



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás
“Casa do Advogado Jorge Jungmann”

Autos n. 2016/1521

Assunto: Resolução destinada a regular composição da lista sêxtupla do quinto constitucional.

RELATÓRIO.

Tratam-se, os presentes autos, de proposta de resolução destinada a regular a composição de lista sêxtupla dirigida aos Tribunais para preenchimento da quinta parte de suas vagas, por egressos dos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, nos termos do art. 94 da Constituição Federal.

Apresentada a proposta pelo Eminentíssimo Conselheiro Seccional, Dr. Marcos César Gonçalves de Oliveira, os termos iniciais da propositura, para realização de eleições diretas, foram enfrentados já na Sessão Ordinária de 06 de abril de 2016 (fls. 09/11), ocasião em que – diante da diversidade de posicionamentos – foi criada uma Comissão de Estudos destinada exclusivamente ao enfrentamento desta matéria¹.

Reunida a Comissão em 13 de junho de 2016, ficou estabelecido que a análise da questão recairia na escolha entre dois diferentes modelos; o primeiro deles seria a eleição dos integrantes da lista sêxtupla pelo Conselho Seccional (conforme vige atualmente); e, o segundo modelo, eleição de 12 (doze) candidatos, pela advocacia em geral e, depois, submissão dos eleitos a nova escolha pelo Conselho Seccional, que procederia a redução dos nomes ao número de seis.

¹ Portaria n° 674/2016 (fls. 12/13)



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás “Casa do Advogado Jorge Jungmann”

Destes trabalhos decorreu minuta de resolução, nos termos do segundo modelo sugerido.

VOTO

1. Preâmbulo.

A matéria em questão², por sua evidente relevância sistêmica, não merece tratamento pela exclusiva perspectiva política. Com efeito, identifico que está em debate importante fração do sistema de justiça vigente entre nós.

Precisamente em razão disso, afigura-me imperativo o enfrentamento do tema sem as pressões ou influências de sazonalidades eleitorais. Por conseguinte, atendo-me ao particular do sistema de justiça, assim como suas vicissitudes e desdobramentos, passando ao largo do enfrentamento político da questão.

2. Da figura do quinto constitucional e suas razões.

A reserva da fração de 1/5 (um quinto) das vagas dos Tribunais para a advocacia e outro 1/5 (um quinto) para membros oriundos do Ministério Público, tem por fundamento a prescrição do art. 94 *caput* e art. 104, parágrafo único, inciso II, ambos da Constituição Federal, *verbis*:

² Proposta de resolução para disciplina do processo de escolha de candidatos para preenchimento das listas sêxtuplas destinadas às vagas da quinta parte do total da composição dos Tribunais com competência restrita do Estado de Goiás.



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás “Casa do Advogado Jorge Jungmann”

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.

Art. 104, 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 (inciso 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.

Em termos de sistemática de justiça, o quinto constitucional na composição dos Tribunais, é herança que remonta a Constituição democrática de 1934; a mesma Carta que estabeleceu o voto das mulheres, direitos sociais e direitos humanos. Desde então, o instituto do quinto constitucional vem sendo repetido em todas as demais Constituições, nos prestigiando com memoráveis juízes no passado, presente e seguramente no futuro.

O sentido ou *thelos* do instituto em questão é, a rigor, conferir ao Poder Judiciário matizes plurais na administração da justiça,



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás “Casa do Advogado Jorge Jungmann”

trazendo para sua composição operadores do direito que – embora não tenham sido magistrados de carreira – ostentam perspectivas igualmente relevantes e enriquecedoras da ação de julgar.

A este respeito, menciono esclarecedora fala do Ministro Ricardo Lewandowski, reproduzida pelo ex-Presidente Nacional da OAB, Marcus Vinícius Furtado Coêlho³:

O ministro do STF, Henrique Ricardo Lewandowski, defendeu no Plenário do Conselho Federal da OAB (31/08/06) a manutenção do Quinto Constitucional da advocacia e do Ministério Público como mecanismos de “oxigenação da Justiça”. E acrescenta, “*essa participação imprime a visão do mundo do advogado e do promotor para enriquecer a atividade jurisdicional e é um fator inibidor do corporativismo na magistratura*”.

Deste raciocínio decorre que o escopo do quinto constitucional não é, com efeito, participação popular, em sentido eleitoral ou sufrágio amplo entre advogados.

Ao revés, o seu aspecto democrático está na viabilização de um sistema de justiça consagrador de diversidades de olhares na entrega prestação jurisdicional. As razões que dão azo ao quinto constitucional, portanto, não tangenciam ou se relacionam com o processo de escolha e formação da lista sêxtupla.

