

SÉTIMO CONGRESSO LATINO-AMERICANO DE CIÊNCIA POLÍTICA
Associação Latino-americana de Ciência Política — ALACIP

Bogotá, Colômbia
25 a 27 de setembro de 2013

**POLITIZAÇÃO NA JUSTIÇA DE CÚPULA:
UMA ANÁLISE ACERCA DOS CONFLITOS INSTITUCIONAIS NA FORMAÇÃO
DE LISTAS PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Delton Ricardo Soares Meirelles^a

Alexia Soares Cunha^b

Marcos Felipe de Medeiros Alves^c

Francis Noblat^d

^a Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — PPGD/UERJ. Coordenador de Graduação, Subchefe do Departamento de Direito Processual, e Professor na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense — UFF. Membro permanente do corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense — PPGSD/UFF. Coordenador do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais — LAFEP/UFF.

^b Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense — UFF. Membro do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais/LAFEP-UFF.

^c Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense — UFF. Membro do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais/LAFEP-UFF.

^d Mestrando em Ciências Jurídicas e Sociais, e bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior — CAPES, pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense — PPGSD/UFF. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense — UFF. Pesquisador em formação do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos — INCT-InEAC. Membro do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais/LAFEP-UFF.

**Politização na justiça de cúpula: uma análise acerca dos conflitos institucionais na
formação de listas para o Superior Tribunal de Justiça**

Delton Ricardo Soares Meirelles

Alexia Soares Cunha

Marcos Felipe de Medeiros Alves

Francis Noblat

Resumo. A ordem jurídica brasileira baseia-se na independência do Poder Judiciário, e na primazia dos Tribunais de cúpula. Com regras de investidura particulares ao papel desempenhado por seus integrantes, seus membros são escolhidos de acordo com procedimentos previamente estabelecidos pela Constituição Federal, de modo a atenuar a discricionariedade inerente às escolhas políticas características das indicações dos candidatos. Partindo de um estudo de caso, o presente estudo visa delinear o panorama no qual se configurou o embate político-jurídico entre a Ordem dos Advogados do Brasil e o Superior Tribunal de Justiça, entre os anos de 2008 e 2009, decorrente da rejeição da lista de candidatos em potencial para ocupar posição vacante no referido tribunal, em detrimento da ausência de consenso acerca dos candidatos. Entre a determinação constitucional que vincula a resposta do Tribunal, e seu requisito regimental de maioria absoluta de votos, busca-se analisar como delineou-se o conflito institucional, com foco na dinâmica inerente ao diálogo entre as instituições envolvidas no processo.

Palavras-chave. Politização do judiciário. quinto constitucional. investidura de magistrados; diálogos institucionais.

Sumário. Introdução — I Das formas de investidura no Poder Judiciário — II Dos modelos estruturais caracterizadores do Poder Judiciário — I Aspectos relativos ao quinto constitucional — III.i. Das peculiaridades procedimentais do “terço” no Superior Tribunal de Justiça — IV. Da Independência entre os poderes — V. Entre atribuições constitucionais e conflitos institucionais: “Ordem dos Advogados *versus* Superior Tribunal de Justiça”, o caso do *terço* constitucional. — VI. Quanto à natureza jurídica do ato de nomeação ao *terço* constitucional e o princípio da supremacia do interesse público — VII. Do poder-dever intrínseco à competência do Superior Tribunal de Justiça na dinâmica do *terço constitucional* — Considerações finais. — Referências Bibliográficas.

Introdução.

O tema da investidura dos magistrados é um dos mais relevantes quando se discute o Sistema de Justiça gerando, por vezes, controvérsias e debates acerca da nomeação dos magistrados num ambiente democrático.

Nesse âmbito, o instituto do *quinto constitucional* constitui um rico objeto de análise, vez que figura como exceção à regra de ingresso no Poder Judiciário, via concurso público, e engloba em sua dinâmica um processo político que envolve o diálogo de diversas instituições.

O presente artigo tem como objetivo analisar o procedimento constitucional de escolha dos ministros do Superior Tribunal de Justiça oriundos do chamado *terço constitucional* — que, em contrapartida à investidura por concurso público, se dá por indicação —, verificando a possibilidade de conflitos institucionais durante o processamento das listas pelas entidades de classe, Judiciário, Senado Federal e Presidência da República.

Tomando por base estudo de caso ocorrido entre os anos de 2008 e 2009, ocasião em que o Pleno do Superior Tribunal de Justiça, em reunião realizada em fevereiro de 2008, rejeitou a lista de indicações da Ordem dos Advogados do Brasil para preenchimento de vaga aberta no respectivo Tribunal, no ano anterior, pela aposentadoria do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, em setembro de 2008, o presente trabalho busca analisar as premissas teóricas que fundamentam o diálogo institucional nos casos do *quinto constitucional*.

Neste sentido, sendo certo que a regulamentação do procedimento da confecção das listas e indicações pelos respectivos órgãos, diposta na Constituição da República Federativa do Brasil (doravante, Constituição Federal), estabelecem critérios para a composição das listas pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil, questiona-se, no caso, a competência do Superior Tribunal de Justiça para, sob o fundamento regimental da ausência de maioria

absoluta de votos — ainda que os candidatos indicados pela entidade de classe apresentem os requisitos objetivos exigidos —, se recusar a formar a lista tríplice.

Nestes termos, cabe questionar: seria legítimo ao Superior Tribunal de Justiça utilizar-se de desembargadores convocados, sem passar pelo procedimento previsto na Constituição Federal, enquanto perdurar o conflito com a Ordem dos Advogados do Brasil?

Igualmente, seria possível ao Superior Tribunal de Justiça recusar-se a elaborar a lista tríplice? E, enquanto permanecesse o impasse entre Ordem dos Advogados do Brasil e o Superior Tribunal de Justiça, poderia este compor lista tríplice de provenientes do Ministério Público, tendo em vista o desequilíbrio entre ministros oriundos do *Parquet* e da advocacia?

Por fim, poderia, ainda, o Superior Tribunal de Justiça funcionar com quatro ministros a menos enquanto o conflito não é formalmente resolvido?

