

## VOTO

### O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA** por meio da qual se discute a validade constitucional da exigência de comprovação de inscrição do advogado, há mais de cinco anos, no Conselho Seccional da OAB abrangido pela competência do Tribunal Judiciário, para participar de processo seletivo destinado à formação de listas sêxtuplas.

Eis o inteiro teor do dispositivo impugnado:

“Art. 5º Como condição para a inscrição no processo seletivo, com o pedido de inscrição o candidato deverá comprovar o efetivo exercício profissional da advocacia nos 10 (dez) anos anteriores à data do seu requerimento **e, tratando-se de Tribunal de Justiça Estadual ou de Tribunal Federal, concomitantemente, deverá comprovar a existência de sua inscrição, há mais de 05 (cinco) anos, no Conselho Seccional abrangido pela competência do Tribunal Judiciário.** (NR. Ver Provimento 139/2010).

Parágrafo único. Não será admitida inscrição de advogado que possua mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade na data da formalização do pedido. (NR. Ver Provimento 139/2010).”

O requerente postula, em apertada síntese, a declaração de inconstitucionalidade da expressão em destaque, constante do referido dispositivo, argumentando que, nesse ponto, a norma impugnada teria inovado relativamente às normas constitucionais que dispõem sobre a matéria, “estabelecendo disciplina mais restritiva quanto ao direito de advogados participarem do processo seletivo das listas sêxtuplas voltadas à composição dos órgão judiciais”.

Segundo argumenta, ao proceder à diferenciação dos advogados com base no local de desenvolvimento da atividade profissional, a norma

questionada ofenderia o **art. 94, caput, da CF**, o qual estipula os requisitos para a participação de advogados em processos de formação de listas sêxtuplas, além do disposto em seu **art. 5º, caput e inciso II** (princípio da legalidade e da isonomia) e no **art. 19, inciso III** (princípio da isonomia federativa).

## 1 - QUESTÕES PRELIMINARES

### 1.1 Do cabimento da presente ação direta

De início, destaco que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu bastante quanto ao alcance da expressão “lei ou ato normativo federal ou estadual”, constante do art. 102, inciso I, alínea a, da Constituição Federal, estando pacificada, atualmente, quanto à possibilidade de se impugnar, em sede de ação direta de inconstitucionalidade – entre outros atos normativos infralegais dotados de autonomia jurídica, abstração, generalidade e impessoalidade –, **as resoluções de conselhos profissionais que “inovem originariamente no ordenamento jurídico, em confronto direto com o texto constitucional”** (ADI nº 3.481, Rel. Min. **Alexandre de Moraes**, Tribunal Pleno, DJe de 6/4/21).

No mesmo sentido, no julgamento da ADI nº 7.423, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, o Plenário da Suprema Corte decidiu pelo cabimento de ação direta de inconstitucionalidade **“quando o conteúdo impugnado apresentar incompatibilidade direta com a Constituição da República e sejam dotados de generalidade e abstração”** (ADI nº 7.423, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, julgado em 19/12/23, DJe de 9/1/24). Na ocasião, questionavam-se dispositivos de resolução do Conselho Nacional de Enfermagem.

Ademais, não é a primeira vez que a Suprema Corte é instada a se debruçar sobre atos normativos editados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Isso também aconteceu, por exemplo, na **ADI nº 759-MC**, Rel. Min. **Carlos Velloso**, ocasião em que se

questionava preceito do Provimento nº 73, de 1992, o qual dispunha, coincidentemente, sobre a composição das listas sêxtuplas previstas no art. 94 da Constituição Federal, e, mais recentemente, na **ADPF nº 310**, Rel. Min. **Alexandre de Moraes**, oportunidade na qual a impugnação se voltava contra enunciado editado pelo Órgão Especial do Conselho Pleno da OAB.

Não vislumbro, portanto, qualquer óbice à averiguação da higidez constitucional do dispositivo impugnado por meio da presente ação direta, tendo em vista que o ato normativo do Conselho Federal da OAB, ora impugnado, é dotado de densidade normativa típica dos atos normativos primários e, nesta ação, é confrontado diretamente com a Constituição Federal, notadamente com seu art. 94, **caput**, não existindo, ademais, a necessidade de se analisar qualquer disposição legal intermediadora.