³ www.oab.org.br/noticia/26952/artigo-do-presidente-a-defesa-do-quinto-constitucional



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás *“Casa do Advogado Jorge Jungmann”*

No desdobramento do raciocínio, passo ao exame da pertinência (ou não) de eventual “eleição direta” para composição da lista sêxtupla destinada ao preenchimento de vagas no Tribunal Estadual, já agora firme no convencimento de que o sentido democrático do instituto restará preservado ainda que não estabelecida a possibilidade de um modelo misto.

3. Juízes eleitos e o sistema de justiça brasileiro.

Estabeleço por premissa inicial que a ocorrência (ou não) de eleições para provimento de vaga de magistrados, pouco ou nada se liga à constituição de um Estado Democrático de Direito⁴.

Em termos argumentativos, giza-se que na Europa Continental predomina (sem exceções) a forma de escolha de juízes por apontamento ou designação por diferentes órgãos ou estruturas; variando-se conforme as particularidades de cada um dos países.

Nem por isso, países como Alemanha, França, Itália ou Suíça poderiam – sequer remotamente – terem seus sistemas questionados em termos de legitimidade; sobretudo diante do que nos mostram no âmbito do respeito aos direitos constitucionais e fundamentais.

Se é o direito anglo-saxão que parece inspirar a pretendida eleição dos nomes para composição das listas sêxtuplas; impõe-se observar que a própria doutrina norte-americana – de quem é exemplo Ronald

⁴ O Estado de Direito se propõe nas bases do império da lei, divisão de poderes, legalidade da administração com suficiente controle judicial e, sobretudo, direitos e liberdades fundamentais. (BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos. Ed. Campus)



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás “Casa do Advogado Jorge Jungmann”

Dworkin – reconhece a racionalidade da jurisdição (e não algum sufrágio) como elemento de sua aceitabilidade e legitimação.

É dizer; as decisões legítimas (que legitimam o órgão decisório) “devem satisfazer, simultaneamente, a critérios de segurança do direito e aceitabilidade racional”⁵, porquanto o “papel da Jurisdição consiste, especialmente nos Estados Unidos, em proteger o procedimento democrático da legislação; trata-se da renovação de uma compreensão republicana, portanto não-instrumental, do processo político em seu todo”⁶.

Ilustra-se o debate a partir de recente polêmica ocorrida na Polônia (em julho de 2017), país no qual foi proposta mudança no sistema de escolha da Presidência da Suprema Corte; passando dela própria (Suprema Corte) para um Conselho Judiciário Nacional, alegadamente mais “democrático”. De saída, foi observada a possibilidade de deletério efeito relacionado às promessas e compromissos eleitorais⁷, circunstância determinante na manutenção do sistema já existente.

A particularidade brasileira de um sistema misto de controle de constitucionalidade, tributa às Cortes parcela importante do juízo sobre a constitucionalidade das normas. Em meu sentir, o enfrentamento de tão grave questão (ajustamento da lei à Constituição), já evidencia o necessário distanciamento das sazonalidades e intempéries de uma jornada política-eleitoral; circunstância em que promessas de campanha ou compromissos eleitorais não podem ser admitidos.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia, entre facticidade e validade*. Ed. Tempo Brasileiro, 1992, p. 297.

⁶ *Apud*, 298

⁷ <http://thenews.pl/1/10/Artykul/317562,How-judges-are-selected-across-Europe>



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás “Casa do Advogado Jorge Jungmann”

Merece amplo destaque, além disso, as diferentes matizes jurídicas que predominam no *common law* e *civil law*; o primeiro tipicamente anglo-saxão e o segundo, do qual somos parte, honrosamente acompanhados de Itália, Alemanha e outros importantes membros da Europa Continental.

Referido colorido sistêmico (*common* ou *civil law*) se eleva para muito além da simples forma de escolha de julgadores.

A própria instituição do Júri nos países de sistema *common law* se justifica como forma de alternativa a juízes que, eventual e politicamente compromissados, não teriam a necessária isenção em seu mister. É dizer: se o juiz ostenta em si próprio alguma suspeita, há a alternativa do julgamento pelo júri⁸. Referida opção não há em nosso sistema pátrio; o Tribunal do Júri em nosso país não contempla a feição eventualmente “contra Estatal”, circunstância que reduz contramedidas sistêmicas a eventuais desvios⁹.

