



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5010879-67.2017.4.04.7200/SC

RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGA INGE BARTH TESSLER

APELANTE: ALEX HELENO SANTORE (IMPETRANTE)

APELADO: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SANTA CATARINA (INTERESSADO)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. QUINTO CONSTITUCIONAL. VAGA DA OAB. QUESTÃO DE ORDEM. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. NULIDADE. PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA PROCESSUAL. ERRO MATERIAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. TEMA Nº 258 STF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AO DIREITO DE DEFESA E AO CONTRADITÓRIO E À SEGURANÇA JURÍDICA. ILEGALIDADE POR INCOMPETÊNCIA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA JURISDIÇÃO. AUTOTUTELA. LIMITES. ILEGALIDADE POR ARRASTAMENTO.

1. O Juiz não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício (artigos 10 e 933 do CPC). A alegação de que foi oferecida oportunidade de fala por ocasião da sustentação oral não supre o previsto nos dispositivos legais citados, pois não afina com o postulado do devido processo legal, com a paridade de armas às partes, com a dignidade do mandado de segurança, remédio constitucional.

2. Além do que, o decidido pelo Supremo Tribunal Federal desconstituiu o julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência nº 155.873/SC, que representou o principal fundamento do acórdão da Terceira Turma deste Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da minha relatoria, precipitando um castelo de atos jurisdicionais, em verdadeiro efeito dominó,

3. Diante do ocorrido caiu todo o conjunto de decisões deste Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. O decidido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal substitui todas as outras decisões referidas, assim não subsiste a decisão desta Relatora de que nada mais havia a fazer. Há sim, e é preciso conferir o elevado prestígio ao entendimento do Supremo Tribunal Federal no ARE nº 1.244.246/SC e solucionar a questão posta.

4. O presente Mandado de Segurança foi impetrado por Alex Santore, indicando coator o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, com o escopo de, diante da alegada nulidade absoluta, determinar que a autoridade se abstenha de instaurar qualquer procedimento administrativo para revisão do ato jurídico perfeito, isto é, a nomeação do impetrante ocorrida em 15 de maio de 2017.

5. Ressalto que os atos subsequentes, das autoridades estaduais, não foram originariamente objeto deste *mandamus* - não haviam ocorrido quando protocolado o *writ* - e a observar que não se tratam de autoridades sujeitas à autoridade da Ordem dos Advogados de Santa Catarina, mas sim autoridades em mesmo plano horizontal, de esferas diferentes dentro do organograma federativo, necessárias ao ato, que culminou com a finalização do ato complexo de nomeação em 15 de maio de 2017.

6. A sentença de primeiro grau merece reforma. O íncrito julgador não avaliou aspectos que maculam de grave ilegalidade o proceder da Ordem dos Advogados do Brasil/SC, na condução do infeliz episódio. Estas graves e manifestas ilegalidades se refletem, e por arrastamento, levam a nulidade dos atos subsequentes. É a ilegalidade consequencial, aplicando-se a idéia da inconstitucionalidade por arrastamento, são nulos por arrastamento, deixando de ter validade, sem necessidade de impugnação autônoma.

7. O digno Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil/SC, em "liminar satisfativa", desconstituiu a lista sêxtupla, desconsiderando que já a enviara ao Tribunal de Justiça de SC e também ao Governador do Estado de SC. Em 25 de maio de 2017, em reunião extraordinária, o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil/SC, referendou o referido ato e, neste ponto, a Ordem dos Advogados do Brasil/SC infelizmente descumpriu o disposto no inciso LV do artigo 5º da Constituição.

8. O impetrante foi notificado da decisão para se pronunciar em 48 horas em Criciúma e apenas por mera liberalidade, tudo novamente em desprestígio do devido processo legal, do direito de defesa e do contraditório. Neste momento do conflito tenho que a OAB/SC violou o artigo 37 da Constituição Federal de 1988, a impessoalidade no trato da questão.

9. Toda a celeuma hospeda biombo pomposo para a quebra da impessoalidade no trato da indicação, sem que houvesse competência da Ordem

dos Advogados do Brasil/SC para tal, já que o ato anterior, o fora perfectibilizado pela nomeação. Neste caminhar impetuoso a OAB/SC descumpriu o artigo 133 da Constituição Federal de 1988, tumultuando a paz e a segurança institucional do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

10. Não só isso, agiu fora de sua competência, pois não a tinha mais, porque exaurida, artigo 94, § único, da Constituição, com Alex Santore nomeado Desembargador em 15 de maio de 2017.

11. A matéria se encontrava judicializada em duas ações populares e este mandado de segurança. Indeferidas as liminares nas ações populares, não poderia a Ordem dos Advogados do Brasil/SC promover alteração na situação. Em primeiro lugar, porque não tinha mais competência e, em segundo lugar, porque a matéria estava submetida à jurisdição federal. Houve, assim, usurpação da jurisdição federal.

