

Ementa : DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ESCOLHA DE REITORES E VICE-REITORES DE UNIVERSIDADES FEDERAIS PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA A PARTIR DE LISTA TRÍPLICE (ART. 16, I, LEI 5.540/1968, COM A REDAÇÃO DA LEI 9.192/1995, e ART. 1º, DECRETO 1.916/1996). ATO COMPLEXO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. EXERCÍCIO DE DISCRICIONARIEDADE MITIGADA PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. ABSOLUTO RESPEITO AO PROCEDIMENTO E FORMA ESTABELECIDOS EM LEI. OBRIGATORIEDADE DE ESCOLHA DE UM DOS NOMES QUE FIGUREM NA LISTA TRÍPLICE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA (ART. 207, CF) E AO PRINCÍPIO DA GESTÃO DEMOCRÁTICA DO ENSINO (ART. 206, VI, CF). AUSÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS*. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

1. A autonomia científica, didática e administrativa das universidades federais, prevista no art. 207 da Constituição Federal, concretiza-se pelas deliberações colegiadas tomadas por força dos arts. 53, 54, 55 e 56 da Lei 9.394/1996. A escolha de seu dirigente máximo pelo Chefe do Poder Executivo, a partir de lista tríplice, com atribuições eminentemente executivas, não prejudica ou perturba o exercício da autonomia universitária, não significando ato de fiscalização ou interferência na escolha ou execução de políticas próprias da instituição, escolhidas por decisão colegiada e participativa de seus integrantes.

2. A Constituição Federal e legislação complementar, preveem, para instituições essenciais ao equilíbrio democrático, como Tribunais Superiores, o Ministério Público e a Defensoria Pública, escolha de integrantes ou dirigentes máximos a partir de ato discricionário do Presidente da República, com ou sem formação de lista tríplice pelos pares. Tal previsão não afasta ou prejudica a autonomia institucional, administrativa e jurídica de tais entes face ao Poder Executivo, pois fundado na legitimação política da escolha pelo titular eleito democraticamente.

3. Sendo a escolha determinada a partir de lista tríplice, não se justifica a imposição de escolha no nome mais votado, sob pena de total inutilidade da votação e de restrição absoluta à discricionariedade mitigada concedida ao Chefe do Poder Executivo.

4. Questionamentos subjetivos sobre a motivação do ato de escolha em lista fechada, prevista pela norma questionada, afastam-se do controle concentrado, por natureza objetivo e dirigido à norma abstrata. Não se legitima, como fundamento do pedido de medida cautelar, o argumento de que as escolhas futuras, a serem feitas pelo

Chefe do Poder Executivo, estarão contaminadas pelo desvio de finalidade, seja pela natureza objetiva do controle concentrado, seja pela impossibilidade de presumir-se a má-fé do agente político.

5. Medida cautelar indeferida.

Trata-se de pedido de Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Verde (PV) , visando à declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.192, de 21 de dezembro de 1995, que alterou o art. 16, I, da Lei 5.540/1968, e do art. 1º do Decreto Federal 1.916, de 23 de maio de 1996, com a seguinte redação:

Lei 9.192/1995

Art. 1º O art. 16 da Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968, com as alterações produzidas pela Lei nº 6.420, de 3 de junho de 1977, e pela Lei nº 7.177, de 19 de dezembro de 1983, passa a vigorar com a seguinte redação:

“ **Art. 16.** A nomeação de Reitores e Vice-Reitores de unidades universitárias e de estabelecimentos isolados de ensino superior obedecerá ao seguinte:

I – o Reitor e o Vice-Reitor de universidade federal serão nomeados pelo Presidente da República e escolhidos entre professores dos dois níveis mais elevados da carreira ou que possuam título de doutor, cujos nomes figurem em listas tríplexes organizadas pelo respectivo colegiado máximo, ou outro colegiado que o englobe, instituído especificamente para este fim, sendo a votação uninominal;

II – os colegiados a que se refere o inciso anterior, constituídos de representantes dos diversos segmentos da comunidade universitária e da sociedade, observarão o mínimo de setenta por cento de membros do corpo docente no total de sua composição;