I. Das formas de investidura no Poder Judiciário Brasileiro

O Poder Judiciário no Brasil sustenta, basicamente, quatro diferentes formas de investidura para seus magistrados. São elas: (i) o concurso público; (ii) a promoção de juízes, decorrente de uma estrutura judiciária verticalizada; (iii) a elaboração de listas para preenchimento de um quinto das vagas nos tribunais colegiados de membros oriundos do Ministério Público e da Advocacia e a nomeação política, feita por parte do Presidente da República e Governador do respectivo Estado.

Fruto da ideologia democrática sustentada pela Constituição Federal de 1988, o concurso público é, notadamente, a forma de investidura mais representativa de nosso Sistema de Justiça. Fundado no princípio da isonomia formal, o concurso público de provas e títulos¹ para a magistratura privilegia o conhecimento técnico-jurídico, o que se reflete nas diversas etapas do exame, de caráter escrito e oral.

Para os aprovados, e consagrando o valor fundamental da independência do Judiciário, são asseguradas as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios²,

¹“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;” (BRASIL, 1988).

²“Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver

bem como a prerrogativa constitucional de promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento³. No que toca à aferição do merecimento, cabe salientar que a Constituição Federal estabelece critérios objetivos para tal, como a produtividade, frequência e aproveitamento em cursos oficiais, de forma a reduzir ao máximo a subjetividade de tal decisão.

A “carreirização” no modelo jurisdicional brasileiro encontra-se apenas atenuada mediante a incorporação lateral de um quinto dos juízes que devem ser oriundos, nos Tribunais Regionais Federais, Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, de membros do Ministério Público e da advocacia privada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes⁴. Neste sentido, não obstante o artigo 94 da Constituição Federal só fazer menção aos tribunais acima mencionados, a regra do *quinto constitucional* é estendida, também, para o tribunais da Justiça do Trabalho, excluindo-se deste rol, contudo, a Justiça Eleitoral e Militar.

Igualmente, para o Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 104, parágrafo único⁵, da Constituição Federal, a regra se opera de maneira semelhante, com a ressalva de que não se trata de *quinto*, ou um quinto, pois neste Tribunal amplia-se a reserva de vagas destinadas a

vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.” (BRASIL, 1988).

³ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas: a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento; b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago; c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento; d) na apuração de antiguidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão;” (BRASIL, 1988).

⁴ “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 subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.” (BRASIL, 1988).

⁵ “Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros. [...] Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal; II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.” (BRASIL, 1988).

membros do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil, a um terço das cadeiras. Nestes casos, o procedimento se opera da seguinte maneira: os órgãos representativos da classe dos advogados e Ministério Público⁶ elaboram lista sêxtupla, ou seja, lista com seis nomes que preencham os requisitos constitucionais exigidos no artigo 94, da Constituição Federal.

Recebidas as indicações, o tribunal para o qual foram indicados elabora lista tríplice a partir da lista sêxtupla recebida. Nos vinte dias subsequentes, o Chefe do Poder Executivo — seja Governador de Estado ou o Presidente da República, a depender do caso — escolherá um dentre os três nomes para a nomeação.

Nos Tribunais Superiores, como é o caso do Superior Tribunal de Justiça e Superior Tribunal do Trabalho, entretanto, antes de ocorrer a nomeação por parte do Executivo, os nomeados precisam passar por um período de sabatina no Senado Federal — este que não participa do processo de escolha em si.

O Supremo Tribunal Federal, a seu turno, é a única Corte que sustenta a designação unicamente política de seus membros — ou seja, seus componentes são nomeados diretamente pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Ainda assim, a Constituição Federal estabelece requisitos necessários para tal escolha, delimitados pelo seu artigo 101⁷.

II. Dos modelos estruturais caracterizadores do Poder Judiciário

No que tange aos modelos estruturais caracterizadores do Poder Judiciário, especialmente no que diz respeito à investidura dos seus membros julgadores, traremos à baila a classificação proposta por Eugênio Raúl Zaffaroni, em sua obra “Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos” (1994).

⁶ Na classe dos advogados, a indicação dos nomes para a lista sêxtupla cabe ao Conselho Federal e Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme o artigo 51, do *Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil*. Quanto à classe dos membros do Ministério Público, tal escolha cabe, em âmbito estadual, para os Tribunais de Justiça dos Estados, ao Conselho Superior do Ministério Público, nos termos do artigo 15, I, da Lei n.º 8.625, de 1993, Lei Orgânica do Ministério Público; e, no âmbito do Ministério Público da União, ao Colégio de Procuradores, nos termos dos artigos 53, II; 94, III; e, 162, III da Lei Complementar n.º 75, de 1993.

⁷“Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.” (BRASIL, 1988).

Segundo Zaffaroni, existem três modelos estruturais, em torno dos quais pode ser constituído o Poder Judiciário. São eles: (i) modelo empírico-primitivo, (ii) modelo tecno-burocrático, e, (iii) democrático-contemporâneo.

O primeiro dos modelos, denominado empírico-primitivo, é caracterizado pelo domínio do Poder Judiciário pelo poder político, ou seja, a estruturação vertical do Poder Judiciário com a hierarquização dos juízes das instâncias inferiores em relação aos juízes das instâncias superiores e destes em relação às autoridades político-administrativas.

Segundo Zaffaroni, fica claro que se opera, neste caso, um sistema de reciprocidade que desfavorece a imagem do Judiciário, tornando-o frágil, ineficaz e pouco atuante: a nomeação de um juiz pelo poder político faz com que o mesmo seja devedor de favores àquele que o nomeou. Desta forma, quem exerce o poder político pode controlar o Poder Judiciário, através da concentração de poder decisório nos órgãos de cúpula, de modo que,

[...] acentuou-se a tendência de aumentar e centralizar ainda mais o poder das cúpulas, quer dizer, de verticalizar mais a estrutura judiciária para melhor controlá-la. (...) O resultado foram cúpulas hierarquizadas fortes e politicamente fracas, como quiseram os executivos. (1994, p. 119).