Porém, mesmo nos Estados Unidos da América (EUA) em que predomina a eleição de juízes – em 33 dos 50 Estados os juízes são eleitos¹⁰ –, esta não é uma opção isenta de críticas e graves desvios

⁸ Cf. Lysander Spooner, *in* Ensaio sobre o Julgamento pelo Júri, “Aquele que nega o direito ao júri como proteção a um individuo em resistir a uma lei injusta, nega a qualquer defesa contra a opressão” (*Those who deny the right of a jury to protect an individual in resisting an unjust law of the government, deny him all defence (sic) whatsoever against oppression*)”

⁹ O Tribunal do Júri no direito anglo-saxão contempla a máxima medida do “*jury nullification*”, circunstância em que o jurado passa a julgar a própria lei e, por qualquer razão, desconsiderá-la por ser contrária a valores até mesmo não jurídicos.

¹⁰ No Estado do Colorado, *e.g.*, a escolha dos juízes é feita por uma Comissão composta por 03 advogados e 04 pessoas do povo que, após entrevista com os candidatos, indica três nomes para o Governador que escolhe o juiz para o posto vago.



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás “Casa do Advogado Jorge Jungmann”

reportados. No profundo estudo de Alexis de Tocqueville (Democracia na América), sobre a eleição de juízes registrou o emissário francês que

Por algumas Constituições [Estaduais] os membros dos Tribunais são eleitos, e são até sujeitos de frequentes reeleições. Me arrisco a prever que essa inovação será, cedo ou tarde, marcada por consequências fatais e, será descoberto em um futuro próximo que o ataque feito ao sistema judiciário terá afetado a própria República Democrática¹¹.

Quiçá desconsiderando as particularidades e a própria história institucional que dá suporte a alguns fenômenos sociais, nos sentimos tentados a replicar fórmulas supostamente mágicas; tudo na esperança de ostentarmos os mesmos resultados desejados.

Permito-me, no ponto, revelar que estamos nos ocupando de um espécie de *culto à carga*¹²; uma cerimônia ou celebração cega das

¹¹ No original: “*By some other constitutions the members of the Tribunals are elected, and they are even subjected to frequent re-elections. I venture to predict that these innovations will sooner or later be attended with fatal consequences, and that it will be found out at some future period that the attack which is made upon the judicial power has affected the Democratic Republic itself.*” (TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America* - Vol. I, Kindle, pos. 5761)

¹² A expressão remota a descobertas antropológicas que se seguram aos esforços militares dos aliados na 2ª Guerra Mundial; ocasião em que se utilizaram de algumas ilhas do Oceano Pacífico para instalação de bases navais e aéreas, entre as quais Fiji, Salomão e Papua Nova Guiné. No pequeno período em que ocuparam as ilhas, a interação com a população local (sem contato prévio com o mundo industrializado) viveu os benefícios e encantos da ciência, tecnologia, medicina, etc. Encerrada a 2ª Guerra Mundial em 1945, foram desmobilizadas as bases militares e finalizado o contato com os povos autóctones. Porém, na década de 1970, a Marinha Mercante se interessou pelas antigas bases e retornou aos locais de outrora; encontrando os descendentes dos primeiros contatados. Encontraram, também, as novas e inspiradoras inovações dos nativos: “torres de comando aéreo” construídas sobre árvores, homens andando com “fuzis” de bambu ou usando fones de ouvido de vegetais, “aviões” construídos com galhos e, até mesmo a inserção, em danças típicas, dos movimentos de *marshalling* (balizamento ou sinalização)



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás *“Casa do Advogado Jorge Jungmann”*

consequências almejadas, ignorando tudo aquilo que lhes deu causa. Ignoramos, sobretudo, as dificuldades, riscos e encargos que alguns modelos “de sucesso” trazem intrinsecamente.

As eleições de magistrados – onde existem – são pródigas em conflitos, especialmente o seguinte: ao passo que políticos podem (e devem) se comprometer com suas propostas e bases eleitorais, em explícito acordo com seu eleitorado, os juízes não podem se comprometer abstrata e previamente com coisa ou circunstância alguma, exceto pela própria lei. Neste quadro, o “resgate” de promessas de campanha seria gravíssimo comprometimento do Poder Judiciário, nefasto inclusive a própria OAB.

No que pertine aos custos – informação não obtida pela Comissão de Estudos –, chamo a atenção à evidência de que vivenciaremos uma corrida armamentista em termos de campanha para eleição à vaga do quinto constitucional. Não há dúvidas que haverá assédio de fontes econômicas, sobretudo em campanhas que se definirão exatamente nos termos da visibilidade, algo que custa dinheiro (naturalmente). Se o passo a ser dado neste sentido nos leva a essa evidência, no instante seguinte (quiçá em um futuro breve) estaremos tratando de financiamento de campanha com os cofres da própria OAB; medida que, ao revés, não gozará de entusiasmo ou apoio político.