## 1.2 Do pedido de aditamento

Após a devida instrução dos autos, o Procurador-Geral da República **requereu o aditamento da petição inicial** para incluir, no objeto da presente ação direta, a alínea **a** do art. 6º do aludido Provimento nº 102/04 do CFOAB, cujo teor transcrevo:

“Art. 6º O pedido de inscrição será instruído com os seguintes documentos:

a) comprovação de que o candidato, em cada um dos 10 (dez) anos de exercício profissional (art. 5º), praticou, no mínimo, 05 (cinco) atos privativos de advogado, em procedimentos judiciais distintos, **na área do Direito de competência do Tribunal Judiciário em que foi aberta a vaga**, seja através de certidões expedidas pelas respectivas serventias ou secretarias judiciais, das quais devem constar os números dos autos e os atos praticados, seja através de cópias de peças processuais subscritas pelo candidato, devidamente

protocolizadas, ou de termos de audiência dos quais conste a sua presença.”

Postula o requerente, então, que seja declarada inconstitucional, **por arrastamento**, qualquer interpretação da referida norma que

“conduza à exigência de comprovação, pelo candidato às listas sêxtuplas, da prática de mais de cinco atos privativos de advogado por ano, no território abrangido pela competência do Tribunal Judiciário onde se der a vaga a ser preenchida pelo quinto constitucional” (e-doc. 20, fl. 6).

Para tanto, pondera que

“exigir do candidato que comprove a prática de mais de 5 atos privativos de advogado por ano no território abrangido pela competência do Tribunal Judiciário onde se der a vaga equivaleria a obrigar a inscrição suplementar do advogado no Conselho Seccional correspondente, exigência esta que se reputa inconstitucional nesta ação direta de inconstitucionalidade” (e-doc. 4).

Verifico, de início, haver **correlação** entre o art. 5º, objeto original da impugnação, e o art. 6º do mesmo provimento do CFOAB, questionado apenas em sede de aditamento. Enquanto o primeiro dispõe sobre os requisitos para o advogado participar da formação de listas sêxtuplas, o segundo especifica os documentos necessários à comprovação desses requisitos.

Vislumbra-se, portanto, uma espécie de **interdependência lógica e sistêmica** entre as normas, a qual não poderia ser desconsiderada, sob pena de se permitir que um requisito eventualmente considerado inconstitucional continue sendo exigido com base em interpretação de dispositivo diverso do mesmo ato normativo.

Constata-se, ademais, que a causa de pedir, ou seja, o fundamento jurídico invocado em sede de aditamento, é idêntico ao do pedido original, não havendo, por isso, necessidade de se solicitarem novas informações em complementação.

Anoto, ainda, que o pedido de aditamento antecipa uma discussão que possivelmente surgirá, a depender do resultado do julgamento da presente ação direta, de modo que atende aos princípios da economia e da celeridade processuais seu enfrentamento imediato, como proposto pelo requerente.

Por último, ressalto que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido aditamento ao pedido inicial formulado pelo Procurador-Geral da República por ocasião de seu parecer nos casos em que esse aditamento tenha o objetivo de incluir no objeto da ação direta normas que façam parte do mesmo complexo normativo em que estão inseridas as normas impugnadas e desde que seja comum o fundamento jurídico invocado.

Nesse sentido, aliás, cito os seguintes precedentes:

“AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADITAMENTO DA PETIÇÃO INICIAL PARA INCLUIR DISPOSITIVOS QUE APRESENTAM ESTREITA RELAÇÃO COM AS NORMAS ORIGINALMENTE IMPUGNADAS, INTEGRANDO O MESMO COMPLEXO NORMATIVO E SUJEITOS AO MESMO VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO. POSSIBILIDADE. APRESENTAÇÃO DE NOVAS INFORMAÇÕES E MANIFESTAÇÕES. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O princípio do pedido no processo objetivo da jurisdição constitucional deve ter sua aplicação dimensionada a partir da perspectiva institucional do sistema de controle abstrato de normas, que não se presta à tutela de direitos subjetivos dos atores processuais, mas à salvaguarda da higidez da ordem jurídica. 2. **Admite-se o aditamento ao pedido inicial**