12. A judicialização da questão constituía inafastável obstáculo à escalada de atos da Ordem dos Advogados do Brasil/SC. Não poderia com estes atos afastar o controle jurisdicional. A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XXXV, contempla no rol das garantias fundamentais, o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

13. A autotutela, possibilidade contemplada pela Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, tem limites. Um deles, inobservado, é a oitiva do beneficiário do ato, de modo prévio, para cumprir o devido processo legal. O ato em questão já estava exaurido e dele ocorreram efeitos concretos, qual seja, a nomeação do impetrante, feita pelo Poder Executivo Estadual, situação em que efetivamente não poderia mais ser invalidada.

14. Pela aplicação da teoria dos efeitos irradiantes, da ilegalidade progressiva no ato complexo, ora declarado nulo na origem, os demais tem o seu fundamento naquele ato da Ordem dos Advogados do Brasil/SC e os vícios se irradiam aos subsequentes. Não há dúvida sobre a ilegalidade dos atos, sobre o direito líquido e certo do impetrante, pois em 17 de maio de 2017, Alex Heleno Santore era Desembargador nomeado do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. A ato de indicação e nomeação já tinha percorrido todo o seu íter, não havendo mais o que fazer pela ocorrência de fenômeno da preclusão.

15. Em 19 de junho de 2019, em face do antes considerado, terceiro tomou posse no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ato que é atingido por arrastamento. É justamente esta vaga do Quinto da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Santa Catarina, que está em perspectiva concreta, embora vaga superveniente possa ser cogitada a solucionar a delicada questão.

16. Não se nega a delicadeza do tema e a dificuldade de solucioná-lo. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região não está a se imiscuir nos juízos de

conveniência e oportunidade das autoridades envolvidas, mas afastando ilegalidades e restabelecendo a manifestação primeira da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de Santa Catarina e atos subsequentes, sem ofensa à autonomia dos elevados órgãos estaduais.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por unanimidade, conhecer e acolher a questão de ordem para anular o acórdão prolatado pela 3ª Turma na sessão de 23 de abril de 2019 (Eventos 21 a 24) e julgar prejudicados os embargos declaratórios e, prosseguindo no julgamento, dar provimento ao apelo de Alex Heleno Santore e conceder a segurança para declarar nulo o ato da Ordem dos Advogados do Brasil/SC que refez a lista sêxtupla e, por arrastamento, o ato do Tribunal de Justiça do Estado de SC que elegeu a lista tríplex, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 06 de outubro de 2020.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração e questão de ordem propostos por Alex Heleno Santore em face de acórdão proferido pela Terceira Turma, cuja ementa foi redigida nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO DE ESCOLHA DO OCUPANTE DA VAGA DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA REVOGAÇÃO DO ATO DE NOMEAÇÃO. PERDA DE OBJETO. 1. Em 22 de fevereiro passado, o Exmo. Governador do Estado de Santa Catarina, através do Processo Administrativo nº SCC 4981/2017, tornou sem efeito o Ato nº 1.082, de 15 de maio de 2017, publicado no Diário Oficial de SC, nº 20.716, do dia 23/02/2018, com o que não mais subsiste o ato administrativo que deu origem a presente demanda judicial, havendo sua manifesta perda de objeto do objeto e, por consequência, restando prejudicado o recurso de apelação protocolado por Alex Heleno Santore. 2. Julgada prejudicada a ação mandamental originária e não-conhecido o recurso de apelação proposto por Alex Heleno Santore.

Alega a parte embargante que o acórdão é nulo. O Juiz não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício (artigo 10 do CPC). Há, também, erro material no acórdão. Em 27/02/2019 a OAB/SC afirmou a perda de objeto perante este Tribunal (Evento 10) e, em

23/04/2019, a Terceira Turma acolheu a alegação, cessando a eficácia da liminar deferida (Evento 23). Em 15/05/2019 a OAB/SC tornou a exercer a autotutela administrativa combatida nesta ação mandamental, "em flagrante contradição à liminar deferida por V. Exa., no sentido de que 'a questão já estava, além de resolvida administrativamente, judicializada, e não poderia naquela seara ser reanalisada', 'sendo impertinente o exercício da autotutela administrativa'". Se a embargada pretendia exercer a autotutela administrativa combatida na presente ação, então não havia - como não há - a perda de objeto. A Turma foi induzida em erro ao declarar a suposta perda de objeto, destacando o embargante o presente *writ* visa obstar, justamente, a pretensão da autotutela administrativa pela OAB/SC. O fato do acórdão declarar uma perda de objeto desmentida por ato subsequente da embargada configuraria erro material. Afirma, ainda, que o acórdão impugnado é omissis pois a presente ação mandamental discute exclusivamente ato praticado, enquanto o Conflito de Competência nº 155.873 resolveu conflito entre os juízos das ações populares. Segundo o Tema nº 258 do Supremo Tribunal Federal, compete a Justiça Federal processar e julgar ações em que figure na relação processual a OAB. A acórdão, assim, negou aplicação do inciso I do artigo 109 da Constituição. Por fim, afirma que o acórdão "reclama enfrentamento do art. 1º da Lei 12.016/2009; dos arts. 4º, 28, caput, IV, e §1º, 54, IX e 75 da Lei 8.906/94; art. 2º da Lei nº 9.784/99; e dos arts. 2º, 5º, LIV, LV XXXV, XXXVI, 94, todos da CF, o que se requer igualmente para efeitos de prequestionamento".