É o tipo estrutural básico, adotado nos países latino-americanos que apresentam notável similitude estrutural na concepção de seus modelos judiciais. O Brasil, entretanto, rompe com este modelo com o advento do Estado Novo, adotando o modelo tecno-burocrático.

No que tange ao segundo modelo, o tecno-burocrático, este representa um notório avanço sobre os empíricos, sendo seu passo superior, ainda que muito formalizado. Possui como principal característica a seleção técnica “forte”, ou seja, sua rigorosa seleção para o ingresso nos quadros da magistratura, privilegiando o conhecimento técnico por intermédio da instituição de concursos públicos, forma reconhecida de democratização do acesso às vagas. As vicissitudes deste modelo são a ausência de função política e social da magistratura, que se limite a um papel unicamente técnico, a figura do juiz “asséptico”, a tendência à burocratização carreirística, o controle de constitucionalidade com baixo nível de incidência, entre outros. Diz o autor:

Não é o concurso que provoca os inconvenientes que teremos neste modelo, senão que o concurso não é acompanhado das reformas democráticas que se devem produzir para dar sequência a uma estrutura judicial de modelo democrático-contemporâneo. (ZAFFARONI, 1994, p.141)

Em comparação com os demais modelos judiciários latino-americanos, o modelo brasileiro é o mais avançado da região, sendo praticamente o único que não corresponde à estrutura empírico-primitiva, sendo um verdadeiro modelo tecno-burocrático, ao garantir o nível técnico de seus membros por meio do concurso público. Como indica o autor:

Como se pode ver, trata-se de um sistema em que a qualidade técnica de seus membros é assegurada por concurso, cujo governo é vertical, exercido por um corpo ao qual dois terços de seus integrantes chegam por promoção e cuja principal função técnica é a unificação jurisprudencial, com amplas garantias de inamovibilidade. (ZAFFARONI, 1994, p.125)

Fruto das transformações políticas e sociais da Europa pós-guerra, o terceiro modelo, democrático-contemporâneo, conserva a seleção técnica do anterior, mediante um melhor controle do processo seletivo. No entanto, diminui-se a tendência de se atuar por inércia, sendo seu juiz, em regra, definido por um perfil “técnico-politizado”.

Este modelo prega a horizontalização do Poder Judiciário, reduzindo sua hierarquia interna, sendo a chave disto a transferência do poder de controle interno para um órgão externo de controle. Tudo isto é chave para um magistrado mais politizado e menos preso ao formalismo.

Avesso aos sistemas de promoções por “outras vias”, propõe que “os concursos abertos em todas as instâncias são a melhor garantia de imparcialidade e transparência democrática” (ZAFFARONI, 1994). No âmbito da magistratura, incentiva o investimento produtivo racional, tendo como resultado a elevação da cultura jurídica para um patamar mais dinâmico. Característica marcante desta proposta de modelo se encontra nos seguintes fragmentos:

A horizontalização permite ao juiz decidir sem se ater a critérios ou simpatias, antipatias, preferências, gostos ou arbitrariedades dos tribunais de segunda instância ou de cassação (...). A superação da imagem “asséptica” do juiz permite uma redefinição de sua identidade, que lhe concede maior liberdade para participar em atividades sociais e culturais, o que ajudará a sua “desguetização”, fazendo-o um partícipe mais cheio de vida social e cidadã.” (ZAFFARONI, 1994, p.185)

Salienta o autor, ainda, que:

O Estado de Direito será fortalecido com a tendência da forma constitucional. Na medida em que esta estrutura seja real e não se reduza a uma planificação constitucional desvirtuada por vícios instrumentais, a característica geral não pode ser outra que a de uma democracia. (ZAFFARONI, 1994, p.104).

Vê-se, portanto, que este modelo se calca na legalidade, afastando as arbitrariedades políticas dos processos de nomeação e estabelecendo critérios de forma clara e objetiva para a concretização de uma magistratura independente e democratizada.

III. Aspectos relativos ao *quinto constitucional*

O ingresso na magistratura pela via do concurso público de provas e títulos, na forma do artigo 93, I⁸, da Constituição Federal, exige que o profissional dedique-se exclusivamente aos estudos técnico-jurídicos, distanciando-se da realidade social.

Ainda que haja o requisito da prática jurídica, os magistrados ingressantes na carreira como juízes substitutos tendem a conviver tão somente com colegas que desempenhem a mesma função, ocasionando o distanciamento do cidadão comum, adstringindo-se à aplicação de uma justiça não condizente com a realidade social (RODRIGUES, 2008, p. 28).

Nesse panorama, o quinto constitucional consiste em inovação, com vistas à “oxigenação” da magistratura dos tribunais de segundo grau e superiores. A inovação data da Constituição de 1934, que dispunha,

Art 104. Compete aos Estados legislar sobre a sua divisão e organização judiciárias e prover os respectivos cargos, observados os preceitos dos arts. 64⁹ a 72 da Constituição, mesmo quanto à requisição de força federal, ainda os princípios seguintes: [...] § 3º - Para promoção por merecimento, o Tribunal organizará lista tríplice por votação em escrutínio secreto. [...] § 6º - Na composição dos Tribunais superiores serão reservados lugares, correspondentes a um quinto do número total, para que sejam preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos de lista tríplice, organizada na forma do § 3º. (BRASIL, 1934).

Contudo, antes da previsão constitucional, a oxigenação necessária aos tribunais já era suscitada pelos juristas, dentre os quais merece destaque La Grasserie, ao afirmar que: “a magistratura é um corpo fechado, enrijecida pela falta de ar e de luz, condenada a uma verdadeira necrose” (LA GRASSIRIE, 1912 *apud* MARTINS, 2005, p. 4).

⁸ Cf. n. 3.

⁹ “Art 64 - Salvas as restrições expressas na Constituição, os Juízes gozarão das garantias seguintes: a) vitaliciedade, não podendo perder o cargo senão em virtude de sentença judiciária, exoneração a pedido, ou aposentadoria, a qual será compulsória aos 75 anos de idade, ou por motivo de invalidez comprovada, e facultativa em razão de serviços públicos prestados por mais de trinta anos, e definidos em lei; b) a inamovibilidade, salvo remoção a pedido, por promoção aceita, ou pelo voto de dois terços dos Juízes efetivos do tribunal superior competente, em virtude de interesse público; c) a irredutibilidade de vencimentos, os quais, ficam, todavia, sujeitos aos impostos gerais. Parágrafo único - A vitaliciedade não se estenderá aos Juízes criados por lei federal, com funções limitadas ao preparo dos processos e à substituição de Juízes julgadores.” (BRASIL, 1934). Cf. n. 2.