formulado pelo Procurador-Geral da República por ocasião de seu parecer, em casos em que tal aditamento tenha o objetivo de incluir normas que fazem parte do mesmo complexo normativo em que estão inseridas as normas objeto do pedido inicial, desde que lhes seja comum o fundamento jurídico invocado. Precedentes: ADI 2.928-QO, rel. min. Gilmar Mendes, Plenário, DJ de 12/11/2004; ADI 3.660, rel. min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe de 9/5/2008; ADI 5.260, rel. min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe de 29/10/2018; ADI 3.434-MC, rel. min. Joaquim Barbosa, Plenário, DJ de 28/9/2007; ADI 4.342-AgR, rel. min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe de 2/2/2018; ADI 4.265-AgR, rel. min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe de 17/5/2018. 3. Os artigos 7º, § 1º, da Lei 9.726/1988 do Estado de Minas Gerais e 289 da Constituição mineira apresentam estreita relação com as normas originalmente impugnadas (artigo 10 da Lei 10.254/1990 do Estado de Minas Gerais), **integrando o mesmo complexo normativo e sujeitos ao mesmo vício de inconstitucionalidade suscitado**. 4. Ausência de prejuízo ao contraditório, pois foram apresentadas novas informações e manifestações pelas autoridades requeridas, pela Advogada-Geral da União e pela Procuradora-Geral da República após o aditamento da exordial. 5. Agravo não provido” (ADI nº 5.267-AgR, Rel. Min. **Luiz Fux**, Tribunal Pleno, julgado em 23/8/19, DJe 9/9/19).

“AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS ESTADUAIS (ANAMAGES). LEGITIMIDADE ATIVA. LEI ESTADUAL 5.535/2009 DO RIO DE JANEIRO. NORMA DE INTERESSE DA MAGISTRATURA ESTADUAL. NÃO IMPUGNAÇÃO À NORMA DO MESMO COMPLEXO NORMATIVO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. IMPOSSIBILIDADE DE ADITAMENTO DA INICIAL. NECESSIDADE DE NOVAS INFORMAÇÕES.

DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1. Embora a ANAMAGES represente apenas fração da classe dos magistrados, a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL passou a reconhecer a sua legitimidade ativa quando a norma objeto de controle de constitucionalidade referir-se exclusivamente à Magistratura de determinado ente da Federação. Precedentes. 2. A não impugnação de todas as normas que integram o conjunto normativo apontado como inconstitucional implica a ausência do interesse de agir da parte requerente. Precedentes. 3. **Entendimento desta CORTE no sentido de que o aditamento da inicial só é possível, observados os princípios da economia e da celeridade processuais, quando a inclusão de nova impugnação dispensa a requisição de novas informações.** No presente caso, não é possível tal aditamento com a finalidade de corrigir vício relativo à legislação não impugnada do complexo normativo. 4. Agravo Regimental a que se nega provimento” (ADI nº 4.342-AgR, Rel. Min. **Alexandre de Moraes**, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/17, DJe de 2/2/18).

No caso em apreço, deve ser **deferido** o aditamento.

## 2. MÉRITO

A Constituição Federal instituiu, em seu art. 94, a figura do **quinto constitucional** na composição dos tribunais regionais federais e dos tribunais de justiça dos estados e do Distrito Federal e Territórios.

Transcrevo, por oportuno, o teor da determinação constitucional:

“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” (grifo nosso).

O texto constitucional determina que um quinto das vagas dos referidos tribunais seja preenchido por membros do Ministério Público e por advogados. Para tanto, a Constituição estabelece requisitos. No caso dos membros do MP, exige-se que possuam mais de dez anos de carreira (requisito objetivo). No que se refere à advocacia, os advogados devem cumprir as exigências de ostentar notório saber jurídico e ter reputação ilibada (requisitos subjetivos), além de contar com mais de dez anos de efetiva atividade profissional (requisito objetivo).