Requer o provimento dos declaratórios para, preliminarmente, declarar a nulidade do acórdão, determinando a adoção prévia das providências dos artigos 10 e 933, *caput*, do CPC ou, desde logo, "a renovação do julgamento com o exame do mérito. Sem prejuízo, requer, em qualquer caso" o enfrentamento das omissões apontadas.

Intimada a parte adversa acerca dos declaratórios, apresentou contrarrazões, requerendo o improvimento dos declaratórios e a condenação da embargante por litigância de má-fé.

Pautado para julgamento estes embargos por 2 (duas) vezes - sessão ordinária de 17 de março de 2020 e sessão virtual de 07 de abril de 2020 - as sessões foram canceladas em razão de atos normativos editados pelo CNJ e pela Presidência deste Tribunal, em decorrência da pandemia Covid19.

Retorna o embargante protocolando Questão de Ordem, fulcro nos incisos VI e XVI, do artigo 95 do Regimento Interno "para o efeito de declarar a insubsistência do julgamento da 3ª Turma formalizado em 23/04/2019 (Eventos 21-24)", em razão do provimento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.244.246/SC - proposto contra o julgamento do Conflito de Competência nº 155.873, Superior Tribunal de Justiça - declarando a competência da Justiça Federal para o processamento das ações envolvendo a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.

Acerca da Questão de Ordem, determinei a intimação do Ministério Público Federal e da OAB/SC (Eventos 54 e 55, respectivamente).

O Ministério Público Federal peticiona opinando "seja negado o pedido formulado na questão de ordem, mantendo-se o acórdão que reconheceu a perda do objeto do presente mandado de segurança".

A OAB/SC não se manifestou.

A parte impetrante peticiona noticiando o julgamento monocrático dos embargos declaratórios pelo Ministro Edson Fachin, anexando cópia da decisão, do parecer do Vice-Procurador-Geral da República lançado na Suspensão da Segurança nº 5.245/SC protocolado perante o Supremo Tribunal Federal, bem como embargos declaratórios e recurso de apelação propostos por Procuradores do Estado de Santa Catarina - datados 12 de julho e de 24 de setembro de 2018, respectivamente - nos autos da Ação de Rito Comum ajuizada pelo Tribunal de Justiça do Estado de SC em face do Estado de SC nº 0312889-05,2017,8-24,0023.

É o relatório.

VOTO

Questão de ordem.

Em um primeiro momento cheguei a pensar no descabimento da presente questão de ordem, contudo, melhor refletindo e convicta de que não pode ser desconsiderada ou destituída de efeitos concretos a decisão proferida pelo Ministro Edson Fachin no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.244.246/SC, no qual Sua Excelência fixou a competência da Justiça Federal para o processamento das Ações Populares números 5010455-25.2017.4.04.7200 e 5008766-43.2017.4.04.7200, ajuizadas questionando a inclusão do impetrante na lista sêxtupla da Ordem para fins da designação de Desembargador do TJSC (posteriormente na sua inclusão na lista tripla pelo TJSC).

O decidido pelo Eminentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, embora não tenha sido explicitado, precipita um castelo de atos jurisdicionais, federais e estaduais, em verdadeiro efeito dominó. As ações populares poderão ter seus atos nulos - artigo 64, § 4º, do CPC - e devem ter o seu curso retomado na justiça competente, a Justiça Federal de Primeira Instância de Santa Catarina, e após, neste Tribunal Regional Federal. Devem os autos ser devolvidos a esta Corte. (Conflito de Competência nº 33.942/RS, STJ, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 13/02/2002 e Conflito de Competência nº 34.777/RS, STJ, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Seção, julgado em 17/06/2002)

O decidido pelo Supremo Tribunal Federal desconstituiu o julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência nº 155.873/SC, que representou o principal fundamento do acórdão do TRF - 4ª Região, da minha relatoria.

Os outros fundamentos condutores do julgado, "atos subsequentes", restam destituídos de relevância para o efeito proclamado. Veja-se que o ato do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional SC - OAB/SC, ao desconstituir a lista sêxtupla já exaurida, promoveu exasperação do ato apontado coator - em afronta à primazia da jurisdição - e os demais, mesmo que possam gozar de legitimidade *prima facie*, ato do Eminentíssimo Governador do Estado de SC tornando sem efeito a nomeação do Dr. Santore, ato anterior do Egrégio TJSC, desconstituindo lista e oferecendo nova nominata, são discrepâncias da iniciativa e escaladores de atos da OAB/SC, estes últimos ora em debate no mandado de segurança. Todos sofrem efeitos da afronta ao Tema 258 STF. A própria nomeação do Eminentíssimo Desembargador ao TJSC, na vaga questionada, é irrelevante ao desiderato perseguido no mandado de segurança.

