato anexo (documento 1), vem à presença de Vossa Excelência promover ação de anulação de ato administrativo, com pedido de tutela provisória de urgência contra o Estado de Santa Catarina, pessoa jurídica de Direito Público, representada judicialmente pelo Procurador-Geral do Estado, professor *João dos Passos Martins Neto*, que recebe citações e intimações na sede da Procuradoria-Geral, na rua Prefeito Osmar Cunha, n. 220, edifício J.J. Cupertino Medeiros, Centro, Florianópolis (SC), CEP 88015-100, e contra Alex Heleno Santore, brasileiro, casado, advogado, titular da identidade n. 3.257.632 (SSP/SC), inscrito no CPF sob o n. 022.905.339-47, domiciliado na rua Jornalista Manoel de Menezes, n. 35, apartamento 404-B, bairro Itacorubi, Florianópolis (SC), CEP 88.034-060, pelos fatos e fundamentos a seguir esposados.

I – Da legitimidade *ad processum* e da regularidade da representação processual

1. É comezinho que o estado federado, como ente federativo (Constituição da República, artigo 18), detém personalidade jurídica de Direito Público (Código Civil, artigo 41, inciso II) e que seus Poderes consubstanciam órgãos da pessoa jurídica, despersonalizados, portanto.

2. Apesar de, em regra, a legitimidade *ad processum* decorrer da personalidade jurídica (Código de Processo Civil, artigos 70 e 71), há coletividades que, a despeito de não possuírem capacidade civil, mesmo que de

direito, podem postular em juízo em nome próprio. A doutrina brasileira os designa *peçoas formais* (acórdão no recurso especial [REsp] n. 1.551, Ministro **ATHOS GUSMÃO**) e O Código de Processo Civil indica algumas delas no seu artigo 75, incisos V, VI, VII, IX e XI.

3. É notável, a propósito, que o vigente Código de Processo Civil tenha ampliado consideravelmente a legitimidade *ad processum* em relação ao diploma que revogou, dispondo, o inciso IX do mencionado artigo 75, que serão representados em juízo “*a sociedade e a associação irregulares e outros entes organizados sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração de seus bens*” (o destaque não é do original). Como se vê, diferentemente do que previa o artigo 12 do Código de Processo Civil de 1973, o vigente expressamente admite em juízo “*entes organizados sem personalidade jurídica*”. E a doutrina aponta, a respeito:

O inciso IX, com efeito, anda melhor do que o art. 12 do CPC/1973, ao aludir textualmente a “outros entes organizados sem personalidade jurídica”. A inovação é boa, porque não deixa dúvidas de que o rol constante deste artigo de entes despersonalizados a que se reconhece capacidade é apenas exemplificativo.

(BENEDUZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol., II, org. MARINONI, Luiz Guilherme et al., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2017, p. 70, n; 4).

4. Assim, a lei admite que um mero órgão, não dotado de personalidade, mas sendo um “ente organizado”, possa estar em juízo. E tal autorização tem sido reconhecida pela jurisprudência, tendo o colendo Superior Tribunal de Justiça chegado a assentar, no enunciado sumular n. 525, que “*a Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais*”. *Mutatis mutandis*, se ao Poder Legislativo é permitido o direito de demandar, diretamente e em nome pessoal, por regra constitucional de equivalência o mesmo direito há de ser reconhecido ao Poder Judiciário.

5. O colendo Supremo Tribunal Federal já teve ocasião de assentar o tema, inclusive em ação direta de inconstitucionalidade, com efeitos *erga omnes*, portanto:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL. LEGITIMIDADE PARA RECORRER. CAPACIDADE PARA SER PARTE E ESTAR EM JUÍZO. ADI 1557. LEGITIMIDADE PARA A CAUSA CONCRETAMENTE APRECIADA. AUSÊNCIA. PRECEDENTES.

A corte pacificou entendimento de que certos órgãos materialmente despersonalizados, de estatura

constitucional, possuem personalidade judiciária (capacidade para ser parte) ou mesmo, como no caso, capacidade processual (para estar em juízo). ADI 1557, rel. min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 18.06.2004. Essa capacidade, que decorre do próprio sistema de freios e contrapesos, não exime o julgador de verificar a legitimidade *ad causam* do órgão despersonalizado, isto é, sua legitimidade para a causa concretamente apreciada. Consoante a jurisprudência sedimentada nesta Corte, tal legitimidade existe quando o órgão despersonalizado, por não dispor de meios extrajudiciais eficazes para garantir seus direitos-função contra outra instância de Poder do Estado, necessita da tutela jurisdicional. Hipótese não configurada no caso. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Acórdão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no agravo regimental no recurso extraordinário [RE-AgRg] n. 595176, relator Ministro **JOAQUIM BARBOSA**, julgado em 31.8.2010, publicado no Diário da Justiça eletrônico de 6.12.2010).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA Nº 9, DE 12.12.96. LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. CRIAÇÃO DE PROCURADORIA GERAL PARA CONSULTORIA, ASSESSORAMENTO JURÍDICO E REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA CÂMARA LEGISLATIVA. PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE INICIATIVA E DE OFENSA AO ART. 132 DA CF.