A Constituição Federal também estabelece um procedimento para a indicação de membros do Ministério Público e de advogados para as vagas reservadas ao quinto constitucional. Primeiramente, devem ser formadas listas sêxtuplas pelos órgãos de representação do Ministério Público e da advocacia (neste caso, o Conselho Federal ou os Conselhos Seccionais da OAB). Na sequência, as listas sêxtuplas serão reduzidas a listas tríplices pelos respectivos tribunais, os quais enviarão tais listas ao Poder Executivo, para que esse, nos vinte dias subsequentes, realize a escolha de um dos candidatos para nomeação.

O art. 94 refere-se, como visto, aos tribunais regionais federais e aos tribunais de justiça dos estados e do Distrito Federal e Territórios. A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, contudo, estendeu o quinto constitucional aos tribunais regionais do trabalho (CF/88, art. 115, inciso I) e ao Tribunal Superior do Trabalho (CF/88, art. 111-A, inciso I).

Por oportuno, transcrevo os dispositivos pertinentes:

“Art. 111-A. O Tribunal Superior do Trabalho compõe-se de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

**I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;**

(...)

Art. 115. Os Tribunais Regionais do Trabalho compõem-se de, no mínimo, sete juízes, **recrutados, quando possível, na respectiva região** e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de setenta anos de idade, sendo:

**I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;”**

Como se observa, o constituinte derivado reformador, ao entender por bem aplicar o quinto constitucional para a composição dos TRT e do TST, estabeleceu os exatos requisitos previstos no art. 94 da Constituição para a seleção de advogados candidatos às listas sêxtuplas.

O quinto constitucional é mecanismo que reflete a pluralidade da sociedade, valoriza a experiência profissional diversa da magistratura e se traduz, na prática, em decisões judiciais mais equilibradas e sensíveis à realidade, aos anseios sociais e à diversidade. Cuida-se, portanto, de regra indispensável para a composição democrática do Poder Judiciário e, sobretudo, para a oxigenação desse Poder no exercício de sua atividade-fim de prestação jurisdicional.

Como preleciona o Ministro **Gilmar Mendes** em obra doutrinária,

“[o] art. 94 estabelece o denominado *quinto constitucional*, que assume relevante valor nas sociedades complexas, na medida em que permite a composição plural dos órgãos judiciais. O texto constitucional valoriza, igualmente, a experiência profissional de advogados e membros do Ministério Público e sua importante contribuição no processo de legitimação das decisões judiciais” (MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 1129).

E prossegue Sua Excelência, dizendo:

“(...) a obediência ao preceito que estabelece o quinto constitucional rende notória homenagem à principiologia constitucional (pluralismo, democracia), permitindo que os Tribunais tenham, necessariamente, uma composição diversificada. A não satisfação do dispositivo constitucional configura, portanto, um desvalor que, certamente, não encontra respaldo na estrutura constitucional brasileira (...)” (MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 1131).

Essa compreensão também encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Cita-se, como exemplo, a **ADI nº 1.289-EI**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, ementada nos seguintes termos:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Embargos Infringentes. Cabimento, na hipótese de recurso interposto antes da vigência da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. 3. Cargos vagos de juízes do TRT. Composição de lista. 4. Requisitos dos arts. 94 e 115 da Constituição: quinto constitucional e lista sêxtupla. 5. Ato normativo que menos se

distancia do sistema constitucional, ao assegurar aos órgãos participantes do processo a margem de escolha necessária. 6. Salvaguarda simultânea de princípios constitucionais em lugar da prevalência de um sobre outro. 7. Interpretação constitucional aberta que tem como pressuposto e limite o chamado ‘pensamento jurídico do possível’. 8. Lacuna constitucional. 9. Embargos acolhidos para que seja reformado o acórdão e julgada improcedente a ADI 1.289, declarando-se a constitucionalidade da norma impugnada” (ADI nº 1.289-El, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, Tribunal Pleno, julgado em 3/4/03, DJ de 27/2/04).