III - em caso de consulta prévia à comunidade universitária, nos termos estabelecidos pelo colegiado máximo da instituição, prevalecerão a votação uninominal e o peso de setenta por cento para a manifestação do pessoal docente em relação à das demais categorias;

IV - os Diretores de unidades universitárias federais serão nomeados pelo Reitor, observados os mesmos procedimentos dos incisos anteriores;

V - o Diretor e o Vice-Diretor de estabelecimento isolado de ensino superior mantido pela União, qualquer que seja sua natureza jurídica, serão nomeados pelo Presidente da República, escolhidos em lista tríplex preparada pelo respectivo colegiado máximo, observado o disposto nos incisos I, II e III;

VI - nos casos em que a instituição ou a unidade não contar com docentes, nos dois níveis mais elevados da carreira ou que possuam título de doutor, em número suficiente para comporem as listas

tríplices, estas serão completadas com docentes de outras unidades ou instituição;

VII - os dirigentes de universidades ou estabelecimentos isolados particulares serão escolhidos na forma dos respectivos estatutos e regimentos;

VIII - nos demais casos, o dirigente será escolhido conforme estabelecido pelo respectivo sistema de ensino.

Parágrafo único . No caso de instituição federal de ensino superior, será

de quatro anos o mandato dos dirigentes a que se refere este artigo, sendo permitida uma única recondução ao mesmo cargo, observado nos demais casos o que dispuserem os respectivos estatutos ou regimentos, aprovados na forma da legislação vigente, ou conforme estabelecido pelo respectivo sistema de ensino.”

Decreto nº 1.916/96

Art. 1º O Reitor e o Vice-Reitor de universidade mantida pela União, qualquer que seja a sua forma de constituição, serão nomeados pelo Presidente da República, escolhidos dentre os indicados em listas tríplices elaboradas pelo colegiado máximo da instituição, ou por outro colegiado que o englobe, instituído especificamente para este fim.”

Fundamenta o pedido na existência de violação da Constituição Federal quanto aos princípios da autonomia universitária (art. 206, II, III e VI; art. 207), da impessoalidade e da moralidade pública (art. 37, *caput*), por parte do Presidente da República, pela nomeação, para o cargo de Reitor e de Vice-Reitor de universidades mantidas pela União, de candidatos que não figuram em primeiro lugar na lista tríplice formada pelos colegiados das universidades (da Universidade Federal do Ceará, da Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mururi, da Universidade Federal do Triângulo Mineiro e da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia).

Ainda, pela existência de ofensa ao princípio da motivação das decisões administrativas, ainda que em relação a atos discricionários, não havendo justificativa técnica ou científica para a escolha de candidato que não o escolhido na votação pelo colegiado, configurando contraposição à autonomia das Universidades Federais.

Pretende medida cautelar, havendo, no futuro próximo, possibilidade de nomeação de Reitores da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, da Universidade Federal do Paraná, da Universidade de Brasília, da Universidade Federal do Pará e da Universidade Federal de São Carlos, para: a) suspender a vigência do art. 1º da Lei Federal 9.192/1995; b)

suspender as nomeações dos processos eleitorais em curso até o julgamento definitivo da ADI; c) sejam nomeados exclusivamente os candidatos mais votados pelas comunidades acadêmicas; d) subsidiariamente, medida cautelar para que as nomeações obedeam, minimamente, aos critérios técnicos exigidos pelo gestor público.

O pedido final é para a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.192, de 21 de dezembro de 1995, que alterou o art. 16, I, da Lei 5.540/1968, e do art. 1º do Decreto Federal 1.916, de 23 de maio de 1996. Alternativamente, pretende declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução do texto, para que a União realize a nomeação com observância de critérios técnicos, sob pena de desvio de finalidade do ato administrativo.

Ingressara nos autos como *amici curiae* a Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior - ANDIFES; a Federação de Sindicatos de Professores e Professoras de Instituições Federais de Ensino Superior e de Ensino Básico, Técnico e Tecnológico - PROIFES – FEDERAÇÃO; o Sindicato Intermunicipal dos Professores de Instituições Federais de Ensino Superior do Rio Grande do Sul - ADUFRGS SINDICAL; a União Nacional dos Estudantes – UNE; Ana Flávia Oliveira Barbosa; e a ilustre Deputada Federal Natália Bastos Bonavides, sendo o pedido desta última indeferido, por ausência de pertinência temática.