1. Reconhecimento da legitimidade ativa da Associação autora devido ao tratamento constitucional específico conferido às atividades desempenhadas pelos Procuradores de Estado e do Distrito Federal. Precedentes: ADI 159, Rel. Min. Octavio Gallotti e ADI 809, Rel. Min. Marco Aurélio.

2. A estruturação da Procuradoria do Poder Legislativo distrital está, inegavelmente, na esfera de competência privativa da Câmara Legislativa do DF. Inconsistência da alegação de vício formal por usurpação de iniciativa do Governador.

3. A Procuradoria Geral do Distrito Federal é a responsável pelo desempenho da atividade jurídica consultiva e contenciosa exercida na defesa dos interesses da pessoa jurídica de direito público Distrito Federal.

4. Não obstante, a jurisprudência desta Corte reconhece a ocorrência de situações em que o Poder Legislativo necessite praticar em juízo, em nome próprio, uma série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência frente aos demais Poderes, nada impedindo que assim o faça por meio de um setor pertencente a sua estrutura administrativa, também responsável pela consultoria e assessoramento jurídico de seus demais órgãos. Precedentes: ADI 175, DJ

08.10.93 e ADI 825, DJ 01.02.93. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (Acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade [ADI] n. 1557, relatora Ministra ELLEN GRACIE, julgada em 31.3.2004, publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência vol. 192**, p. 473).

6. Finalmente, há que se ver que o autor, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, não possui uma procuradoria que lhe atenda em questões como a de que ora se trata. Soma-se a isso o fato, *singular*, de que o único ilustre Procurador do Estado designado pela Procuradoria-Geral para assessorar o autor é obliquamente interessado neste feito, uma vez que compôs a lista tríplice formada visando ao cargo de Desembargador, tendo sido, pois, considerado pelo senhor Governador do Estado por ocasião da escolha que realizou e sendo, ao menos em tese, prejudicado pelo ato administrativo que se busca anular.

7. Demais disso, a Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 – Estatuto da Advocacia e da OAB, dispõe em seu artigo 30, inciso I, que são impedidos de exercer a advocacia “os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora”, de sorte que não se poderia esperar, ao menos em circunstâncias normais, que um dos dignos Procuradores do Estado de Santa Catarina fosse designado para patrocinar causa contra o Estado, que é a Fazenda Pública que o remunera. Assim, tomando em consideração essas circunstâncias, o autor, por seu Plenário, deliberou constituir advogado privado para esta causa.

II – Da síntese dos fatos

8. Por força de lei estadual, foram criadas diversas vagas para o cargo de Desembargador no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, das quais, em obediência ao notório mandamento constitucional, algumas ficaram reservadas a membros do Ministério Público e da advocacia, dentre as quais está a 83ª vaga de Desembargador, destinada a advogado.

9. Iniciado o processo de preenchimento, na forma da constituição e da lei, o autor recebeu da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Santa Catarina lista sêxtupla para exame e redução a tríplice. Procedida a votação pelo Tribunal Pleno, tirou-se lista tríplice (fls. 80-81 dos autos do pedido de providências n. 0000676-12.2017.8.24.0000 – documento 2) que foi encaminhada ao ilustre Chefe do Poder Executivo o qual, por sua vez, nomeou o advogado **ALEX HELENO SANTORE** para ocupar a 83ª vaga, por meio do Ato n. 1.082, de 15 de maio de 2017, publicado no Diário Oficial do Estado de Santa Catarina n. 20.534, de 17 de maio de 2017, p. 6 (fl. 82 dos autos do pedido de providências).

11. Durante o processo de escolha e mesmo após a nomeação houve ajuizamento de duas ações populares questionando o preenchimento dos requisitos de acesso ao cargo por parte do candidato que veio de ser nomeado. Essas ações foram propostas perante a Justiça Federal de Santa Catarina diante da participação, na relação processual, da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Santa Catarina e autuadas sob os números n. 5008766-43.2017.4.04.7200 e 5010455-25.2017.4.04.7200.

12. Paralelamente a isso, em 21 de maio de 2017, após a nomeação e antes da posse do escolhido, o ilustre Desembargador **RODRIGO TOLENTINO DE CARVALHO COLLAÇO** apresentou requerimento, por meio do ofício GD/RTCC n. 07/17 (fls. 3-5 dos autos do pedido de providências), dirigido ao Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina requerendo a suspensão da posse, com a reserva da respectiva vaga, bem como a instauração de processo administrativo para verificar suposto vício na formação da lista tríplice, salientando em seu requerimento 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”* (conforme relatório do acórdão do pedido de providências, fl. 372).