Na referida ação direta, questionava-se a constitucionalidade de decisão mediante a qual o Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho flexibilizou o requisito objetivo de comprovação de mais dez anos de carreira, previsto no art. 94, quando não houvesse, na instituição, candidatos com esse requisito em número suficiente para a formação de lista sêxtupla destinada ao preenchimento de cargos de juiz dos tribunais regionais do trabalho.

A princípio, a ação foi julgada procedente, por maioria dos votos, nos termos do voto do Relator, ficando vencido, na ocasião, o Ministro **Carlos Velloso**, para quem, sendo o quinto constitucional premissa maior, o requisito do tempo na carreira deve ceder “no momento em que a realização do princípio possa não ocorrer por falta de membros do Ministério Público que o satisfaçam”. Segundo explicou Sua Excelência na ocasião,

“se não for permitida a inclusão, na lista sêxtupla, de membro do Ministério Público com menos de dez anos de carreira, ter-se-á: ou a não realização do princípio constitucional do quinto, assim descumprindo-se o que a Constituição quer e determina (CF, art. 94), ou o não cumprimento do segundo requisito, o da lista sêxtupla, vale dizer, com a feitura desta apenas ou um ou dois nomes. De um modo ou de outro a

ofensa à Constituição é grave: primeiro: a não realização do princípio constitucional do quinto torna irregular a composição do Tribunal e chega a por em dúvida a perfectibilidade de suas decisões; segundo, a não observância da lista sêxtupla, para o fim de realizar-se o princípio do quinto constitucional, implica ofensa a princípio outro: o de que o Tribunal, que deve fazer a redução da lista sêxtupla para lista tríplice tem inibida ou mitigada a prerrogativa de escolha que lhe conferiu a Constituição; e se a lista que deveria ser sêxtupla passou a ser, na origem, tríplice, então o Tribunal não tem escolha nenhuma; e se a lista, que na origem deveria ser sêxtupla, mas que contém apenas um nome ou dois nomes, então teríamos duas ofensas, ao mesmo tempo, à Constituição: nem o Tribunal nem o Presidente da República poderiam exercer a prerrogativa constitucional de escolha (CF, parágrafo único, do art. 94)

(...)

É de ver-se, portanto, que o ato normativo objeto desta ação impede a ocorrência de ofensas maiores à Constituição” (ADI nº 1.289, Rel. Min. **Octávio Gallotti**, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/96, DJ de 29/5/98).

Opostos embargos infringentes, os autos foram redistribuídos ao Ministro **Gilmar Mendes**, na forma regimental, para julgamento do recurso, prevalecendo, então, o entendimento proposto pelo Ministro **Carlos Velloso**.

Colhe-se do voto condutor do acórdão o seguinte:

“Ao assentar que um dos valores constitucionais para a composição de órgãos judiciais era a observância do quinto constitucional, **Velloso** chamou a atenção para um elemento que assume valor ímpar nas sociedades pluralistas: a composição plural dos órgãos judiciais. Entre nós, o princípio do quinto constitucional rende notória homenagem a esse valor, permitindo que as Cortes tenham, necessariamente, uma

composição diversificada. A não-satisfação do princípio do quinto constitucional configura, portanto, um desvalor que, certamente, não encontra respaldo na estrutura constitucional, tal como anotado no voto de **Velloso**. Ademais, cumpre observar que, ao consagrar o critério da lista sêxtupla composta por procuradores que ainda não preenchem o requisito temporal, no caso de falta de membros habilitados, a resolução referida atendeu a um outro valor, igualmente importante para o texto constitucional: o respeito à liberdade de escolha por parte do Tribunal e do próprio Poder Executivo. Do contrário, restaria prejudicado o equilíbrio que o texto constitucional pretendeu formular para o sistema de escolha: participação da classe na formação da lista sêxtupla; participação do Tribunal na escolha da lista tríplice e participação do Executivo na escolha de um dos nomes” (ADI nº 1.289-EI, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, Tribunal Pleno, julgado em 3/4/03, DJ de 27/2/04).

Outro precedente pertinente à análise do presente caso é a **ADI nº 4.150**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, na qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a submissão à aprovação pelo Poder Legislativo Estadual do nome escolhido pelo chefe do Poder Executivo para ocupar as vagas referentes ao quinto constitucional.