O Min. EDSON FACHIN vota pela concessão parcial da medida cautelar, com efeitos *ex nunc* a partir do protocolo desta ADI, “a fim de que a nomeação de Reitores e Vice-Reitores atenda concomitantemente aos seguintes requisitos: (I) ater-se aos nomes que figurem na respectiva lista tríplice; (II) respeitar integralmente o procedimento e a forma da organização da lista pela instituição universitária; e (III) recaia sobre o docente indicado em primeiro lugar na lista”, com a seguinte ementa:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 16, I, DA LEI Nº 5.540/1968. ART. 1º DO DECRETO nº 1.916/96. PROCEDIMENTO PARA A NOMEAÇÃO DE REITORES E VICE-REITORES DE UNIVERSIDADES FEDERAIS PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. ART. 207 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NORMA DE EFICÁCIA PLENA

E APLICABILIDADE IMEDIATA. NECESSIDADE DE RESPEITO ÀS INDICAÇÕES DOS COLEGIADOS MÁXIMOS DAS INSTITUIÇÕES. CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA.

1. O princípio da autonomia universitária, norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata inscrita no art. 207 da Constituição Federal, representa garantia das universidades contra ingerências externas não justificadas por norma de estatura constitucional.

2. A nomeação de Reitores e Vice-Reitores das Universidades Federais, na forma do art. 16, I, da Lei nº 5.540/1968, e do art. 1º do Decreto nº 1.916/96, não deve implicar mecanismo de promoção de política governamental ou instrumento de controle, sob pena de violação à autonomia universitária.

3. Medida cautelar parcialmente deferida, com efeitos a partir da data do protocolo ação, a fim de que a nomeação de Reitores e Vice-Reitores atenda concomitantemente aos seguintes requisitos: (I) ater-se aos nomes que figurem na respectiva lista tríplice; (II) respeitar integralmente o procedimento e a forma da organização da lista pela instituição universitária; e (III) recaia sobre o docente indicado em primeiro lugar na lista.

É o relatório.

Em que pesem os argumentos apresentados pelo E. Relator, Min. EDSON FACHIN, divirjo da decisão que concede parcialmente a medida cautelar, para INDEFERIR-LA INTEGRALMENTE.

Inicialmente, observe-se a limitação da cognição realizada neste momento tão somente ao pedido de liminar para suspender os efeitos da norma questionada, notadamente ante a possibilidade próxima de nomeação de novos Reitores e Vice-Reitores em diversas universidades federais, ou seja, a existência de *fumus boni iuris* e, em caso positivo, do *periculum in mora*.

E, nesse aspecto, tenho que não há *fumus boni iuris* no pedido a justificar o requerimento de medida liminar para suspender a eficácia da norma questionada, integral ou parcialmente.

Materialmente, há limitação de objeto da presente ADI à discussão da constitucionalidade da norma que fixa o regime de escolha de Reitores e de Vice-Reitores em universidades federais, a partir de lista tríplice formada pelos próprios integrantes da universidade.

Não se está aqui a discutir o exercício da liberdade de expressão ou de cátedra, ou mesmo outro direito fundamental de natureza individual em ambiente universitário, objeto de apreciação na ADPF 548 por conta de decisões da Justiça Eleitoral. Não existe similitude temática entre a questão constitucional discutida naqueles autos e a questão posta nesta ação direta, a impedir o uso do precedente como fundamento para demonstrar determinado posicionamento da CORTE.

O ato de escolha dos Reitores de universidades públicas federais, na forma da Lei 5.540/1968, com a redação dada pela Lei 9.192/1995, não afronta o art. 207 da Constituição Federal, por não significar tal ato um instrumento de implantação de políticas específicas determinadas pelo Chefe do Poder Executivo, nem indicar mecanismo de controle externo à autonomia universitária.

Trata-se de discricionariedade mitigada que, a partir de requisitos objetivamente previstos pela legislação federal, exige que a escolha do chefe do Poder Executivo recaia sobre um dos três nomes eleitos pela Universidade.