13. Esse requerimento, seguido de outros dois apresentados no dia seguinte, um deles da **ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS CATARINENSES** (fls. 17-20 dos autos do pedido de providências), foi distribuído ao Desembargador **ANDRÉ LUIZ DACOL** em regime de plantão, que determinou de imediato seu encaminhamento ao eminente Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça (fl. 2 dos autos do pedido de providências), o qual, por sua vez, proferiu decisão, no dia seguinte, 22 de maio de 2017, deferindo a suspensão da posse e a reserva da vaga, além de determinar a autuação dos expedientes como “pedido de providências”, sua distribuição a um dos Desembargadores do Pleno e a comunicação ao senhor Governador do Estado, ao nomeado e aos requerentes (fls. 24-28 dos autos do pedido de providências).

13. Distribuído o feito, o relator declarou suspeição por motivo de foro íntimo (fls. 35-36 dos autos do pedido de providências), sendo então redistribuído ao Desembargador **MARIANO DO NASCIMENTO** que determinou diligências com juntada de documentos e a notificação do nomeado para ofertar defesa (fls. 44-45 e fls. 121-122 dos autos do pedido de providências), o que ocorreu por intermédio de petição datada de 14 de junho de 2017 (fls. 201-232 dos autos do pedido de providências).

14. Reunido em sessão extraordinária no dia 11 de agosto de 2017, o Tribunal Pleno por maioria de votos decidiu rejeitar a preliminar de suspensão do pedido de providências em razão da judicialização da matéria e, por unanimidade de votos, *“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”, conforme certidão de julgamento (fls. 364-366 dos autos do pedido de providências).

15. Seguiu-se a isso comunicação da decisão tomada pelo autor ao excelentíssimo senhor Governado do Estado, por intermédio do ofício n. 1866/2017-GP, datado de 21 de agosto de 2017, no qual se consignou:

Senhor Governador

Em cumprimento à decisão proferida no processo administrativo n. 0000676-12.2017.8.24.0000, tomada na Sessão Extraordinária realizada no dia 11 de agosto próximo passado, comunico a Vossa Excelência que o Tribunal Pleno, de forma unânime, declarou que o advogado Alex Heleno Santore não preenche os requisitos constitucionais para ser nomeado ao cargo de desembargador e, por conseguinte, desconstituiu a lista sêxtupla para o preenchimento da vaga destinada à Ordem dos Advogados do Brasil pelo critério do quinto constitucional, conforme certidão e acórdão que seguem anexos.

Aproveito a oportunidade para apresentar protestos de elevada estima e crescente consideração.

Cordialmente,

Des. Torres Marques

PRESIDENTE

(Fl. 450 dos autos do pedido de providências).

16. Esse ofício foi recebido pelo gabinete do senhor Governador do Estado em 21 de agosto de 2017, como consta do recibo manuscrito de seu anverso, ao qual se seguiu ofício da Procuradoria-Geral do Estado dirigido ao Tribunal de Justiça, acompanhado de parecer de seu ilustre titular, no sentido de se ofertar direito ao contraditório ao nomeado (fls. 451-454 dos autos do pedido de providências).

17. O acórdão do Tribunal Pleno no pedido de providências transitou em julgado em 10 de novembro de 2017, consoante certidão (fls. 456 dos autos do pedido de providências). Em 26 de outubro de 2017 o Tribunal de Justiça, por intermédio de seu Presidente, pelo ofício n. 2382/2017-GP solicitou ao senhor Governador do Estado informações a respeito das providências a serem adotadas para o caso, ofício esse que foi recebido pela Secretaria da Casa Civil em 30 de outubro de 2017 (documento 3). Até a presente data, porém, nada foi comunicado ao Tribunal de Justiça.

III – Da invalidade do ato administrativo

18. O Ato n. 1.082, de 15 de maio de 2017, publicado no Diário Oficial do Estado de Santa Catarina n. 20.534, de 17 de maio de 2017, p. 6 (fl. 82 dos autos do pedido de providências) foi praticado pelo Chefe do Poder Executivo, após haver recebido lista tríplice do Tribunal de Justiça.

19. Todavia, supervenientemente a ele, o Tribunal de Justiça tomou conhecimento de fatos que poderiam invalidar o ato, eis que apontavam para a ausência do preenchimento de requisitos constitucionais e legais para a assunção da função pelo candidato que fora nomeado.