Naquela oportunidade, o Relator consignou que

“[o] artigo 94 da Carta da República regula de maneira exhaustiva o procedimento destinado à escolha dos membros dos tribunais de justiça oriundos do quinto constitucional. Na espécie, revela-se situação na qual há incidência direta de preceito previsto na Carta da República, sendo despiciendo perquirir sobre eventual atendimento ao princípio da simetria”.

Confirmou-se, assim, o entendimento externado pelo Plenário da Corte por ocasião do **deferimento** da respectiva medida cautelar, segundo o qual “o trato da matéria pela Carta da República não abre

margem à estipulação de formalidade além das estabelecidas” (ADI nº 4.150-MC, Rel. Min. **Marco Aurélio**, Tribunal Pleno, julgado em 8/10/08, DJe de 13/3/09), sendo exaustiva a previsão do art. 94 do texto constitucional.

Feitas essas considerações preliminares, destaco que a parte final do art. 5º, **caput**, do Provimento nº 102/04, alterado pelo Provimento nº 139/10 do Conselho Federal da OAB, ao exigir do advogado que pretenda se inscrever em processo seletivo para a formação de listas sêxtuplas, concomitantemente à comprovação do efetivo exercício profissional nos 10 (dez) anos anteriores à data de seu requerimento, a inscrição, há mais de 5 (cinco) anos, no Conselho Seccional abrangido pela competência do Tribunal Judiciário em que disponível a vaga a ser preenchida pelo quinto constitucional, acaba estabelecendo **requisito não previsto no art. 94 da Constituição de 1988, restringindo, por conseguinte, o direito dos advogados de participarem da formação de listas sêxtuplas.**

Recorde-se que, pela dicção do art. 94 do texto constitucional, para o advogado concorrer a vagas destinadas a advogados pelo quinto constitucional nos tribunais regionais federais e nos tribunais de justiça dos estados e do Distrito Federal e Territórios, ele deve possuir “**notório saber jurídico**” (requisito subjetivo), ostentar “**reputação ilibada**” (requisito subjetivo) e contar com “**mais de dez anos de efetiva atividade profissional**” (requisito objetivo). Nada mais. Portanto, não há dúvidas de que **o dispositivo constitucional em referência é exaustivo, não podendo os órgãos de representação de classe ampliar, por ato próprio, as exigências enumeradas pelo Poder Constituinte, como se verifica na hipótese.**

A ampliação das exigências constitucionais, além de restringir direito dos advogados, como já se disse, obsta a fiel observância das determinações relativas ao quinto constitucional e à formação de listas sêxtuplas pelo respectivo órgão de representação de classe.

Vale lembrar que, no julgamento da **ADI nº 1.289-EI**, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de se suprir lacuna decorrente da aplicação das normas constitucionais com o propósito de se

otimizar, na medida do possível, a aplicação das determinações constitucionais de composição dos tribunais judiciários pelo quinto constitucional e de formação de listas sêxtuplas. Entretanto, no caso em apreço, a **criação de distinção entre advogados em razão da localidade de desempenho da atividade profissional dificulta a participação de alguns deles no processo seletivo para a formação de listas sêxtuplas**, o que, aparentemente, vai de encontro às aludidas determinações constitucionais.

Assim, a situação em análise é bem diversa daquela verificada no precedente supramencionado, no qual a norma questionada (**e, posteriormente, declarada constitucional**), segundo verificado pelo Plenário da Corte, tinha o intuito de assegurar a participação de membros do Ministério Público em número suficiente para a composição de listas sêxtuplas, caminhando no sentido da observância das aludidas determinações constitucionais, ainda que com prejuízo circunstancial da satisfação do critério objetivo constante do art. 94 do texto constitucional.

Também é importante consignar que o princípio constitucional da isonomia (CF/88, art. 5º, inciso II), conquanto não vede peremptoriamente que normas legais e infralegais estipulem distinções entre os cidadãos, impede que se façam distinções entre eles que sejam injustificadas, desproporcionais ou destituídas de legítimo propósito.

Conforme leciona **Celso Antônio Bandeira de Mello**,

“[a] Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes” (**Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 10).