Tenho assim, fulcro nos incisos VI e XVI do artigo 95 do Regimento Interno deste Tribunal (Art. 95. São atribuições do Relator aquelas previstas no Código de Processo Civil e as seguintes: (...) VI – converter o julgamento em diligência ou determinar o saneamento de vício processual, nas hipóteses legais; (...) XVI – decidir as petições e resolver quaisquer incidentes que forem suscitados nos processos e nos recursos sob sua relatoria.) indicativo forte de insubsistência do julgado realizado pela 3ª Turma em 23 de abril de 2019, pois repousa sobre fundamentos insubsistentes (competência da Justiça Estadual no Conflito de Competência pelo STJ e fatos supervenientes em contrariedade ao Tema 258 do STF) vulnerando o interesse na manutenção da ordem pública processual, escopo último do manejo via questão de ordem.

Afirmo a possibilidade de sua cognoscibilidade alinhando-me à parcela mais restritiva, afastado o conhecimento quando enfrentado o mérito, o que no caso não ocorreu (divergências doutrinárias Fredie Didier Jr, Marcela Abelha).

Prossigo.

Sustenta o embargante que o acórdão é nulo pois decidiu-se sem dar ao impetrante a oportunidade de se manifestar sobre a questão da perda de objeto. Invoca o artigo 10 do CPC para afirmar que o juiz não pode decidir em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, referindo o artigo 933 do CPC que reza:

Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada

que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 1º Se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente.

§ 2º Se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências previstas no caput e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores.

A OAB rejeita a nulidade pois na ocasião do julgamento foi dada a palavra ao embargante. Efetivamente, vemos que no Evento 16, vídeo 1, aos 16 minutos e 34 segundos, foi oferecida oportunidade de fala, tendo ocorrida logo a seguir, aos 21 minutos e quarenta e quatro segundos. Ocorre que não é isso que prevê o citado artigo 933 do CPC. Não afina com o postulado do devido processo legal, com a paridade de armas às partes, com a dignidade do mandado de segurança, remédio constitucional. Não é reconhecida a alegação de má-fé feita pela OAB/SC; não há má-fé em pretensão amparada na literalidade de dispositivo da lei processual. O momento da sustentação oral é de bastante tensão para o profissional, que já vem com plano de fala articulado, no caso concreto intrincado encadeamento de fatos. A ciência se deu no momento da sustentação oral e aspectos podem ser esquecidos. O certo é que a lei processual alude ao prazo de 5 (cinco) dias, o que é bem diferente de fazê-la ou ter tido a oportunidade de fazê-la de inopino no calor do julgamento. Aplicabilidade do princípio da não surpresa processual.

Desta forma, dou provimento na questão de ordem, e julgo prejudicados os embargos declaratórios.

Mérito.

Passo, para o caso de acolhimento da questão de ordem nos termos propostos, à análise do mérito da ação mandamental, fazendo, inicialmente, uma retrospectiva fática dos atos ocorridos.

Esta 3ª Turma julgou prejudicada a ação mandamental e não conheceu da apelação em cumprimento ao decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência nº 155.873/SC. solucionado no sentido da competência da Egrégia Justiça Estadual. O Supremo Tribunal Federal, em 16 de abril de 2020, pela relatoria do Eminentíssimo Ministro Edson Fachin proveu o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.244.246/SC e assentou a competência da Justiça Federal.

Diante do ocorrido caiu todo o conjunto de decisões deste Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. O Egrégio Supremo Tribunal Federal substitui todas as decisões referidas, assim

não subsiste a decisão desta Relatora de que nada mais havia a fazer. Há sim, e é preciso conferir o elevado prestígio ao entendimento do Supremo Tribunal Federal no ARE nº 1.244.246/SC e solucionar a questão posta. Veja-se o decidido no Conflito de Competência nº 32.445/RS, relator Ministro Luiz Fux, STJ, Primeira Seção, 27/02/2002, DJ de 25/03/2002. Transcrevo o ponto:

Uma vez decidido o conflito de competência, functus officio est, devendo o juízo inferior submeter-se à decisão do juízo competente para a solução do incidente processual. A lei processual não prevê o conflito do conflito nem autoriza o juízo competente por força da solução do incidente reavivar a matéria através de sui generis recurso. Aplicação do art. 122 do CPC [atual 957 do CPC]. (...) Conflito que revela insubordinação hierárquica.

Encadeamento dos fatos.

Em 07/03/2017, Edital nº 20.488 da Ordem dos Advogados/SC para formação lista sêxtupla.

Em 24/04/2017. pedido de Alex Heleno Santore impugnado pelo advogado Eder Lana.