Em que pese o regramento previsto na minuta da resolução, proponho-me ao exercício mental de imaginar os custos econômicos da epopeia eleitoral sugerida. Dada a sua dimensão territorial, o Estado de Goiás, exigirá do candidato uma formidável quantia financeira a título de

manual em pistas de decolagem/pouso). Acreditavam (os nativos) que ao replicarem as coisas e hábitos, obteriam também a causa do que se buscava imitar.



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás “Casa do Advogado Jorge Jungmann”

transporte, hotelaria, alimentação, suporte que o permita se afastar de suas atividades profissionais; sem nos esquecer também de eventual equipe que o acompanhe.

A campanha eleitoral (*rectius*: política) exigirá custos de propaganda nas mídias e formas autorizadas em resolução. Exigirá, sobretudo, o dispêndio de recursos da própria OAB na tarefa fiscalizatória!

Malgrado não saibamos – com clareza – os custos em escala Estadual para uma campanha ao quinto constitucional; a experiência estrangeira (notadamente americana) nos dá conta de que, em uma cidade de pequeno porte, os custos para se eleger juiz, orbitam em torno de U\$ 5 milhões, conforme matéria publicada no New York Times¹³.

Além do assustador montante econômico (naturalmente não atualizado para realidades brasileiras), é sabido que nos mais insuspeitos locais onde o juiz é eleito sob compromissos de campanha (*e.g.* EUA), os juízes literalmente decidem a favor de seus apoiadores¹⁴. Revisitando Tocqueville (citado anteriormente), já se avizinha a aludida agressão ao sistema judicial por dentro da própria Democracia.

Ainda que se adote uma módica fração do distante exemplo norte-americano (o que conseguimos obter, afinal), este custo que recairá sobre o(s) candidato(s) ao quinto constitucional; muito ao contrário da esperada democratização do processo de escolha, redundará no estreitamento das portas do caminho almejado. Ora, o que seria mais barato e acessível: interceder junto a cada um dos advogados/eleitores no

¹³ <http://www.nytimes.com/2008/05/25/world/americas/25iht-judge.4.13194819.html>

¹⁴ <https://www.conjur.com.br/2009-ago-18/juizes-eleitos-povo-eua-decidem-favor-apoiadores>



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás *“Casa do Advogado Jorge Jungmann”*

Estado de Goiás ou, de outro lado, travar contato com os Conselheiros desta Seccional?

Naturalmente, por longe que venha a ser qualquer rincão de nosso Estado em relação à Capital, é explicitamente menos onerosa/trabalhosa a interação com os Conselheiros (conforme modelo atual) do que seria no caso de todos os advogados regularmente inscritos (conforme modelo proposto).

Evidente, portanto, o retrocesso democrático no notável viés daqueles que apresentam (ou querem apresentar) seus nomes no processo de escolha para a vaga do quinto constitucional. Em síntese: triunfando a proposta por um sistema misto (ou mesmo de eleição direta) somente o advogado afortunado financeiramente poderia alcançar o cargo de desembargador. Ademais, teria ele que, passo seguinte ao de sua eleição, saldar compromissos com seus eleitores, ainda que incompatíveis com a preservação das balizas de um Estado de Direito.

Mas não é só!

Pela importância e, sobretudo, pela similitude no direito de ocupar a quinta parte das vagas em Tribunais, o Ministério Público merece ser analisado no particular de suas regras para o caso.

Sem que jamais tenha sido questionada a legitimidade do processo de escolha, diz a Resolução nº 009/02 do Conselho Superior do Ministério Público (CSMP) que a lista sêxtupla será lavrada pelo próprio CSMP; ou seja, 07 (sete) pessoas (Procurador-Geral de Justiça, Corregedor-



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás
“Casa do Advogado Jorge Jungmann”

Geral do Ministério Público e cinco Procuradores de Justiça), tudo conforme art. 10, inciso X, alínea “d” da Resolução nº 009/02 – CSMP.

Como sabemos, o Conselho Superior do Ministério Público é o menor dos possíveis colegiados daquela instituição; ou seja, é também o mais acessível entre a opção da totalidade dos membros do Ministério Público ou, ainda, o Colégio de Procuradores de Justiça. Nem por isso, jamais lhe foi colocada em dúvida a legitimidade nesta atribuição.

Neste sentido e pelas razões expostas, voto pela rejeição da proposta, mantendo os atuais regramentos e sistema de indicação dos candidatos à lista sêxtupla para o quinto constitucional (cf. art. 94 da Constituição Federal).

Goiânia, 18 de outubro de 2017

Rodrigo Lustosa Victor
Conselheiro