20. Instaurado processo administrativo, houve estrita observância da ampla defesa e do contraditório, com oportunidade de defesa escrita, juntada de documentos e sustentação oral do ilustre patrono do candidato nomeado na assentada de julgamento (fls. 201-232; fls. 234-259 e fl. 365, dos autos do pedido de providências) culminando com decisão unânime do Plenário do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no sentido de “*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*” (certidão de julgamento, fl. 364 dos autos do pedido de providências).

III.1 – Da necessidade de unidade de desígnios dos órgãos intervenientes para a validade do ato administrativo complexo

21. O ato de nomeação de desembargador na quota destinada aos membros oriundos da advocacia e do Ministério Público é reconhecido majoritariamente como de natureza *complexa*, isto é, que exige, para sua existência, a interveniência de três órgãos, sabidamente, órgão de classe, Tribunal judiciário e chefia do Poder Executivo.

22. Para validade do ato complexo, essas interveniências devem ser congruentes, ou seja, devem indicar nomes que tenham sido sufragados pelo órgão anterior. Por isso falar-se em “redução” das listas sêxtupla para tríplice e desta para o nomeado, de modo que é injurídico que as escolhas se deem em pessoas que não compunham o rol da etapa anterior.

23. Da mesma maneira, é matéria mais que conhecida, a possibilidade da administração pública “*anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos*”, nos termos do celeberrimo verbete n. 473 da Súmula de jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal.

24. Diante de tal exegese assentada, não resta dúvida de que atos administrativos eivados de vícios que os tornem ilegais, “*não*

originam direitos”, o que equivale a dizer que não convalidam, ressalvada a prescrição administrativa quinquenal.

25. Em tal contexto, independentemente de o ato administrativo ter natureza simples ou complexa, fato é que, sendo eivado de nulidade, ele não origina direitos, sendo passível de anulação pela própria administração. O fato de já se haver vencido uma das etapas do ato complexo, por isso mesmo, não pode ser óbice a que o respectivo órgão, tomando conhecimento de vício, anule o ato que praticou em erro e que é parte integrante e indissociável do ato complexo. Anulada um dos atos componentes do ato complexo, este não mais subsiste, certo que é indispensável, para sua existência, a unidade de desígnios dos órgãos intervenientes, algo que também não pode ser dispensado por uma pretensão — e inexistente — preclusão no *iter* de produção do ato complexo.

26. Assim, o órgão administrativo pode anular o ato que praticou se nele vislumbrar vício que o torne ilegal. Como, em caso de ato complexo, essa anulação atinge apenas parte do ato, faz-se imprescindível que, de duas uma: ou os demais órgãos anuem com a anulação, ou a invalidade seja postulada ao Estado-juiz. Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em acórdão inclusive mencionado na decisão administrativa do pedido de providências:

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.
2. Não se decreta nulidade sem que haja prejuízo, nem se apresenta razoável invocá-la quando atendidas e cumpridas todas as exigências legais.
3. A preclusão administrativa, eventualmente reconhecida, não impede, nem inibe o contencioso judicial, sendo pertinente o uso da ação mandamental para desfazimento, por vício de nulidade, de ato de nomeação.

4. Legitima-se passivamente para a ação do mandado de segurança não só o Presidente do Órgão Especial responsável pela formação da lista tríplice impugnada, assim como o Governador do Estado, que expediu o ato de nomeação, sendo litisconsortes necessários os demais integrantes da referida lista.

5. A legitimidade ativa e o interesse de agir do impetrante decorrem da sua simples condição de concorrente e da pretensão de afastar da competição quem, na lista tríplice, ingresse de forma inválida, como é na espécie sustentado.

6. Não previu o legislador constitucional, para nomeação de advogados e membros do Ministério Público, exigência de faixa etária, mínima ou máxima, como o fez em relação ao Tribunais Superiores, o que torna perfeitamente válida a postulação do impetrante, que atende aos requisitos fixados no art. 94 da Constituição Federal, quais sejam, mais de 10 anos de efetiva atividade profissional, notável saber jurídico e reputação ilibada.

7. Para composição da lista tríplice o Tribunal reunir-se-á com o *quorum* mínimo de 2/3 (dois terços) de seus membros e promoverá a escolha pelo voto da maioria absoluta dos seus integrantes, em condições legais de votar, realizando tantos escrutínios quantos forem necessários. Tratando-se de lista tríplice única, cada Desembargador apto a votar, no primeiro escrutínio, escolherá 3 (três) nomes. Restará constituída a lista se 3 (três) ou mais candidatos obtiverem a maioria absoluta dos votos dos membros do Tribunal, hipótese em que a lista se comporá dos nomes dos 3 (três) mais votados, em ordem decrescente de sufrágios. Caso contrário, um segundo escrutínio será realizado, e daí sucessivamente, se necessário, concorrendo, em cada um, candidatos em número correspondente ao dobro dos nomes a serem inseridos, ainda, na lista, de acordo com a ordem de votação alcançada no escrutínio anterior. Havendo apenas uma vaga a preencher, será considerado escolhido o candidato mais votado, com preferência ao mais idoso em caso de empate.