Não me parece, em juízo de cognição sumária, que a opção legal pela escolha dos dirigentes máximos da Universidade em ato complexo (LISTA TRÍPLICE FORMADA PELA UNIVERSIDADE + DISCRICIONARIEDADE MITIGADA DO CHEFE DO EXECUTIVO NA ESCOLHA DE UM DOS TRÊS NOMES APRESENTADOS) constitua desrespeito à autonomia universitária, prevista no art. 207 da Constituição Federal.

A autonomia está consagrada pela liberdade de gestão do conhecimento e administrativa das universidades que tais Reitores integram, dirigem e representam, na condição de órgão executivo. Ou seja, autonomia científica e de escolhas didáticas adotadas no ensino e na pesquisa universitárias, autonomia administrativa para tomar as medidas de concretização de seus objetivos científico-educativos e, por fim, autonomia na gestão financeira e patrimonial, escolhendo os projetos e atividades a serem custeados com seu orçamento próprio, tudo em vista à consecução da finalidade de ser da própria universidade pública.

A concretização de tal autonomia não se dá a partir de manifestação colegiada e democrática entre seus integrantes, especialmente em colegiados próprios, o que se observa na norma de concretização específica do art. 207 da Constituição Federal. Essa autonomia é assim concretizada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/1996):

“ **Art. 53.** No **exercício de sua autonomia** , são **assegurados às universidades** , sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

I – **criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei** , obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino;

II – **fixar os currículos dos seus cursos e programas** , observadas as diretrizes gerais pertinentes;

III – **estabelecer planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção artística e atividades de extensão** ;

(...)

V – **elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos** em consonância com as normas gerais atinentes;

(...)

VIII – **aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos** referentes a obras, serviços e aquisições em geral, bem como **administrar rendimentos conforme dispositivos institucionais** ;

IX – **administrar os rendimentos e deles dispor** na forma prevista no ato de constituição, nas leis e nos respectivos estatutos;

(...)

§ 1º Para **garantir a autonomia didático-científica** das universidades, **caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir** , dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre:

I – **criação, expansão, modificação e extinção de cursos** ;

II – **ampliação e diminuição de vagas**;

III – **elaboração da programação dos cursos** ;

IV – **programação das pesquisas e das atividades de extensão** ;

V – **contratação e dispensa de professores**;

VI – **planos de carreira docente**.

(...)

Art. 54. As **universidades mantidas pelo Poder Público** gozarão, na forma da lei, de estatuto jurídico especial para atender às peculiaridades de sua estrutura, organização e financiamento pelo Poder Público, assim como dos seus planos de carreira e do regime jurídico do seu pessoal.

§ 1º No **exercício de sua autonomia** , além das atribuições asseguradas pelo artigo anterior, as **universidades públicas poderão** :

I – **propor o seu quadro de pessoal docente, técnico e administrativo**, assim como um **plano de cargos e salários** , atendidas as normas gerais pertinentes e os recursos disponíveis;

II – **elaborar o regulamento de seu pessoal** em conformidade com as normas gerais concernentes;

III – aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, de acordo com os recursos alocados pelo respectivo Poder mantenedor ;

IV – elaborar seus orçamentos anuais e plurianuais ;

V – adotar regime financeiro e contábil que atenda às suas peculiaridades de organização e funcionamento;

VI – realizar operações de crédito ou de financiamento, com aprovação do Poder competente, para aquisição de bens imóveis, instalações e equipamentos;

VII – efetuar transferências, quitações e tomar outras providências de ordem orçamentária, financeira e patrimonial necessárias ao seu bom desempenho.

(...)

Art. 55. Caberá à União assegurar, anualmente, em seu Orçamento Geral, recursos suficientes para manutenção e desenvolvimento das instituições de educação superior por ela mantidas.

Art. 56. As instituições públicas de educação superior obedecerão ao princípio da gestão democrática , assegurada a existência de órgãos colegiados deliberativos, de que participarão os segmentos da comunidade institucional, local e regional .

Parágrafo único. Em qualquer caso, os docentes ocuparão setenta por cento dos assentos de cada órgão colegiado e comissão, inclusive nos que tratarem da elaboração e modificação estatutárias e regimentais, bem como da escolha de dirigentes.”