A metodologia adotada no quinto constitucional brasileiro mescla dois grandes princípios de sistemas de investidura de magistrados: a carreira funcional e o velho método inglês de aproveitamento dos advogados para a magistratura (BARROS, 2008, p. 31).

Na prática, a ascensão aos tribunais de advogados e promotores de vasta experiência satisfaz à necessidade de serem apontadas as falhas dos tribunais por aqueles que acompanham de perto o seu funcionamento, fiscalizando, incidentalmente, as instituições judiciárias e colaborando à efetivação da democracia (BOMFIM, 2008, p. 34).

No aspecto principiológico, pode-se afirmar que o quinto constitucional atende, ainda, à concretização do Estado democrático de direito, tendo em vista que os componentes do Poder Judiciário são submetidos à avaliação popular, através de seus representantes eleitos diretamente (MARTINS, 2005, p. 4), seja na forma da “sabatina”, no qual o candidato designado aos tribunais superiores é submetido ao crivo do Poder Legislativo, seja na escolha final pelo chefe do Poder Executivo.

Com a regra do quinto constitucional, o legislador constituinte originário quis assegurar-se de que os Tribunais fossem compostos por cidadãos das mais diversas origens e formações, incluindo no debate jurídico a pluralidade, com o objetivo de doar às soluções jurisdicionais maior proximidade possível com a realidade fática que, por natureza, é plural e complexa. Pode-se dizer, portanto, que o Poder Judiciário legitima-se democraticamente, de maneira estrutural, na escolha de parte dos membros que o compõem.

III.i. Das peculiaridades procedimentais do *terço* no Superior Tribunal de Justiça

Como já mencionado, o instituto do quinto constitucional é estendido ao Superior Tribunal de Justiça, como forma de concretizar os objetivos citados no tópico acima. Há, no entanto, apenas uma alteração de ordem matemática. Isso porque um *terço* das vagas são destinadas à Advocacia e ao Ministério Público — o que, proporcionalmente, converte a quota de cada a um sexto, de modo que, somando-se, tornam-se um *terço*, e não um quinto, como nos demais Tribunais.

De acordo com o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça¹⁰, a votação da lista tríplice deve ocorrer com a condição de os candidatos cumprirem os requisitos constitucionais e obterem, em primeiro ou subseqüente escrutínio, a maioria absoluta dos votos dos membros do Tribunal. Frisa-se, ainda, que a votação deve possuir caráter secreto e que a escolha dos nomes a constar na lista tríplice far-se-á em tantos escrutínios quantos forem necessários (BRASIL, 2011). Aberta a sessão, será ela transformada em conselho, para que o Tribunal aprecie aspectos gerais referentes à escolha dos candidatos, seus currículos, vida pregressa e se satisfazem os requisitos constitucionais exigidos¹¹.

¹⁰ “Art. 26. A indicação, pelo Superior Tribunal de Justiça, de Juizes, Desembargadores, Advogados e membros do Ministério Público, a serem nomeados pelo Presidente da República, para comporem o Tribunal, far-se-á em lista tríplice. [...] § 1º Ocorrendo vaga destinada a Advogado ou a membro do Ministério Público, o Presidente do Tribunal, nos cinco dias seguintes, solicitará ao órgão de representação da classe que providencie a lista sêxtupla dos candidatos, observados os requisitos constitucionais (Constituição, art. 104, parágrafo único). [...] § 2º Tratando-se de vaga a ser preenchida por Juiz ou Desembargador, o Presidente solicitará aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça que enviem, no prazo de dez dias, relação dos magistrados que contem mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, com indicação das datas de nascimento (Constituição, art. 104, parágrafo único). [...] § 3º Recebida a lista sêxtupla, ou esgotado o prazo indicado no parágrafo § 6º Os candidatos fi gurarão na lista de acordo com a ordem decrescente dos sufrágios que obtiverem, respeitado, também, o número de ordem do escrutínio. Em caso de empate, terá preferência o mais idoso. anterior, convocará o Presidente, de imediato, sessão do Tribunal para elaboração da lista tríplice. [...] § 4º Para a composição da lista tríplice, o Tribunal reunir-se-á, em sessão pública, com o quorum de dois terços de seus membros, além do Presidente. [...] § 5º Somente constará de lista tríplice o candidato que obtiver, em primeiro ou subseqüente escrutínio, a maioria absoluta dos votos dos membros do Tribunal, observado o disposto no artigo 27, § 3º. [...] § 6º Os candidatos fi gurarão na lista de acordo com a ordem decrescente dos sufrágios que obtiverem, respeitado, também, o número de ordem do escrutínio. Em caso de empate, terá preferência o mais idoso. [...] § 7º A escolha dos nomes que comporão lista tríplice far-se-á em votação secreta, realizando-se tantos escrutínios quantos forem necessários. [...] § 8º Para colocação dos nomes na lista, em caso de empate, far-se-á o desempate em favor do candidato mais idoso; se ainda persistir o empate, adotar-se-á o critério do tempo de serviço público no cargo, para os magistrados e membros do Ministério Público, ou tempo de inscrição na Ordem como advogado, para os advogados.” (BRASIL, 2011, pp. 25/26)