8. Não agride nem viola o princípio da efetividade da norma constitucional, do seu livre trânsito, a prescrição legal ou regimental, emanada dos Estados-membros, do requisito, para formação da lista tríplice, da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou do Órgão Especial, onde houver, nas vagas reservadas à classe dos advogados e dos membros do Ministério Público, por não constituir restrição à investidura, mas apenas o disciplinamento do processo de composição da respectiva lista.

(Acórdão do Plenário do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no mandado de segurança n. 2003.005878-8, da Capital, relator Desembargador CESAR ABREU, julgado em 3.9.2003 – no original, sem o destaque).

27. *In casu*, o que fez o autor foi exatamente isso: reconheceu nulidade do ato que praticara (redução da lista sêxtupla para tríplice, por ausência de requisitos de um dos candidatos o que desconhecia naquela ocasião) e, diante do fato de que a terceira etapa do ato complexo já havia sido praticada, comunicou sua decisão ao Chefe do Poder Executivo, para providências. Não tendo elas sido adotadas, não resta outro caminho senão invocar o Poder Jurisdicional pelo que patente o interesse processual do autor.

28. Do mesmo modo, em sendo anulada uma das etapas do ato administrativo complexo, este não mais subsiste, não se opondo a tal conclusão qualquer argumento de mera preclusão, convalidamento ou superação de etapas.

III.2 – Da motivação da anulação do ato de escolha da lista tríplice

29. Em síntese, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por unanimidade de votos, entendeu que o candidato nomeado não preenche os requisitos para concorrer e ocupar a vaga de desembargador pelo critério do quinto constitucional. Esclareceu que só veio a ter conhecimento dos óbices após ter efetivado a redução da lista sêxtupla para tríplice.

30. Os motivos que levaram a integralidade das senhoras e dos senhores Desembargadores a concluírem nesse sentido estão expostos de modo minudente, claro, objetivo e robustamente fundamentado, pelo acórdão no pedido de providências n. 0000676-12.2017.8.24.0000, cujas razões, *per relationem* (agravo regimental na reclamação [Rcl-AgRg] n. 4416 relator Ministro CELSO DE MELLO) colmatam a causa de pedir desta demanda e que, por isso, se pede vênia para transcrever:

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 OAB);
- **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 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 outas 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*:

.....

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.

.....

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).

.....

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 ideológica.

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.

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.

.....

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	17-11-2005 a 26-2-2007	466 dias

Secretário Jurídico		(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.

(Acórdão do pedido de providências, fls. 401-419)

31. Importante também destacar fundamentos que completam aqueles indicados pelo relator, Desembargador **MARIANO DO NASCIMENTO**, em voto vencedor apartado, declarado pelo Desembargador **JORGE LUIS COSTA BEBER**:

De todo modo, o que de forma alguma se justifica é a alteração **“das regras do jogo” após ele ter iniciado.**

Com efeito, era lícito a quaisquer dos interessados em concorrer à lista impugnar o Provimento 102/2004, de modo a fazer com que o pleito se ajustasse estritamente aos comandos constitucionais. Mas, parece-me, que em não o fazendo e efetuando a sua inscrição sem qualquer ressalva, aquiesceram com os critérios ali definidos e, portanto, por questão de coerência e razoabilidade, a eles se submetem.

Tanto que os documentos juntados pelo candidato nomeado Alex e, por certo, também pelos demais inscritos, foram no sentido de comprovar o efetivo exercício da advocacia **nos termos da Resolução**, isto é, mediante prova da prática de cinco atos privativos de advogado em cada ano, limitados aos dez anteriores à data da inscrição.

A lógica, aqui, é rigorosamente a mesma que os Tribunais pátrios, inclusive, as Cortes Superiores, aplicam aos certames licitatórios e concursos públicos, no sentido de que a alegada nulidade de determinado requisito constante dos editais pressupõe a sua prévia impugnação. O egrégio STJ, inclusive, tem posicionamento assente no sentido de que “o edital, por ser a lei do concurso, vincula tanto a Administração Pública quanto os que, ao se inscreverem, manifestam a sua vontade de participar da competição, em observância às regras estabelecidas para o certame (RMS 32.073/MS, Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 10/05/2011).

Na direção do precedente referido há inúmeros outros: AgREsp 871.328-SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; AGRs no RMS 43.065/PE, Rel. Min. Og Fernandes, DJE 5.12.2014; AgRg no REsp 676.430/PB, Rel. Min. Celso Limongi, DJe 14.12.2009; AgRs no Resp 1.124.254/PI, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJE 29.04.2015; RMS n. 26.190/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro; AgRg o RMS 10.798/PR, Rel. Min. Mailza Maynard, DJe 14.04.2014.