Em 28/04/2017, impugnação rejeitada, por maioria, pela OAB/SC.

Em 12/05/2017, ajuizada por Eder Lana a Ação Popular nº 5008766-43.2017.4.04.7200 para impedir o Tribunal de Justiça/SC de examinar a lista. Liminar negada. Ao polo ativo aderiu a Ordem dos Advogados/SC (Evento 28 dos autos originários da ação popular)

Em 15/05/2017. Tribunal de Justiça/SC forma a lista tríplice incluindo o impetrante.

Em 15/05/2017, Impetrante nomeado Desembargador pelo Governador: Ato 1.082, DOE 20.536, 17/05/2017.

Em 19/05/2017, nova impugnação na OAB/SC, pelo advogado Eder Lana.

Em 25/05/2017, Conselho da OAB/SC referenda "liminar satisfativa", do eminente Presidente do Conselho, declarando nula a lista sêxtupla, quando já exaurida a competência e nomeado o impetrante Desembargador, com afronta ao devido processo legal, Lei nº 9.784/1999.

Em 02 de junho de 2017 foi ajuizado o presente Mandado de Segurança por Alex Santore, indicando coator o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, com o escopo de, diante da alegada nulidade absoluta, determinar que a autoridade se abstenha de instaurar

qualquer procedimento administrativo para revisão do ato jurídico perfeito, isto é, a nomeação do impetrante ocorrida em 15 de maio de 2017.

A digna autoridade não acatou a liminar concedida no Juízo de Primeiro Grau.

Em sequência, em escalada de ofícios, o Egrégio Tribunal de Justiça de SC, tornou sem efeito o ato de escolha da lista tríplice, o eminente Governador confirmou a escolha, após o Governador eleito, anulou a escolha do antecessor. As dignas autoridades nominadas refletiram o ato da Ordem dos Advogados de SC.

Atos subsequentes.

Desde já ressalto que os atos subsequentes, das autoridades estaduais, não foram originariamente objeto deste *mandamus*, não haviam ocorrido quando protocolado o *writ*. Não seria possível aplicar ao caso a Teoria da Encampação - Súmula nº 628 do STJ - à vista do enunciado que transcrevo:

A teoria da encampação é aplicada no mandado de segurança quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; e c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal.

Dita teoria presta-se a solucionar erro na indicação da autoridade, relativizando-o. Não houve erro na indicação da autoridade.

Bem de observar que não se tratam de autoridades sujeitas à autoridade da Ordem dos Advogados de Santa Catarina, mas sim autoridades em mesmo plano horizontal, de esferas diferentes dentro do organograma federativo, necessárias ao ato, que culminou com a finalização do ato complexo de nomeação em 15 de maio de 2017.

Razões para a reforma da sentença.

Dito isso, tenho que a sentença de primeiro grau merece reforma. O ínclito julgador não avaliou aspectos que maculam de grave ilegalidade o proceder da Ordem dos Advogados do Brasil/SC, na condução do infeliz episódio. Estas graves e manifestas ilegalidades se refletem, e por arrastamento, levam a nulidade dos atos subsequentes. É a ilegalidade consequencial, aplicando-se a idéia da inconstitucionalidade por arrastamento, são nulos por arrastamento, deixando de ter validade, sem necessidade de impugnação autônoma.

Ofensa ao devido processo legal, ao direito de defesa e ao contraditório e à segurança jurídica.

Veja-se que, em 15 de maio de 2017, o impetrante - Dr. Alex Heleno Santore - estava nomeado Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Em oportunidade anterior, no âmbito administrativo da Ordem dos Advogados do Brasil/SC houvera impugnação à candidatura do advogado por alegado descumprimento do prazo decenal de exercício da advocacia por parte do advogado Eder Lana. A Ordem dos Advogados do Brasil/SC rejeitou a impugnação em 28 de abril de 2017. O expediente, com lista sêxtupla é enviado ao Tribunal de Justiça de SC que escolhe a lista tríplice. Em 15 de maio de 2017, o impetrante é nomeado Desembargador. Estava consumado o procedimento indicatório.

Após a nomeação de Alex Santore, em 19 de maio de 2017, o mesmo denunciante oferece nova denúncia a Ordem dos Advogados do Brasil/SC, nos mesmos moldes, em resumo, impugnando o tempo de exercício da advocacia. O digno Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil/SC, em "liminar satisfativa", desconstituiu a lista sêxtupla, desconsiderando que já a enviara ao Tribunal de Justiça de SC e também ao Governador do Estado de SC. Em 25 de maio de 2017, em reunião extraordinária, o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil/SC, referendou o referido ato.