¹¹ “Art. 27. Aberta a sessão, será ela transformada em conselho, para que o Tribunal aprecie aspectos gerais referentes à escolha dos candidatos, seus currículos, vida pregressa e se satisfazem os requisitos constitucionais exigidos. Os membros do Tribunal receberão, quando possível, com antecedência de, no mínimo, setenta e duas horas da data da sessão, relação dos candidatos, instruída com cópia dos respectivos currículos. [...] § 1º Tornada pública a sessão, o Presidente designará a Comissão Escrutinadora, que será integrada por três membros do Tribunal. [...] § 2º Existindo mais de uma vaga a ser preenchida por advogado ou membros do Ministério Público, para cada lista sêxtupla, será elaborada lista tríplice, observando-se o que dispõe o parágrafo 3º deste artigo. [...] § 3º Tratando-se de lista tríplice única, cada Ministro, no primeiro escrutínio, votará em três nomes. Ter-se-á como constituída se, em primeiro escrutínio, três ou mais candidatos obtiverem maioria absoluta dos votos do Tribunal, hipótese em que fi gurarão na lista, pela ordem decrescente de sufrágios, os nomes dos três mais votados. Em caso contrário, efetuar-se-á segundo escrutínio e, se necessário, novos escrutínios, concorrendo, em cada um, candidatos em número correspondente ao dobro dos nomes a serem inseridos, ainda, na lista, de acordo com a ordem da votação alcançada no escrutínio anterior, incluídos, entretanto, todos os nomes com igual número de votos na última posição a ser considerada. Restando, apenas, uma vaga a preencher, será considerado escolhido o candidato mais votado, com preferência ao mais idoso, em caso de empate. [...] § 4º Se existirem duas ou mais vagas a serem providas dentre Juizes ou Desembargadores, o Tribunal deliberará, preliminarmente, se as listas se constituirão, cada uma, com três nomes distintos, ou se, composta a primeira com três nomes, a segunda e subseqüentes deverão ser integradas pelos dois nomes remanescentes da lista anterior, acrescidos de mais um nome. [...] § 5º Se o Tribunal deliberar que, em cada lista, constarão três nomes distintos, cada Ministro, no primeiro escrutínio, votará em tantos nomes quantos necessários

IV. Da Independência entre os poderes

A famosa doutrina da separação dos poderes, desenvolvida por Montesquieu no livro *O Espírito das Leis*, possui como pedra angular a limitação do poder, de forma a concretizar um governo respeitador das liberdades. É neste âmbito que surge o sistema de “freios e contrapesos”, um verdadeiro instrumento jurídico-institucional que concretiza o princípio da divisão do exercício do poder e, sobretudo, visa a impedir a interferência, principalmente política, de um poder sobre o outro.

A cláusula constitucional parâmetro para a aplicação do princípio da separação entres os poderes é, por excelência, em nosso sistema presidencialista, buscando velar pela “independência e harmonia”, conforme dita o artigo 2º de nossa Constituição Federal.

Isto significa dizer que, no desdobramento constitucional do esquema de poderes, haverá um mínimo e um máximo de independência de cada órgão de poder, sob pena de se desfigurar a separação, e haverá, também, um número mínimo e um máximo de instrumentos que favoreçam o exercício harmônico dos poderes, sob pena de, inexistindo limites, um poder se sobrepor ao outro poder, ao invés de, entre eles, se formar uma atuação “de concerto”. (FERRAZ, 1994, p.14)

Por esta razão, é de extrema importância que sejam delimitadas as áreas de atuação de cada poder, ou seja, estabelecer suas áreas de atuação independente e harmônica.

O entendimento majoritário da doutrina é no sentido de apenas permitir flexibilizações à cláusula da separação dos poderes, preceito já consolidado na ordem constitucional do Estado

à constituição das listas tríplices. Nesse caso, na organização simultânea das listas, os nomes que obtiverem, em primeiro escrutínio, maioria absoluta dos votos dos membros do Tribunal, fi garantirão, pela ordem decrescente de votos, em primeiro lugar, em cada uma das listas, de acordo com sua numeração, e nos lugares subsequentes das listas, horizontalmente considerados, pela mesma ordem, da primeira à última. Se, no primeiro escrutínio, não se preencherem todos os lugares das diversas listas, proceder-se-á a segundo e, se necessário, a novos escrutínios, na forma definida na última parte do parágrafo terceiro deste artigo, distribuindo-se, nas listas, os nomes escolhidos, de acordo com a ordem prevista para o primeiro escrutínio. No segundo e subsequentes escrutínios, cada Ministro votará em tantos nomes quantos faltarem para serem incluídos nas listas. [...] § 6º Se o Tribunal deliberar que, na constituição das listas, será adotado o critério previsto na segunda hipótese do parágrafo quarto deste artigo, cada Ministro, em primeiro escrutínio, votará em tantos nomes quantas forem as vagas a preencher e em mais dois. Nessa hipótese, na organização simultânea das listas, atendido o disposto no parágrafo 5º do artigo 27, a primeira será integrada, na ordem decrescente dos sufrágios alcançados, por três nomes; a segunda lista constituir-se-á dos dois nomes remanescentes da primeira, mais o nome que tenha obtido a quarta votação; a terceira lista dar-se-á por composta dos dois nomes remanescentes da lista anterior, mais o nome que haja obtido a quinta votação, respeitada a ordem dos escrutínios, e assim sucessivamente. Se, no primeiro escrutínio, não se preencherem todos os lugares das diversas listas, nos termos deste parágrafo, proceder-se-á a segundo e a novos escrutínios, na forma definida no parágrafo anterior e na última parte do parágrafo terceiro deste artigo. [...] § 7º No ofício de encaminhamento ao Poder Executivo, da lista tríplice única ou das diversas listas tríplices, far-se-á referência ao número de votos obtidos pelos indicados e a ordem do escrutínio em que se deu a escolha.” (BRASIL, 2011, pp. 36/38).

Democrático de Direito, quando se vise realizar o próprio princípio-fim do postulado. Isto significa que somente se admitem exceções quando estas estiverem destinadas a efetivar a real harmonia no relacionamento entre os poderes ou assegurar o exercício pleno das funções próprias. Tais exceções, no entanto, jamais devem vir com roupagem democrática para maquiagem intenções de interferência política para a ingerência de um poder sobre o outro.

É preciso ter em mente que a ampliação desmesurada das exceções à cláusula constitucional representa um perigo à ordem democrática, vez que torna cada vez mais teórico e ineficaz este basilar preceito, promovendo um esvaziamento de seu significado. Isto sinalizaria um grande retrocesso à tendência constitucional contemporânea de doação de efetividade aos preceitos constitucionais, tornando os princípios de nossa Carta Federal mero instrumento retórico.