Bem por isso, então, é que não me soa minimamente razoável admitir que o nomeado, **que jamais impugnou os termos da Resolução**, venha agora, após serem suscitadas fundadas dúvidas quanto ao preenchimento dos requisitos nela timbrados, voltar-se contra o seu teor.

A vigorar entendimento contrário, então é rigorosamente necessária **a anulação de todo o certame de escolha da lista sêxtupla**, de modo que seja reiniciado o processo apenas à luz das disposições da Carta Maior, dado que uma “nulidade absoluta por inconstitucionalidade”, como o seria o alargamento dos requisitos constitucionais timbrados no art. 94, CF/88, alegadamente encerrada pelo Provimento n. 102/2004, não pode, salvo melhor juízo, aproveitar apenas ao candidato nomeado pelo Sr. Governador, em detrimento de todos os demais. A propósito, quando faço referência a “todos os demais” não aludo apenas aos demais integrantes da lista sêxtupla, mas também e principalmente àqueles que, por não preencherem os requisitos do Provimento, sequer levaram a efeito sua inscrição ou, o que é pior, eventualmente a tiveram indeferida.

A meu juízo, portanto, ou o candidato – assim como todos os outros – submete-se ao Provimento n. 102/2004 e mais precisamente, ao disposto nos seus arts. 5º e 6º, **ou todo o certame deve ser retomado**, desta feita distante das exigências timbradas naquele normativo e subsumido apenas e tão somente ao que consta na Constituição Federal.

.....

Ademais disso, ainda que se entenda, como chega a mencionar em sua defesa, que o candidato Alex foi cedido por ato administrativo da própria Corte e que reputá-lo inválido depende de declaração judicial ou, no mínimo, da instauração de procedimento administrativo no âmbito do Tribunal para revisão do próprio ato, **é acodada a conclusão de que já não se seja mais possível fazê-lo, em virtude da decadência**, eis que, embora o Pretório Excelso tenha firmado entendimento de que, mesmo o Poder Público, submete-se a consolidação das situações eventualmente antijurídicas em face do decurso do tempo prevista no art. 54, Lei n. 9.784/99, **a própria Lei ressalva a hipótese de má-fé**.

Não estou, é bom deixar claro, antecipando qualquer juízo de valor a respeito da boa ou má-fé do candidato nomeado. Apenas pontuo que a defesa da decadência, pura e simplesmente, não deve impressionar, a ponto de reputar impossível a revisão do ato administrativo de cessão, haja vista que é, em tese, viável a sua invalidação, mesmo após o transcurso do lapso quinquenal.

De todo modo, não há como passar despercebida a circunstância de que o candidato Alex, às vésperas do encerramento do prazo para inscrição à lista, requereu a atualização de seus dados cadastrais perante a OAB, comunicando a ocorrência de todas as

causas de incompatibilidade e impedimento ao exercício da advocacia em que incorreu durante sua vida profissional. Todas, menos uma, a investidura no cargo de Técnico Auxiliar do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – e, bem se vê, a mais relevante delas.

E, nesse contexto, é inevitável questionar **por qual motivo o candidato deliberadamente omitiu a referida circunstância** e quer me parecer que suas razões não se ornaram da mais absoluta boa-fé, como flui das linhas de sua defesa.

Poder-se-ia, aqui, inclusive, incursionar sobre o descumprimento de um dos requisitos subjetivos do art. 94 da Constituição Federal, ou seja, a reputação ilibada, porque não parece razoável que aquele que almeja atuar como magistrado, busque alcançar tal objetivo mediante conduta omissiva de circunstâncias imprescindíveis à correta avaliação do seu nome, na forma da lei e do Regulamento, induzindo em erro aqueles que, futuramente, passariam a ser seus colegas.

.....

Tem-se, mais – e aqui levanto questão estranha às condições pessoais de Alex Santore, mas pertinente à higidez do procedimento – que à data em que submetida a lista sêxtupla a esta Corte para votação, há notícias de que pendia de análise na Ordem dos Advogados do Brasil recurso administrativo quanto à rejeição da impugnação ofertada contra a inscrição do então candidato, parecendo-me, pois, que por medida de razoabilidade e independentemente dos efeitos inerentes a tal recurso, a questão deveria ter sido, primeiro, solucionada no âmbito da Seccional, eis que, sendo o ato complexo ou composto, a passagem à fase seguinte pressupõe a conclusão da anterior.

São tantas, enfim, as anomalias envolvidas nos atos correlatos ao procedimento de escolha do Sr. Alex Heleno Santore como Desembargador dessa honrosa Corte – desde a sua inscrição, até o processo de votação neste Órgão Pleno e, alfinim, a sua nomeação – que, parece-me, não se coaduna com a elevada postura inerente à Casa da Justiça – e, sobretudo, de nós esperada pela sociedade – que fiquemos de braços cruzados, subsumidos ao sabor dos acontecimentos.

