

NOTA TÉCNICA

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 204/12

PROPOSTA PARA SUPRIMIR A INTERVENÇÃO DOS TRIBUNAIS NA NOMEAÇÃO DOS INTEGRANTES DAS VAGAS DESTINADA AO QUINTO CONSTITUCIONAL. Inconstitucionalidade, por afastar participação necessária e indispensável do Poder Judiciário para a composição de suas cortes, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes, agasalhado como cláusula pétrea da Constituição Federal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça.

Trata-se de proposta que dá nova redação aos arts. 94, 104, 119 e 120 da Constituição Federal, para alterar a forma de indicação de membros do Ministério Público e advogados às vagas nos Tribunais, de autoria do deputado João Caldas (PEN/AL).

Nos termos da proposta, altera-se a forma de escolha dos membros oriundos da Advocacia e do Ministério Público, para ocupação das vagas reservadas aos membros do quinto constitucional, para suprimir a sistemática atual, com a votação da lista sêxtupla pelos tribunais, que a reduzem a tríplice que será remetida ao Chefe do Poder Executivo.

Como expõe-se a seguir, a proposta afigura-se inconstitucional por ofensa ao princípio da separação de poderes, infringindo cláusula pétrea do sistema constitucional brasileiro (art. 60, §4º da Constituição Federal), como se passa a expor.

Dentro do sistema concebido pelo legislador constituinte para composição do quinto constitucional nos Tribunais, estabeleceu-se sistema de freios e contrapesos, essencial para assegurar a saudável harmonia institucional e a independência dos tribunais, segundo o qual:

- a) os membros da classe (Advocacia ou Ministério Público) elegem lista sêxtupla, composta por membros escolhidos com, no mínimo, dez anos de carreira ("exercício profissional" no caso dos advogados) e reputação ilibada, além de notório saber jurídico para os advogados;
- b) o Tribunal, recebendo a lista, realiza nova votação, reduzindo-a à lista tríplice;
- c) a lista é remetida ao Chefe do Poder Executivo, que realiza a nomeação.

A proposta em discussão retira a interferência dos Tribunais, fazendo com que a lista sêxtupla seja diretamente encaminhada ao Chefe do Poder Executivo, sob a justificativa de que a análise pelo Poder Judiciário “burocratiza” o processo de escolha, com a intervenção de outros órgãos e a escolha pelo Poder Executivo assegura a sua maior “autonomia e independência”.

Muito ao contrário, a sistemática de exame e análise dos candidatos pelos Tribunais não se afigura como uma simples formalidade burocrática, mas de regra essencial para assegurar a autonomia dos Tribunais e a separação dos poderes.

A doutrina clássica constitucional impõe que haja restrições recíprocas, de forma a afastar influências excessivas de um dos Poderes da República na composição dos membros de outro Poder. A propósito, o artigo federalista nº 51 recomenda: *“Para manter a separação dos poderes, que todos assentam ser essencial à manutenção da liberdade, é de toda necessidade que cada um deles tenha uma vontade própria; e, por conseqüência, que seja organizado de tal modo que aqueles que o exercitam tenham a menor influência possível na nomeação dos depositários dos outros poderes¹”*.

A proposta ao contrário, suprime a intervenção do Poder Judiciário na escolha dos membros oriundos do quinto constitucional, atendendo contra o procedimento saudável com guarida constitucional, indispensável para harmonizar as nomeações com o arcabouço traçado pelo constituinte.

O regramento constitucional impõe aos tribunais o dever de zelar pela escolha de seus membros segundo critérios objetivos, mediante o mandamento inscrito no art. 93-II, “c” da Constituição Federal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não deixa dúvidas que estas exigências se aplicam aos candidatos oriundos do Ministério Público e da Advocacia:

“‘Quinto constitucional’ (CF, art. 94). Elaboração de lista tríplice por Tribunal de Justiça. Observância do princípio da publicidade, em oposição à prática dos ‘arcana imperii’, como fator de legitimação constitucional das deliberações dos órgãos do Poder Judiciário. Aparente validade da resolução do CNJ que consagrou, em tal hipótese, a necessidade de ‘votação aberta, nominal e fundamentada’. Importância da transparência dos atos estatais como elemento viabilizador do escrutínio público. A ruptura dos círculos de indevassabilidade das deliberações do poder. Instituição do regime de sigilo fora das hipóteses constitucionalmente autorizadas: medida que transgride o princípio democrático e que vulnera o espírito da República. A questão do repúdio a atos inconstitucionais e a defesa da integridade da constituição por órgãos administrativos: distinção necessária entre declaração de inconstitucionalidade (matéria sob reserva de jurisdição) e recusa de aplicabilidade de atos reputados inconstitucionais. Pretensão mandamental aparentemente desvestida de plausibilidade

¹ No original: *“In order to lay a due foundation for that separate and distinct exercise of the different powers of government, which to a certain extent is admitted on all hands to be essential to the preservation of liberty, it is evident that each department should have a will of its own; and consequently should be so constituted that the members of each should have as little agency as possible in the appointment of the members of the others”*. Consultado no dia 15/07/2013 em: <http://www.gutenberg.org/cache/epub/18/pg18.html>.

jurídica. Medida cautelar indeferida." (MS 31.923-MC, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 17-4-2013, DJE de 22-4-2013, grifamos).