Violação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

Neste ponto, a Ordem dos Advogados do Brasil/SC infelizmente descumpriu o disposto no inciso LV do artigo 5º da Constituição (Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;). O impetrante foi notificado da decisão para se pronunciar em 48 horas em Criciúma e apenas por mera liberalidade, tudo novamente em desprestígio do devido processo legal, do direito de defesa e do contraditório. Neste momento do conflito tenho que a OAB/SC violou o artigo 37 da Constituição Federal de 1988, a impessoalidade no trato da questão. Toda a celeuma hospeda biombo pomposo para a quebra da impessoalidade no trato da indicação. O incluso na lista sêxtupla, e após nomeado, não era do agrado de parcela dos integrantes da OAB/SC.

Ainda, sem que houvesse competência da Ordem dos Advogados do Brasil/SC para tal, já que o ato anterior, o fora perfectibilizado pela nomeação. Neste caminhar impetuoso a OAB/SC descumpriu o artigo 133 da Constituição Federal de 1988, tumultuando a paz e a segurança institucional do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Ilegalidade por incompetência.

Não só isso, agiu fora de sua competência, pois não a tinha mais, porque exaurida, artigo 94, § único, da Constituição, com Alex Santore nomeado Desembargador em 15 de maio de 2017:

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.

Ilegalidade por afronta ao princípio da primazia da jurisdição.

Como se viu pelo resumo do desenrolar dos fatos, a matéria se encontrava judicializada em duas ações populares, a saber nº 5008766-43.2017.4.04.7200, em 9 de maio de 2017, e a de nº 5010455-25.2017.4.04.7200, em 29 de maio de 2017, e este mandado de segurança. Indeferidas as liminares nas ações populares, não poderia a Ordem dos Advogados do Brasil/SC promover alteração na situação. Em primeiro lugar, porque não tinha mais competência e, em segundo lugar, e a matéria estava submetida à jurisdição federal. Houve, assim, usurpação da jurisdição federal.

A judicialização da questão, com liminar deferida, constituía inafastável obstáculo à escalada de atos da Ordem dos Advogados do Brasil/SC. Não pode com estes atos afastar o controle jurisdicional. A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XXXV, contempla o rol das garantias fundamentais, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao afirmar que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Sobre o princípio veja-se a lição de Rafael Maffini, Direito Administrativo, pág. 132:

Como premissa teórica, deve-se recordar que, em função do princípio da inafastabilidade do controle judicial, previsto no art. 5º, XXXV, da CF ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"), não há a necessidade de serem esgotadas as vias administrativas para que se possa buscar a tutela jurisdicional de direitos subjetivos ou interesses legítimos que tenham sido lesados ou que estejam sendo ameaçados."

No mesmo sentido Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 15 edição, pág. 34:

Função jurisdicional é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de "coisa julgada", atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso.

Igualmente Marçal Justen Filho, Curso de Direito Administrativo, 9ª edição, pág. 456:

O direito europeu e o princípio da proteção da confiança: A questão dos atos administrativos inválidos vem sendo objeto de tratamento específico no direito europeu, envolvendo o chamado princípio da proteção da confiança. Se o Estado atribui a seus atos uma presunção de legitimidade e se constrange os jurisdicionados a respeitar esses atos, a contrapartida inafastável é que os efeitos concretos desses atos sejam respeitados"

Houve a utilização de verdadeiro "referendo revocatório" sem amparo legal.

A defesa do impetrante refere-se a um anômalo "recall".

A Ordem dos Advogados do Brasil/SC teria engendrado uma procedimentalização não prevista em lei, uma espécie de referendo revocatório com liminar satisfativa, cautelar *inaudita altera pars* nada afeiçoado à sistemática de revisão dos atos administrativos. Com efeito, a administração não pode utilizar figuras não previstas na legislação brasileira. São de observância obrigatória no processo administrativo os preceitos da Lei nº 9.784/1999. A Ordem dos Advogados do Brasil/SC está vinculada a todas as garantias constitucionais não podendo utilizar cautelares satisfativas não previstas na legislação. O procedimento é aquele da lei própria e não prevê utilização de cautelares satisfativas que colidem com a presunção de legalidade do ato administrativo.

Limites da autotutela.

A autotutela, possibilidade contemplada pela Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, tem limites. Um deles, inobservado, é a oitiva do beneficiário do ato, de modo prévio, para cumprir o devido processo legal. O ato em questão já estava exaurido e dele ocorreram efeitos concretos, qual seja, a nomeação do impetrante, feita pelo Poder Executivo Estadual, situação em que efetivamente não poderia mais ser invalidado. O direito administrativo brasileiro caracteriza-se pela procedimentalização e pela vinculação aos direitos fundamentais, ambos concretamente inobservados. Há, assim, ilegalidade pela utilização equivocada da autotutela, pois efetivada a destempo, considerando que não era mais competente e realizada em violação ao devido processo legal e direito de defesa.