A partir dessa estrutura democrática e colegiada, obrigatoriamente adotada nas universidades públicas, por expressa determinação do art. 206, VI, da CF e do art. 56 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, não se infere a existência de interferência pelo Chefe do Poder Executivo a partir da escolha discricionária do dirigente máximo da instituição em lista tríplice formada por seus integrantes e pelos próprios integrantes, em votação uninominal.

Não se observa, assim, em primeira análise, o efeito concreto da interferência na autonomia universitária pelo simples ato administrativo discricionário de escolha do Reitor, por parte do Presidente da República, já que o próprio Reitor é limitado pelos órgãos colegiados que, necessariamente, compõem a universidade pública.

Num segundo aspecto, observa-se que a própria Constituição Federal, em diversos dispositivos, adota critério complexo de escolha de integrantes e dirigentes máximos de órgãos e instituições absolutamente autônomos em

seu agir, sem que haja necessidade de fundamentação da escolha pelo Chefe do Poder Executivo, caracterizando-se como simples ato discricionário.

Embora a Constituição Federal tenha atribuído autonomia administrativa, financeira e mesmo política a diversas instituições essenciais à própria existência equilibrada do Estado Democrático de Direito, não afastou a participação discricionária do Chefe do Poder Executivo na escolha de parte de seus integrantes ou de seus dirigentes máximos. Prevista tal autonomia justamente para que não houvesse interferência externa no exercício de seu mister, também entendeu o Constituinte pela necessidade de atuação do Chefe do Poder Executivo, eleito democraticamente pela população, por ato discricionário seu, a atribuição de funções de chefia máxima dessas instituições, sempre por meio de uma escolha entre qualquer pessoa com as qualificações constitucionais ou entre pessoas previamente qualificadas por integrarem os quadros institucionais, com ou sem indicação prévia por seus pares.

O equilíbrio se dá, como se sabe, a partir da restrição à discricionariedade da escolha a uma lista, em geral tríplice, integrada por membros ativos das instituições em questão, escolhidos por seus pares, e não por qualquer outra restrição à atuação dessas instituições no desenvolvimento de suas finalidades.

Observa-se a existência de normas constitucionais a legitimar escolhas discricionárias pelo Chefe do Poder Executivo, atinentes à composição ou chefia de órgãos ou instituições com autonomia geral, assim como as universidades. Chama-se a atenção, essencialmente, para a liberdade de escolha do Chefe do Executivo para a composição dos Tribunais de Justiça e Federais em listas tríplices de membros do Ministério Público e da advocacia, para a composição do Superior Tribunal de Justiça, bem como para a escolha do chefe de tais instituições (por exemplo, a escolha do Procurador-Geral da República, do Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal, dos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados por ato do Governador).

Todos com previsão de escolha entre os integrantes da carreira ou a partir de lista tríplice em norma da própria Constituição, o que indica que a ocorrência do ato decisório complexo (formação de lista e escolha por agentes distintos) dentro da ordem constitucional, ainda que, eventualmente, sujeitas estas escolhas à aprovação de órgão legislativo específico, como no caso do Senado Federal.

Apenas a título de exemplo, a indicar que não é absolutamente contrário ao regime constitucional da autonomia de instituições específicas a escolha de seus membros e dirigentes máximos por ato discricionário do Chefe do Executivo em listas tríplexes ou sêxtuplas na CF, tem-se: a) Art. 73, § 2º, I : escolha de 1/3 dos Ministros do Tribunal de Constas da União, a partir de lista tríplex feita pelo próprio Tribunal; b) Art. 94, parágrafo único: lista tríplex formada pelos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, a partir de lista sêxtupla pelos órgãos de representação da advocacia e do Ministério Público, para a composição do quinto constitucional, sendo remetida ao Poder Executivo que “escolherá um de seus integrantes para nomeação”; c) Art. 104, parágrafo único, I e II: nomeação de Ministros do Superior Tribunal de Justiça **pelo Presidente da República**, a partir de lista tríplex feita pelo próprio Tribunal, de juizes dos Tribunais Regionais Federais e de desembargadores dos Tribunais de Justiça, ou de advogados e membros do Ministério Público, a partir de lista sêxtupla formada pelos órgãos de representação da advocacia e do Ministério Público; d) Art. 128, § 3º: lista tríplex formada pelos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal, entre os integrantes da carreira, para escolha de seu Procurador-Geral, que “será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo”.