V. Entre atribuições constitucionais e conflitos institucionais: “Ordem dos Advogados *versus* Superior Tribunal de Justiça”, o caso do *terço* constitucional.

Havendo bem definido as premissas de nossa análise, nos resta concentrar sobre o caso ocorrido entre os anos de 2008 e 2009, na indicação de membros da advocacia privada para compor vacância no Superior Tribunal de Justiça, esta que, por fim, foi rejeitada pelo Tribunal.

No caso em voga, o conflito se inicia quando, em 2008, segundo a Corte do Superior Tribunal de Justiça, nenhum dos indicados alcançou a maioria absoluta dos votos dos ministros do Tribunal nos três escrutínios realizados. A referida lista sêxtupla era composta pelos seguintes advogados: *Roberto Gonçalves de Freitas Filho, Flávio Cheim Jorge, Marcelo Lavocat Galvão, Orlando Maluf Haddad, Cezar Roberto Bittencourt, e Bruno Espiñeira Lemos.*

Foram computados, segundo a ata da reunião, em primeiro escrutínio, 84 votos, sendo 44 em branco e 40 válidos, assim distribuídos: Flávio Cheim Jorge, 9 votos; Cezar Roberto Bittencourt, 8 votos; Orlando Maluf Haddad, 6 votos; Roberto Gonçalves Freitas Filho, 6 votos; Bruno Espiñeira Lemos, 6 votos; Marcelo Lavocat Galvão, 5 votos.

Como nenhum dos indicados alcançara o mínimo de votos requeridos para a indicação — ao menos 17 votos, nos termos do regimento interno do Tribunal¹² —, passou-se a uma segunda votação.

No segundo escrutínio foram computados 84 votos, sendo 48 em branco e 36 válidos, que restaram assim distribuídos: Flávio Cheim Jorge, 9 votos; Cezar Roberto Bitencourt, 7 votos; Orlando Maluf Haddad, 6 votos; Marcelo Lavocat Galvão, 5 votos; Bruno Espiñeira Lemos, 5 votos; Roberto Gonçalves Freitas Filho, 4 votos.

No terceiro escrutínio foram computados 84 votos, sendo 59 em branco e 25 válidos, assim distribuídos: Flávio Cheim Jorge, 7 votos; Cezar Roberto Bitencourt, 5 votos; Marcelo Lavocat Galvão, 4 votos; Bruno Espiñeira Lemos, 4 votos; Roberto Gonçalves Freitas Filho, 3 votos; Orlando Maluf Haddad, 2 votos.

Nas três votações, o candidato mais votado, Flávio Cheim Jorge, do Espírito Santo, recebeu apenas nove indicações no segundo escrutínio.

Em resposta à rejeição da lista, a Ordem dos Advogados do Brasil impetrou mandado de segurança no próprio Superior Tribunal de Justiça, tendo, no entanto, seu pedido rejeitado. Dessa decisão, a entidade recorreu ao Supremo Tribunal Federal, alegando ilegalidade e descumprimento de deveres constitucionalmente conferidos ao Superior Tribunal de Justiça. Além disso, inconformada com o citado ato, a Ordem dos Advogados do Brasil deixou de encaminhar outra lista sêxtupla, referente à vaga destinada à categoria dos advogados decorrente da aposentadoria do Ministro Humberto Gomes de Barros.

O caso começou a ser julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no dia 23 de junho de 2009 e culminou com decisão, no dia 06 de outubro do mesmo ano, pelo reconhecimento do direito do Superior Tribunal de Justiça de recusar lista sêxtupla encaminhada pela Ordem dos Advogados do Brasil para preenchimento de vaga de Ministro do chamado terço constitucional, da composição daquela Corte que cabe à categoria dos advogados, nos termos,

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ELABORAÇÃO DE LISTA TRÍPLICE PARA PREENCHIMENTO DE VAGA DESTINADA AOS ADVOGADOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA [ART. 104, II C/C ART. 94 DA CB/88]. DEVER-PODER DO TRIBUNAL SUPERIOR. REJEIÇÃO DE LISTA SÊXTUPLA ENCAMINHADA PELO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. POSSIBILIDADE.

¹² “Art. 26. [...] § 5º: “Somente constará de lista tríplice o candidato que obtiver, em primeiro ou subsequente escrutínio, a maioria absoluta dos votos dos membros do Tribunal, observado o disposto no artigo 27, § 3º” (BRASIL, 2011, p. 36). Cf. n. 10.

HIPÓTESE DIVERSA DA QUE ALUDE O INCISO X DO ARTIGO 93 DA CONSTITUIÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. 1. A Constituição determina que um terço dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça seja nomeado dentre "advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94". 2. A elaboração da lista tríplice pelo STJ compreende a ponderação de dois requisitos a serem preenchidos pelos advogados incluíveis na terça parte de que se cuida [notório saber jurídico e reputação ilibada] e a verificação de um fato [mais de dez anos de efetiva atividade profissional]. Concomitantemente, a escolha de três nomes tirados da lista sêxtupla indicada pela Ordem dos Advogados Brasileiros. 3. O Superior Tribunal de Justiça está vinculado pelo dever-poder de escolher três advogados cujos nomes comporão a lista tríplice a ser enviada ao Poder Executivo. Não se trata de simples poder, mas de função, isto é, dever-poder. Detém o poder de proceder a essa escolha apenas na medida em que o exerça a fim de cumprir o dever de a proceder. Pode, então, fazer o quanto deva fazer. Nada mais. 4. Essa escolha não consubstancia mera decisão administrativa, daquelas a que respeita o artigo 93, X, da Constituição, devendo ser apurada de modo a prestigiar-se o juízo dos membros do tribunal quanto aos requisitos acima indicados, no cumprimento do dever-poder que os vincula, atendida inclusive a regra da maioria absoluta. 5. Nenhum dos indicados obteve a maioria absoluta de votos, consubstanciando-se a recusa, pelo Superior Tribunal de Justiça, da lista encaminhada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Recurso ordinário improvido. (BRASIL, 2009, pp. 244/245).