Mencione-se que é equivocado o entendimento de que se valeu a sentença de que o Judiciário não poderia impedir a revisão dos atos administrativos, especificamente, o ato combatido. Novamente, a primazia, judicializada a questão, é da jurisdição. É o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

A administração não tem a primazia, não existe a primazia da administração. Ainda mais, quando já não tinha mais competência para fazê-lo. (MS 24.268-0, Tribunal Pleno, Relator para acórdão Ministro Gilmar Mendes, DOU de 12/09/2004)

Assim não se sustenta o ato hostilizado por flagrante ilegalidade e inconstitucionalidade. A apelação merece provimento para anular o ato que desfez a lista sêxtupla e os demais daí decorrentes.

Prossigo e examino os atos subsequentes, aqueles do Egrégio Tribunal de Justiça de SC e do Eminentíssimo Governador do Estado de SC.

Neste ponto é importante referir que a Lei nº 9.784/1999, aplica-se também ao Judiciário, conforme igualmente afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (obra citada, pág. 467):

A lei regula o processo administrativo no âmbito da Administração direta e indireta Federal, aplicando-se também aos órgãos do Legislativo e do Judiciário quando no exercício de função administrativa (art. 1º e § 1º). Seu alcance e proteção abrangem quaisquer interessados no processo administrativo, assim entendidos tanto (I) os que o iniciaram como titulares de direitos ou interesses individuais ou no direito de representação, como (II) os que, sem o haverem iniciado, têm direitos ou interesses que possam ser por ele afetados, e assim também (III) organizações e associações representativas no tocante a direitos e interesses coletivos e mais (IV) pessoas ou associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos (art. 9º).

Veja-se que tais atos não tem fundamentos ou motivação próprios, são meros reflexos do ato da Ordem dos Advogados do Brasil/SC, foram encampados impropriamente, são decorrentes, progressivos e meros reflexos. Nesta perspectiva se aplica a teoria da inconstitucionalidade/ilegalidade por arrastamento. As autoridades estaduais foram atraídas para a órbita federal ao refletirem o ato ilegal da Ordem dos Advogados do Brasil/SC.

Ilegalidade por arrastamento.

No ponto, cito a teoria dos efeitos irradiantes, da ilegalidade progressiva no ato complexo, ora declarado nulo na origem. Os demais tem o seu fundamento naquele ato da Ordem dos Advogados do Brasil/SC e os vícios se irradiam aos subsequentes.

Novamente socorro-me de lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (obra já citada, pág. 391) ao dissertar sobre atos complexos:

Atos complexos - os que resultam da conjugação de vontade de órgãos diferentes. Exemplo: nomeação, procedida por autoridade de um dado órgão, que deve recair sobre pessoa cujo nome consta de lista tríplice elaborada por outro órgão.

Não há dúvida - no caso em julgamento - sobre a ilegalidade dos atos, sobre o direito líquido e certo do impetrante, pois em 17 de maio de 2017, Alex Heleno Santore era Desembargador nomeado do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

A ato de indicação e nomeação já tinha percorrido todo o seu íter, não havendo mais o que fazer pela ocorrência de fenômeno da preclusão:

Preclusão é a perda de uma oportunidade processual (logo, ocorrida depois de instaurada a relação processual), pelo decurso do tempo previsto para seu exercício, acarretando a superação daquele estágio do processo (judicial ou administrativo). (Celso Antônio Bandeira de Mello, obra citada, pág. 899)

Óbices levantados pelo impetrado.

Perda de objeto: este óbice já foi rechaçado ao início, fundamento ao qual me reporto.

Fatos supervenientes: preenchimento do cargo por terceiro.

Em 19 de junho de 2019, em face do antes considerado, terceiro tomou posse no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ato que, conforme o antes fundamentado, é atingido por arrastamento. É justamente esta vaga do Quinto da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Santa Catarina, que está em perspectiva concreta, embora vaga superveniente possa ser cogitada a solucionar a delicada questão.

A implementação dos requisitos para a nomeação pelo advogado Alex Heleno Santore.

A questão não está em discussão neste mandado de segurança, mas na Ação Popular, contudo, o tema já foi enfrentado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no Reexame Necessário Cível nº 5004262-96.2014.4.04.7200/SC, relator Desembargador Federal Cândido Alfredo da Silva Leal Júnior, DJ de 21;-7/2014. Transcrevo a ementa:

REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO POPULAR. ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE ESCOLHA DO OCUPANTE DA VAGA DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA

CATARINA PELO QUINTO CONSTITUCIONAL. REQUISITO TEMPORAL. EFETIVA ATIVIDADE PROFISSIONAL. A Constituição Federal estabelece, no art. 94, três requisitos para viabilizar a indicação em lista sêxtupla: a) notório saber jurídico; b) reputação ilibada; e c) mais de dez anos de efetiva atividade profissional. E, quanto ao requisito temporal, não há expressa previsão de critérios restritivos para avaliá-lo. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal expresso no julgamento da ADI nº 759-9/DF, não se impõe que os anos de efetiva atividade profissional sejam os imediatamente anteriores à investidura, nem que sejam desconsiderados os anos de atividade profissional em que esteve impedido. Inexistência de ilegalidade, abusividade, imoralidade dos atos praticados pelas autoridades para escolha do advogado para preenchimento da vaga do quinto constitucional junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Aplicação da teoria do fato consumado tendo em vista o decurso de quase sete anos de atuação perante aquele Tribunal, sem qualquer indício de que não tenha sido apropriada a indicação para o cargo.