Ainda, no aspecto infraconstitucional, vê-se a previsão de escolhas discricionárias pelo Chefe do Poder Executivo a partir de listas formadas pelos próprios integrantes da instituição, remetidas àquela tão somente para o ato de escolha, sem necessidade de justificativa:

Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)

Art. 9º Os Ministérios Públicos dos Estados formarão lista tríplex, dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução, observado o mesmo procedimento.

§ 1º A eleição da lista tríplex far-se-á mediante voto plurinominal de todos os integrantes da carreira.

(...)

§ 4º Caso o Chefe do Poder Executivo não efetive a nomeação do Procurador-Geral de Justiça, nos quinze dias que se seguirem ao recebimento da lista tríplex, será investido automaticamente no cargo o membro do Ministério Público mais votado, para exercício do mandato.”

Lei Complementar 75/1993 (Estatuto do Ministério Público da União)

Art. 25. O Procurador-Geral da República é o chefe do Ministério Público da União, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, permitida a recondução precedida de nova decisão do Senado Federal.

(...)

Art. 155. O Procurador-Geral de Justiça é o Chefe do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Art. 156. O Procurador-Geral de Justiça será nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes de lista tríplice elaborada pelo Colégio de Procuradores e Promotores de Justiça, para mandato de dois anos, permitida uma recondução, precedida de nova lista tríplice.”

Lei Complementar 80/1994 (Lei Orgânica da Defensoria Pública)

Art. 6º A Defensoria Pública da União tem por chefe o Defensor Público-Geral Federal, nomeado pelo Presidente da República, dentre membros estáveis da Carreira e maiores de 35 (trinta e cinco) anos, escolhidos em lista tríplice formada pelo voto direto, secreto, plurinominal e obrigatório de seus membros, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de 2 (dois) anos, permitida uma recondução, precedida de nova aprovação do Senado Federal.

(...)

Art. 54. A Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios tem por Chefe o Defensor Público-Geral, nomeado pelo Presidente da República, dentre membros estáveis da Carreira e maiores de 35 (trinta e cinco) anos, escolhidos em lista tríplice formada pelo voto direto, secreto, plurinominal e obrigatório de seus membros, para mandato de 2 (dois) anos, permitida 1 (uma) recondução.

Não se discute ofensa à autonomia do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública pelo processo de **escolha**, pelo Chefe do Executivo, dentro de lista tríplice ou não, de seus futuros integrantes (Judiciário) e de sua chefia (Ministério Público da União e Defensoria Pública da União).

Se a autonomia do Poder Judiciário (art. 99, CF), do Ministério Público (art. 127, § 2º, CF) e da Defensoria Pública (art. 134, § 2º, CF) não é empecilho para a escolha de seus membros ou de sua chefia a partir de ato discricionário do Chefe do Poder Executivo, não se poderia observar, ausente regra constitucional garantindo tratamento distinto, inconstitucionalidade do mesmo processo de escolha de Reitores e Vice-Reitores de universidades federais, a partir de lista tríplice formada por seus integrantes.

Se o Chefe do Poder Executivo não pode escolher entre os integrantes da lista tríplice, não há lógica para sua própria formação, cabendo à norma apenas indicar a nomeação como ato vinculado a partir da remessa do nome mais votado.

Ainda, o exercício da discricionariedade mitigada, a partir do simples fato de o Chefe do Poder executivo escolher, dentre **os membros em geral do colegiado mais qualificado da Universidade**, não significa ato de fiscalização ou de fisiologismo partidário. Se os próprios membros da universidade incluíram determinado nome na lista tríplice, é porque, dentro de sua própria autonomia, inferiram sua capacidade e legitimidade para a chefia da instituição.

Daí presumir-se que a **livre escolha**, entre os três **indicados pelo próprio colegiado**, seria, pela opção subjetiva do Presidente da República, um ato político ilícito, é deixar de lado a vontade da própria congregação que, na lista, inclui outros dois nomes específicos de seus integrantes, além do mais votado. E, por certo, a Constituição Federal, nos pontos já citados, atribuiu caráter político ao ato de escolha não só ao dirigi-la ao Chefe do Poder Executivo, mas também de determinar-se a formação de listas para que, entre seus integrantes, livremente escolhesse aquele que eleito em processo democrático.