No que se segue, será feita uma análise dos argumentos jurídicos utilizados pela Ordem dos Advogados do Brasil, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, para a defesa de seus respectivos entendimentos a respeito da causa em questão.

VI. Quanto à natureza jurídica do ato de nomeação ao terço constitucional e o princípio da supremacia do interesse público

No julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 27.920-0/DF, o Ministro Joaquim Barbosa destacou a imprescindibilidade da motivação em razão da natureza do ato de recusa da lista sêxtupla pelo Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos,

Creio que o ato do [Superior Tribunal de Justiça] peca por déficit de motivação e, por esta razão, é nulo. [...] Lembro que a nomeação de membros dos tribunais é ato administrativo composto, ou complexo, como querem alguns, em que há uma relação de interdependência entre as diversas etapas do procedimento. Neste procedimento de nomeação, não há espaço para ações discricionárias. (BRASIL, 2009, p. 255).

Todavia, nota-se evidente equívoco a que o Ministro Joaquim Barbosa fundamentou seu voto no que tange à natureza do ato de nomeação à vaga de Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Àqueles atos nos quais há a interdependência de atos distintos de diferentes órgãos da Administração, a doutrina diferencia-os entre atos complexos e compostos. Ainda que se trate de institutos por vezes semelhantes, a diferenciação é fundamental para se apreciar a pertinência da incidência discricionária.

Segundo Meirelles, ato complexo é aquele “que se forma pela conjugação de vontades de mais de um órgão administrativo. O essencial, nessa categoria de atos, é o concurso de vontades de órgãos diferentes para a formação de um ato único” (2004, p. 169), ao passo que o ato composto “é o que resulta da vontade única de um órgão, mas depende da verificação por parte de outro, para e tornar exequível” (2004, p. 169).

Assim sendo, no caso do ato complexo, o ato sucessivo ainda se perfaz da análise de mérito da questão, avaliando a conveniência e a oportunidade, enquanto que no ato composto, o ato sucessivo se traduz como sendo mero controle de legalidade, não permitindo a incidência discricionária do órgão interveniente (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 9).

Desse modo, resta claro que a nomeação de Ministro do Superior Tribunal de Justiça constitui-se em ato complexo, do qual os atores envolvidos exercem seu juízo de oportunidade no desempenho de sua função, seja na transformação da lista sêxtupla em tríplice pelo próprio Tribunal, seja na escolha do Ministro pelo Presidente da República, ou, ainda, na sabatina e sucessivo escrutínio realizado no âmbito do Senado Federal. Quanto a este último, cabe frisar seu papel no procedimento de escolha dos Ministros da Corte mediante o instituto da sabatina, que visa aferir os requisitos subjetivos previstos na Constituição Federal, a saber, o notório saber jurídico e reputação ilibada¹³.

Retificando o entendimento do Ministro Joaquim Barbosa, o voto-vista proferido pela Ministra Ellen Gracie destaca a adequada caracterização do ato de nomeação,

Alerte-se, de início, que a seleção de um futuro integrante do Superior Tribunal de Justiça é um ato complexo, do qual fazem parte a formação da lista sêxtupla, a submissão de três nomes que a integravam ao Presidente da República, a indicação de um desses nomes pelo Chefe do Poder Executivo Federal, a aprovação dessa escolha, após arguição pública, pelo Senado e, finalmente, a sua nomeação pelo Presidente da República para o referido cargo. (BRASIL, 2009, p. 276).

Neste mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado em questões similares, em outras oportunidades, tomando por base a premissa de que a nomeação de juiz à

¹³ Cf. n. 10.

vaga do quinto constitucional que envolva o Tribunal e o Presidente da República caracteriza ato complexo. Cite-se como exemplo,

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA: ATO COMPLEXO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA DA IMPETRANTE: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. DECADÊNCIA. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL: COMPOSIÇÃO. QUINTO CONSTITUCIONAL: NÚMERO PAR DE JUÍZES. C.F., art. 94 e art. 107, I. LOMAN, Lei. Compl. 35/79, art. 100, §2º. I. - Nomeação de Juiz do quinto constitucional: ato complexo de cuja formação participam o Tribunal e o Presidente da República: competência originária do Supremo Tribunal Federal. [...] (BRASIL, 2001)

Outrossim, há de se salientar a limitação quanto ao exercício da discricionariedade por parte do Superior Tribunal de Justiça. Ainda que se trate de ato administrativo complexo, do qual cada órgão exerça juízo próprio quanto à conveniência e oportunidade da realização do aludido ato, não se deve afastar a vinculação quanto à função pública que o Tribunal exerce. Ou seja, deve-se adequar a razoabilidade do ato tanto à qualificação dos candidatos ao preenchimento dos requisitos constitucionais, quanto ao tempo que a Corte estava com a vaga em aberto.

Trata-se, portanto, de um dever-poder vinculado ao interesse público. A autoridade pública, seja no exercício administrativo ou jurisdicional, não pode se afastar do princípio da supremacia do interesse público, que sempre se sobrepõe em relação aos interesses individuais envolvidos. É esse o entendimento despendido na obra de Di Pietro, acerca do poder-dever — ou dever-poder, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal,

Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei [...] Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado. (2011, p. 67).

VII. Do poder-dever intrínseco à competência do Superior Tribunal de Justiça na dinâmica do *terço constitucional*

O processo de nomeação ao Superior Tribunal de Justiça por meio da regra esculpida no artigo 104, II¹⁴, da Constituição Federal, à primeira vista, parece não deixar dúvidas quanto à competência para se analisar os requisitos dos candidatos a que o próprio artigo alude. No que tange à escolha dos advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito

¹⁴ Cf. n. 5.

Federal e Territórios há de ser observado duas espécies de critérios: de caráter objetivo, em relação à idade dos candidatos — “mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos” (BRASIL, 1988) — e o de caráter subjetivo — “notável saber jurídico e reputação ilibada” (BRASIL, 1988).