O mencionado autor sugere, então, como critérios para constatar se

as distinções estabelecidas em lei são compatíveis com o princípio da isonomia, que seja identificado o fator de *discrímen* empregado pela norma e, logo em seguida, que se verifique se há correlação lógica entre esse fator e o tratamento desigual estabelecido pela norma, bem como que se investigue se esse tratamento desigual é idôneo, de modo a permitir a concretização dos valores prestigiados pelo Texto Constitucional. **Vide:**

“Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados” (**Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 21).

E continua o autor, **in verbis**:

“Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, **in concreto**, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles. Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, haja vista uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos

interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição” (**Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 21-22).

No caso em exame, a norma elege como fator de *discrímen*, além de mais de dez anos de efetivo exercício da advocacia, critério objetivo estabelecido expressamente pelo próprio texto constitucional (CF, art. 94), que **metade desse tempo de exercício profissional se dê em localidade abrangida pela competência territorial do Tribunal a cuja vaga se concorre** pelo quinto constitucional.

Esse **critério adicional** não está previsto no art. 94 da Constituição Federal, sendo decorrente, segundo informado nos autos pelo próprio Conselho Federal da OAB, de uma suposta interpretação sistemática do art. 94 da Constituição Federal em conjunto com o disposto nos arts. 107, **caput**, e 115, **caput**, do texto constitucional, os quais, ao disporem sobre a composição, respectivamente, dos tribunais regionais federais e dos tribunais regionais do trabalho, dispõem que seus juízes serão “recrutados, quando possível, na respectiva região”.

Nesse ponto, deve-se observar, primeiramente, que esses dois dispositivos constitucionais trazem mera recomendação, a qual se mostra, sem dúvida, de todo salutar, mas nem por isso, a meu ver, deve ter sua aplicabilidade ampliada, como pretende o Conselho Federal da OAB, a ponto de torná-la de observância obrigatória para a inscrição de advogados em processos seletivos destinados à formação de listas sêxtuplas (e, por conseguinte, à participação dos advogados na composição dos tribunais pelo quinto constitucional).

É certo que a adequada prestação jurisdicional pressupõe que não só o juiz de primeiro grau (que atua próximo às partes e toma conhecimento dos fatos em primeiro lugar, ao mediar a produção da prova), mas também que o juiz de segundo grau conheçam bem tanto a realidade social e econômica de sua área de jurisdição quanto as peculiaridades

regionais e culturais subjacentes às demandas que serão submetidas a sua apreciação.

Ademais, quando se está diante de tribunais regionais, independentemente de sua maior ou menor extensão territorial, aparentemente, não se corre o risco de que a recomendação constitucional conduza ao comprometimento do quinto constitucional ou da formação das listas sêxtuplas. É de se supor, com razoável segurança, que sempre existirão advogados interessados a concorrer a uma vaga pelo quinto constitucional na área de competência territorial de dado tribunal. No entanto, o mesmo não se pode afirmar – **ao menos, não de forma tão categórica** –, quanto aos tribunais dos estados. Daí a possível razão de a Constituição Federal estabelecer **apenas uma recomendação, aplicável tão somente aos tribunais regionais (e, ainda assim, quando possível)**, e não uma determinação peremptória, a ser observada em todo e qualquer caso, incluindo os tribunais estaduais.

Por fim, não se pode olvidar que os tribunais regionais, assim como todos os tribunais estaduais, **são compostos majoritariamente (e, mais precisamente, no percentual de 80%)**, pela promoção de juízes de carreira, os quais compõem os respectivos quadros funcionais e, assim, necessariamente, possuem atuação profissional na área de competência territorial do tribunal pertinente, de modo a não se vislumbrar prejuízo caso alguns de seus componentes, provenientes do quinto constitucional, possuam experiência profissional em região ou localidade diversa.

Como visto, o quinto constitucional assegura a composição plural e democrática dos órgãos judiciários. Mas é não só. O quinto constitucional também se traduz em dever de oxigenação democrática do Poder Judiciário, pelo acréscimo de experiências profissionais diversas. E “por experiências profissionais diversas” deve-se compreender não só a abertura dos tribunais a profissionais de carreiras jurídicas afins (advocacia e Ministério Público), mas diferentes da magistratura, como também, de forma mais ampla, a abertura dos tribunais a profissionais que atuaram em outras regiões e/ou localidades e que, em seu exercício profissional, tiveram contato com tribunais judiciários distintos.