Por fim, tenho que a pretensão subsidiária de afastamento da discricionariedade administrativa na escolha determinada pela lei e, como nos casos referidos, na própria Constituição Federal, exigindo escolha justificada em algum critério externo à decisão subjetiva do Chefe do Executivo, não se justifica.

Se a escolha deve ser fundamentada no princípio da eficiência e com justificativa técnica ou científica, então escolha não há, mas espécie de concurso em que, ausentes ou insuficientes os requisitos técnicos do candidato, não se permitiria a sua escolha ou seria preterido em relação ao candidato com maior titulação.

A própria inicial, ao afirmar que o regime de escolha discricionária do Chefe do Executivo traduz inconstitucionalidade por não observar justificativa técnica ou científica, não deixa claro qual justificativa técnica ou científica seria essa, já que os candidatos da lista tríplice integram o próprio corpo docente da universidade pública e, por isso, foram aprovados em concurso de provas e títulos, presumindo-se a existência de capacidade técnica ou científica.

Tais requisitos – técnico e científico –, a princípio, são observados e previstos pela legislação questionada ao exigir que os integrantes da lista tríplice provenham **dos dois níveis mais elevados da carreira ou que possuam o título de doutor**. Se entre esses escolhidos houvesse de prevalecer aspectos técnicos, estes deveriam ser aferidos objetivamente, por meio de concurso de títulos, o que desnatura a **escolha**, tratando-se de instituto distinto, no caso, de aprovação em certame.

Considere-se, ainda, o efeito reflexo da decisão cautelar para as universidades estaduais, muitas delas com seu processo de escolha de Reitores e Vice-reitores que observa, de forma similar, o regramento federal de livre escolha pelo Chefe do Poder Executivo a partir de lista formada por colegiados qualificados das universidades, sem que se questione a constitucionalidade das normas locais que prevejam tal modalidade de escolha e nomeação.

Ao contrário, a posição da CORTE sempre foi de preservar a discricionariedade mitigada da escolha, pelo Chefe do Poder Executivo, do comando máximo de tais instituições, afastando-se, por inconstitucionalidade, normas locais que afastavam tal prerrogativa: ADI 490, DJ de 20/6/1997, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI; ADI 123, DJ de 12/9/1997, Rel. Min. CARLOS VELLOSO; ADI 573, DJ de 31/8/2001, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA; ADI 640, DJ de 11/4/1997, Redator para o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA; ADI 578, DJ de 18/5/2001, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA; ADI 606, DJ de 28/5/1999, Rel. Min. SYDNEY SANCHES; ADI 2.997, DJe de 12/3/2010, Rel. Min. CEZAR PELUSO.

No mais, eventual questionamento de decisão concreta havida no passado recente pelo Presidente da República, a romper a posição dos anteriores Chefes do Executivo que, há anos, optavam pela escolha do candidato mais votado na lista tríplice, não pode ser considerado para fins de controle objetivo, abstrato e dirigido à norma legal em sua legalidade constitucional.

Para o pedido de medida cautelar, sustenta-se a parte autora em fatos recentes, questionando a legitimidade da escolha baseada em possível critério político feita pelo Chefe do Poder Executivo. Ora, a atribuição de alguma ilicitude ou imoralidade à escolha discricionária, se houve, afasta-se da análise abstrata a ser feita no controle concentrado e objetivo de constitucionalidade da lei impugnada.

Acolher o argumento da inicial, para fins de concessão da medida liminar, para impedir novas escolhas de Reitores e Vice-Reitores de universidades federais, seria presumir de forma genérica o desvio de finalidade do ato administrativo, o que não se admite. E isso, por certo, diferencia o presente caso daquele observado no MS 37.097, quando se apreciava, em mandado de segurança de competência originária, a existência de possível desvio de finalidade no exercício de escolha discricionária para cargo comissionado pelo Chefe do Poder Executivo.

Diante do exposto, DIVIRJO do eminente Ministro relator, e voto pelo INDEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR requerida nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade, mantendo integralmente a eficácia da norma questionada.

Plenário Virtual - minuta de voto - MS 37.097