Em interpretação conjugada com a regra prelecionada no artigo 94, a regra do terço constitucional aplicável ao Superior Tribunal de Justiça distribui o dever de elaboração da lista sêxtupla aos órgãos de representação das respectivas classes. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça tão somente a transformação da lista sêxtupla em lista tríplice, que será encaminhada ao Presidente da República. O escolhido presidencial, então, ainda será submetido à sabatina do Senado Federal.

Não há que se falar, portanto, em divisão de competências para aferição dos requisitos constitucionais. É notório que cada ente, na respectiva função que lhe é incumbida pela Constituição Federal, levará em consideração os critérios de caráter objetivo e subjetivo sedimentados no parágrafo único do artigo 104¹⁵. Contudo, a questão cinge-se na natureza jurídica do ato da nomeação, à luz do direito administrativo, a fim de se delimitar a incidência ou não da discricionariedade a que cada órgão está submetido.

Por outro lado, não há margem que legitime a posição do Superior Tribunal de Justiça em se eximir da função que lhe é incumbida pela Constituição Federal, qual seja, a transformação da lista sêxtupla em lista tríplice. No caso objeto de estudo, o voto proferido pelo Ministro Relator Eros Grau destaca que a função desempenhada pelo Tribunal consiste num *dever-poder*, haja vista a notória proteção ao interesse público.

[...] Aí não se trata de simples *poder*, mas, antes, de *função*, isto é, *dever-poder*. Detém o *poder* de proceder a essa escolha instrumentalmente, apenas na medida em que exerça a fim de cumprir o *dever* de proceder-lha. *Pode*, então, fazer o quanto *deve* fazer. Nada mais. (BRASIL, 2009, pp. 253/254).

Trata-se, portanto, de poder vinculado ao interesse alheio, notadamente o interesse público. Não cabe margem, portanto, à discricionariedade da ausência de exercício, uma vez que a aludida vinculação impõe o dever àquele Tribunal.

¹⁵ Cf. 5.

Considerações finais.

A partir do analisado, pôde-se discernir que a existência de conflitos institucionais é característica de um ambiente democrático, pautado na limitação de poderes e no sistema dos “freios e contrapesos”.

A tensão entre o Superior Tribunal de Justiça e a Ordem dos Advogados do Brasil demonstra que os diálogos institucionais previstos na Constituição Federal são, ainda, carentes de melhor delimitação de competência, política e procedimental, visto que o princípio da autonomia doado aos Poderes da União não é amplo e irrestrito. Faz-se necessária a devida atenção, nesse âmbito, a observância do princípio da razoabilidade e da supremacia do interesse público, como norteadores hermenêuticos de todo o sistema normativo vigente.

Nessa esteira, cabe salientar as conseqüências práticas da recusa da lista sêxtupla pelo Superior Tribunal de Justiça: por um lado, o tempo em que o Tribunal se obrigou a funcionar sem os tais ministros — aproximadamente um ano e meio — exigindo a convocação de desembargadores para suprir a vaga; e, por outro, o fato de ter sido feita lista sêxtupla posterior referente à classe do Ministério Público, quebrando o princípio da alternância. Tais fatos, explicitamente, em nada contribuem para a consecução dos objetivos do quinto constitucional: a oxigenação do Poder Judiciário, bem como sua democratização e otimização, por meio do ingresso de profissionais provenientes das classes integrantes das funções essenciais à justiça, a advocacia e o Ministério Público.

Assim sendo, faz-se necessário ter em vista que a porção de discricionariedade conferida pela Constituição a determinadas instituições não pode sobrepujar-se ao interesse público. Respeitar os limites de atuação em cada função significa observar os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, principalmente aquele relativo à independência e harmonia entre os poderes.

Referências bibliográficas.

- BARROS, Humberto Gomes de. *Décimos constitucionais*. **Revista Jurídica Consulex**, v. 12, n° 270, 2008.
- BOMFIM, Benedito Calheiros. *Extinção ou manutenção do quinto constitucional?* **Revista Jurídica Consulex**, v. 12, n° 270, 2008.
- BRASIL. Poder Executivo. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Brasília/DF, Brasil: Presidência da República, 1934. Acesso em 13 de agosto de 2013, em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm> .
- BRASIL. Poder Executivo. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF, Brasil: Presidência da República, 1988. Acesso em 13 de agosto de 2013, em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília/DF, Brasil; Superior Tribunal de Justiça, 2011. Acesso em 13 de agosto de 2013, em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao/seriada/index.php/regimento/article/viewFile/1442/3307>>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº. 23.792/DF**, Distrito Federal. Impetrante: Associação Nacional dos Procuradores da República, Impetrados: Presidente da República, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Paulo de Tasso Benevides Gadelha, José Ricardo Porto, Francisco Regis Frota Araújo, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma. Julgamento em 12 de setembro de 2001, publicação em 21 de setembro de 2001. Brasília/DF, Brasil: Supremo Tribunal Federal. Acesso em 28 de agosto de 2013, em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=MS&numero=23972&origem=AP>>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 27.290/DF**, Distrito Federal. Recorrente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Recorrido: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Eros Grau, Segunda Turma. Julgamento em 06 de outubro de 2009, publicação em 04 de dezembro de 2009. Brasília/DF, Brasil: Supremo Tribunal Federal, Coordenadoria de Análise de Jurisprudência, Ementário nº 2385-2, 2009, pp. 244/290. Acesso em 28 de agosto de 2013, em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606506>>.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Crêterios de distinção entre atos administrativos compostos e complexos*. **Fórum Administrativo**, nº 111, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24ª ed. São Paulo, Atlas. 2011.
- FERRAZ, A. C. CUNHA DA. **Conflito entre poderes: O Poder Congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo**. 1994. Ed. Revista dos Tribunais.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010
- LIMA, Josué de Sousa. *O quinto constitucional*. **Revista Jurídica Consulex**, v. 11, n. 259, 2007.
- MARTINS, Francisco Peçanha. *Quinto constitucional e a renovação do Poder Judiciário*. **Revista de Direito Renovar**, nº 33, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004.

RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. *Quinto constitucional: a polêmica instalada*. **Revista Jurídica Consulex**, v. 12, n° 270, 2008.

ZAFFARONI, R. E. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.