De igual forma, em vários julgados, a Corte Suprema afirmou que intervenção dos Tribunais é um dever constitucional, firmado no princípio da separação de poderes, que se harmoniza com o fortalecimento do Poder Judiciário, uma vez respeitadas as balizas da publicidade e fundamentação:

"Reclamação. OAB. Lista. Composição do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recusa. Devolução. A devolução da lista apresentada pela OAB com clara indicação dos motivos que a suportaram não viola decisão desta Suprema Corte que, expressamente, ressaltou essa possibilidade 'à falta de requisito constitucional para a investidura, desde que fundada a recusa em razões objetivas, declinadas na motivação da deliberação do órgão competente do colegiado judiciário' (MS 25.624/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19-12-2006)." (Rcl 5.413, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 10-4-2008, Plenário, DJE de 23-5-2008.)

"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 CF: 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. 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). Na vigente CR – 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 Ministério Público ou pela OAB, para submetê-los à escolha final do chefe do Poder Executivo. 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. 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 no Ministério Público ou de efetiva atividade profissional na advocacia). 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. 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. 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. A solução harmônica à Constituição é a devolução motivada da lista sêxtupla à corporação da qual emanada, para que a refaça, total ou parcialmente, conforme o número de candidatos desqualificados: dissentindo a entidade de classe, a ela restará questionar em juízo, na via processual adequada, a rejeição parcial ou total do tribunal competente às suas indicações." (MS [25.624](#), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 6-9-2006, Plenário, DJ de 19-12-2006.)

O Conselho Nacional de Justiça, em idêntico sentido, afirma que a participação dos Tribunais na escolha dos membros do quinto constitucional é essencial para assegurar o respeito ao princípio da separação dos poderes e a independência do Poder Judiciário, como expõe a decisão:

PCA Nº 2009.10.00.001651-0. "QUINTO CONSTITUCIONAL. ACESSO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO A TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ESTADO. LISTA TRÍPLICE. FORMAÇÃO. AVALIAÇÃO DOS CANDIDATOS. CRITÉRIOS OBJETIVOS. RESOLUÇÃO. LEGALIDADE. 1. A edição de Resolução, por parte de Tribunal de Justiça, fixando critérios objetivos que auxiliem na avaliação de candidatos e na formação de lista tríplice para preenchimento de vaga de Desembargador cujo assento é destinado a membro do Ministério Público, atende aos princípios que regem a Administração Pública, democratiza a disputa e afasta eventual subjetividade na escolha dos concorrentes. 2. A atividade de escolha dos critérios fixados na Resolução insere-se dentro do âmbito do poder discricionário da Corte de Justiça, mormente porque não há norma cogente estabelecendo quais critérios devam ser adotados, como acontece com a hipótese prevista no artigo 93, inciso II, alínea "c", da Constituição Federal, de aferição do merecimento para promoção de magistrados. 3. Por essa mesma razão, descabe falar em edição de norma igual ou semelhante à aplicável à magistratura na hipótese de promoção por merecimento, tampouco desrespeito ao princípio constitucional da isonomia. Procedimento de Controle Administrativo de que se conhece e a que se julga improcedente."

Por outro lado, admitindo-se o argumento de que a exposição ao Poder Judiciário contaminaria a autonomia e independência dos egressos da Advocacia e ao Ministério Público, como compatibilizar esta pretensão com a nomeação pelo Chefe do Poder Executivo. Ao retirar-se do Poder Judiciário qualquer

intervenção na lista sêxtupla, estará aberta a possibilidade de, ao contrário, ocorrer nomeações de candidatos com critérios meramente políticos, que não passaram pelo crivo da análise objetiva de seus critérios para ingresso no Poder Judiciário. Ao invés de retirar-se a ingerência política, ela será amplificada, à custa, ademais, do princípio e da cláusula pétrea de separação de poderes.

Pelas razões expostas, opina-se pela inadmissibilidade da presente Proposta de Emenda à Constituição, pela contrariedade ao princípio da separação de poderes, erigido como cláusula pétrea pelo §4º do art. 60 da Constituição, nos termos do art. 32-III, "b" do Regimento Interno da Câmara Federal dos Deputados.

Brasília, 16 de julho de 2013



PAULO LUIZ SCHMIDT

PRESIDENTE DA ANAMATRA