.....

Sucede que, reconhecida naquelas ações, por hipótese, **a existência do indevido alargamento empreendido pelo Provimento nº 102/2004 do CFOAB, acerca dos requisitos timbrados no art. 94 da CF, com proclamação de nulidade absoluta por inconstitucionalidade**, corre-se o risco de, arredados os supostos excessos, ou seja, dez anos de efetiva atividade jurídica, contados de forma retroativa a partir da data da inscrição e comprovados mediante a prática, em cada um deles, de cinco atos privativos da advocacia (arts. 5º e 6º do Provimento n. 102/2004), **serem desacolhidas aquelas demandas, gerando, em consequência, a assunção ao cargo de desembargador por Alex Heleno Santore.**

Exatamente por isso, no meu pensar, o caminho a ser adotado deve trilhar, **primeiro**, pelo reconhecimento por parte deste Tribunal Pleno da existência de vícios no procedimento que culminou com a

redução da lista sêxtupla para tríplice, **porquanto omitidos deliberadamente fatos relevantes ao juízo de valor que cada Desembargador deve exercer ao lançar seu voto**, não sendo demasiado rememorar o teor do art. 99 da CF, que assegura autonomia administrativa ao Poder Judiciário.

No passo seguinte, na hipótese desta Corte anular a lista tríplice, no âmbito administrativo, remanesceria a necessidade de judicializar a questão apenas contra ato do Sr. Governador, por se tratar de ato complexo, caso **não reflua o Chefe do Executivo da nomeação que foi implementada com fulcro na malsinada lista.**

Não impressiona, data vênia, a assertiva da impossibilidade deste colegiado revisar sua deliberação em torno da escolha dos três candidatos, porquanto em curso duas ações populares onde questiona-se a possibilidade de Alex Santore integrar a lista sêxtupla encaminhada pela OAB.

Como sabido, a viabilidade da revisão é da essência dos atos administrativos, forte no poder-dever que dimana do princípio da autotutela, como, aliás, anunciado nas Súmulas 346 e 473 do STF, daí por que, **reconhecido, nesta sede, que houve ilegalidade no procedimento de escolha da lista tríplice, nada impede a sua revogação, especialmente porque a posse não se consumou, o que afasta a violação de algum pretensão direito que não chegou a se formar.**

Registro, por oportuno, que os Tribunais Federais, Estatuais ou de Contas, embora não ostentem personalidade jurídica, possuem personalidade judiciária excepcional no âmbito das suas prerrogativas institucionais, podendo, por isso, figurarem tanto na extremidade ativa como passiva de alguma demanda envolvendo essa específica temática. Foi o que decidiu o STJ no AgRg n. 700.136.

Logo, se o Tribunal de Justiça de Santa Catarina não é parte naquelas demandas, não só pode revisar seu próprio ato administrativo, como também, se necessário, judicializar a anulação do subsequente ato do Sr. Governador, **caso S.Exa., repito, uma vez deliberada a anulação da listra tríplice, deixe de anular a nomeação efetuada com esteio nela.**

O Tribunal de Justiça, neste caso, estará atuando estritamente **em defesa das suas prerrogativas institucionais, no sentido de manifestar sua absoluta discordância com a convalidação de um ato de nomeação eivado de vícios originários, desconhecidos da Corte, é importante dizer, quando iniciou a análise da lista sêxtupla.**

Mais do que isso: anulada a listra tríplice e não anulando o Sr. Governador a nomeação que realizou, no curso da ação judicial que deverá ser proposta para essa finalidade deve ser formulado pleito alternativo para, uma vez eventualmente reconhecida, naquela demanda, a existência de vício de inconstitucionalidade no Provimento nº 102/2004, seja proclamada a anulação de todo o certame de escolha da lista sêxtupla, com seu reinício à luz das exclusivas disposições do art. 94 da CF.

(Declaração de voto vencedor, fls. 423-432)

32. Finalmente, convém também transcrever declaração de voto vencedor do Desembargador **NEWTON TRISOTTO**:

Apenas enfatizo que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina não poderia ser conivente com ato administrativo que, a toda evidência, é nulo por manifesta violação ao princípio da probidade administrativa (CR, art. 37, *caput*).

(Declaração de voto vencedor, fl. 436)

IV – Da necessidade de tutela provisória

31. Como se disse antes, embora plenamente eficaz, desde logo, a anulação do ato exclusivo do Tribunal de Justiça na redução da lista sêxtupla para tríplice, isso retira a base validade do ato complexo, mas a anulação deste depende ou da concordância de todos os órgãos partícipes, ou da intervenção judiciária.