É essa diversidade, compreendida no sentido mais amplo possível, que é de todo necessária e enriquecedora para a qualificação e o equilíbrio das decisões judiciais proferidas pelos tribunais de segundo grau, justificando a necessidade de sua composição plural, de modo a permitir o gradual aperfeiçoamento da prestação jurisdicional no trato das questões que lhe são diariamente afetadas.

Desse modo, apesar de o fator de *discrímen* estabelecido pela norma originalmente questionada na presente ação direta possuir certa correlação lógica com o tratamento desigual conferido aos advogados, verifica-se que **o critério adicional proposto pelo Conselho Federal da OAB não encontra amparo no texto constitucional**, porquanto impõe distinção entre os advogados em razão da localidade de desempenho da atividade profissional que caminha na direção oposta à concretização do quinto constitucional e à formação das listas sêxtuplas. Com isso, esse critério, em vez de fortalecer os valores constitucionais subjacentes, especialmente os da composição plural dos órgãos judiciais, do pluralismo político, da isonomia e os princípios republicano e democrático, parece esvaziá-los de qualquer conteúdo, em prol do formalismo burocrático, da prevalência do corporativismo local da entidade de classe representativa da categoria e, inevitavelmente, de seus interesses exclusivos.

Portanto, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade do art. 5º, **caput**, parte final, do Provimento nº 102, de 9 de março de 2004, alterado pelo Provimento nº 139 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, de 21 de maio de 2010, por afronta ao art. 94 do texto constitucional e ao princípio da isonomia (CF/88, art. 5º, **caput** e inciso II) deve-se reconhecer, outrossim, a inconstitucionalidade, por arrastamento, de qualquer interpretação do art. 6º, alínea **a**, do Provimento nº 102/04 do CFOAB que conduza à exigência de comprovação por candidato a lista sêxtupla da prática de mais de cinco atos privativos de advogado por ano no território abrangido pela competência do Tribunal Judiciário onde se der a vaga a ser preenchida pelo quinto constitucional, conforme pleiteado.

### 3 - DISPOSITIVO

Ante todo o exposto, **defiro o pedido de aditamento à inicial** formulado pelo Procurador-Geral da República (e-doc. 20) e, no mérito, **julgo procedentes os pedidos** para declarar

I - a **inconstitucionalidade** da expressão “**e, tratando-se de Tribunal de Justiça Estadual ou de Tribunal Federal, concomitantemente, deverá comprovar a existência de sua inscrição, há mais de 05 (cinco) anos, no Conselho Seccional abrangido pela competência do Tribunal Judiciário**”, constante do art. 5º, **caput**, parte final, do Provimento nº 102, de 9 de março de 2004, alterado pelo Provimento nº 139, de 21 de maio de 2010, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

II - **inconstitucional, por arrastamento**, qualquer interpretação do art. 6º, alínea **a**, do Provimento nº 102, de 9 de março de 2004, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que conduza à exigência de comprovação por candidato a lista sêxtupla da prática de mais de cinco atos privativos de advogado por ano no território abrangido pela competência do Tribunal Judiciário onde se der a vaga a ser preenchida pelo quinto constitucional.

### 4 - DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS

Considerando que as normas permaneceram em vigor por **mais de 14 (quatorze) e 20 (vinte) anos**, respectivamente, com fundamento no art. 27 da Lei nº 9.868/99, **proponho a modulação dos efeitos da decisão** para que **ela só produza seus efeitos a partir da data da publicação da ata de julgamento (efeitos *ex nunc*)**, preservando-se a higidez das listas sêxtuplas formadas em conformidade com o dispositivo ora declarado inconstitucional, de modo a manter íntegros os atos de provimento de advogados para a composição dos tribunais regionais federais e para os tribunais de justiça dos estados e do Distrito Federal e Territórios publicados até essa data.

É como voto.