32. Uma vez que o senhor Governador do Estado tenha sido cientificado da decisão administrativa em 21 de agosto de 2017 (autos do pedido de providências, fl. 450), o que foi reiterado em 30 de outubro de 2017 (documento 3), sem que até a presente data tenha, aquela elevada autoridade, tomado alguma providência concreta em relação à anulação do seu ato, torna-se imperiosa a adoção de providência que garanta e assegure a eficácia do que decidido administrativamente pela unanimidade dos membros do Tribunal de Justiça.

33. Soma-se a isso, o fato de que o próprio senhor Governador do Estado, quando comunicado da decisão inicial do Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça que sustou o ato de posse e reservou a vaga, afirmou pelo ofício GABGOV n. 071/2017, que aguardava “*novas informações acerca dos encaminhamentos desse Tribunal atinentes à matéria*” (autos do pedido de providências, fl. 41).

34. Visando esta demanda à anulação do ato administrativo complexo e já estando anulado o ato que compõe a segunda etapa desse mesmo ato complexo, fundamental que se resguarde a situação de fato, impedindo que eventualmente inovações relativamente à investidura na vaga reservada, ocorram. Como se sabe, pode haver manejo de pretensão à autoridade competente, visando à obtenção da posse, o que causaria, inequivocamente, situação de grave desestabilidade, para além do já severo quadro instalado.

35. Em tal cenário, é fundamental tornar firme a eficácia prática do ato administrativo anulatório efetivado pelo autor, que ainda depende de exame, no que toca ao ato complexo, do Poder Judiciário.

36. Além disso, a delicada situação institucional de eventual desestabilidade na fundamental e constitucional harmonia entre os Poderes faz com que a intervenção imparcial do Estado-juiz, exercendo seu

mister constitucional de árbitro último das relações orgânicas estatais, seja inarredável e mesmo urgente.

37. Como se sabe, o artigo 300 do Código de Processo Civil autoriza o juiz a conceder tutelas provisórias urgentes, tanto de natureza cautelar, quanto satisfativas, chamadas pela lei de “antecipadas”. Para tanto, devem estar presentes os requisitos de probabilidade do direito e de perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

38. Aqui, a probabilidade do direito decorre da minudente e exaustiva fundamentação constante da decisão administrativa unânime do Plenário do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, bastante por si só.

39. Por outro lado, o risco ao resultado útil do processo mostra-se intuitivo diante da fragilidade da situação fática, tendo em conta a intrincada relação entre os diversos atos e órgãos e o risco de eventualmente haver-se investidura *pro tempore* em cargo da mais alta relevância da hierarquia estatal.

V – Dos requerimentos e pedidos

40. Ante o exposto, requer o autor:

a) o recebimento deste feito em regime de plantão diante da demanda por tutela provisória de urgência;

b) a concessão de tutela provisória de urgência, sem oitiva prévia do réu (Código de Processo Civil, artigo 9º, parágrafo único, inciso I) para o fim de suspender todos os efeitos do Ato n. 1.082, de 15 de maio de 2017, publicado no Diário Oficial do Estado de Santa Catarina n. 20.534, de 17 de maio de 2017, p. 6, do excelentíssimo senhor Governador do Estado, em especial para sustar qualquer ato de posse ou investidura na 83ª vaga de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, até decisão judicial ulterior produzida neste feito, comunicando-se, para tanto, *incontinenti*, o excelentíssimo Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça;

c) após o cumprimento da liminar, sejam os réus citados nos endereços declinados no preâmbulo para, querendo, contestar o feito no prazo e sob as penas da lei;

d) ao final, seja anulado o Ato n. 1.082, de 15 de maio de 2017, publicado no Diário Oficial do Estado de Santa Catarina n. 20.534, de 17 de maio de 2017, p. 6, do excelentíssimo senhor Governador do Estado, bem assim seja anulado todo o certame de escolha da lista sêxtupla relativamente à 83ª vaga de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com seu reinício à luz das exclusivas disposições do artigo 94 da Constituição da

República, com o reconhecimento, *incidenter tantum*, da inconstitucionalidade do Provimento n. 102/2004 do Conselho Federal da OAB naquilo que excede às disposições constitucionais;

e) a concessão do benefício da gratuidade de justiça ao autor, diante da isenção de pagamento de despesas processuais por parte de órgão estatal;

f) manifesta, desde logo, o autor, a opção pela não realização da audiência de conciliação ante a evidente indisponibilidade do direito litigioso;

g) a produção das provas admitidas em Direito, em especial a documental que acompanha a petição inicial, além de outras que se fizerem necessárias, a serem identificadas e especificadas em seu devido tempo, no processo.

Dá à causa o valor de R\$ 10.000,00.

Florianópolis, 2 de dezembro de 2017.

Márcio Luiz Fogaça Vicari — OAB/SC 9199
Petição assinada eletronicamente