No mesma linha RMS nº86509/BA, STJ, Sexta Turma, relator Ministro Fernando Gonçalves, sobre ato a impossibilidade de revisão do ato de nomeação transcrevo a ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO NOMEADO EM VIRTUDE DE HABILITAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À POSSE. SÚMULA Nº 16 DO STF. Uma vez nomeado o servidor habilitado em concurso público, tem ele direito à posse, pois o juízo de convivência e oportunidade da administração esgota-se com o ato de nomeação. Recurso ordinário a que se dá provimento.

Sobre o encaminhamento de lista tríplice, STJ, Recurso Especial nº 85.885/MG, STG, Sexta Turma, relator Ministro Vicente Leal, DJ 30/10/1998. Transcrevo a ementa:

RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DEBATE SOBRE ELABORAÇÃO DE LISTA SÊXTUPLA PELA SECCIONAL DA OAB. PROVIMENTO DE CARGO DE JUIZ TOGADO. TEMPO EFETIVO DE ADVOCACIA. (...). O encaminhamento da liste tríplice ao Presidente da República, quando da impetração do mandamus, retira a questão da esfera de atribuições da autoridade apontada como coatora. (...). É de se considerar que quando da impetração do mandamus, o TRT3, em sessão plenária, já havia elaborado e encaminhado a lista tríplice à apreciação do Presidente da República para preenchimento do quinto constitucional. (...). Assim, é de se reconhecer que a questão não mais se situa na esfera de atribuições da autoridade apontada como coatora, sendo o ato insusceptível, pois, de impugnação por via da presente ação mandamental.

Em reforço ao sustentado trago o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no AG.REG. em MANDADO DE SEGURANÇA nº 27.033/DF, relator Ministro Celso de Mello, no qual assevera sobre ser "ato complexo", consolidado com a nomeação pelo executivo. Transcrevo a ementa:

ADMINISTRATIVO – ATO COATOR EMANADO DO E. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – PROVIMENTO DO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL PELA REGRA DO QUINTO CONSTITUCIONAL – FORMAÇÃO DA LISTA TRÍPLICE – NOMEAÇÃO – ATO ADMINISTRATIVO COMPLEXO, DO QUAL PARTICIPAM O TRIBUNAL DE ORIGEM E O CHEFE DO PODER EXECUTIVO (CF, ART. 94, PARÁGRAFO ÚNICO) – DELIBERAÇÃO DAQUELE ÓRGÃO DE CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO REFERENTE A QUEM JÁ FOI NOMEADO PELO GOVERNADOR DE ESTADO E DEVIDAMENTE EMPOSSADO – INCOMPETÊNCIA MATERIAL DO CNJ PARA PROFERIR DECISÕES ADMINISTRATIVAS QUE ALCANÇEM OU ATINJAM MANIFESTAÇÕES VOLITIVAS EMANADAS DE ÓRGÃOS OU AUTORIDADES ABSOLUTAMENTE ESTRANHOS AO SEU ÂMBITO DE ATUAÇÃO – LEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECISÃO AGRAVADA, CUJA EFICÁCIA RESTA INTEIRAMENTE MANTIDA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

– O Conselho Nacional de Justiça não dispõe, constitucionalmente, de competência para deliberar sobre situações que alcancem ou que atinjam resoluções e manifestações volitivas emanadas de órgãos e autoridades vinculados a outros Poderes do Estado e, por isso mesmo, absolutamente estranhos ao âmbito de atribuições institucionais daquele órgão de controle meramente administrativo do Poder Judiciário, ainda que se trate de provimento de cargo de Desembargador pela regra do quinto constitucional (CF, art. 94), pois, em tal hipótese, cuidando-se de procedimento subjetivamente complexo (RTJ 178/220 – RTJ 187/233-234 – RTJ 188/663, v.g.), o ato final de investidura pertence, exclusivamente, a agente público que chefia o Poder Executivo (CF, art. 94, parágrafo único). (Segunda Turma, DJE 27/10/2015)

Consideração final.

Cabe uma breve consideração sobre a possibilidade de ser percebida a conformação de conflito federativo, situação implicitamente afastada por ocasião do julgamento do Conflito de Competência - Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.244.246/SC. Com efeito, o mandado de segurança em pauta hostiliza o ato da Ordem dos Advogados do Brasil/SC, ato complexo, que evoluiu, perfectibilizando-se, coroado e exaurido pela nomeação do impetrante. Trata-se de questão técnica/jurídica, a saber: se poderia ter ocorrido a anulação da lista nos moldes e estágio em que se verificou.

Não diviso, smj, potencial lesão à harmonia do pacto federativo. Não se nega a delicadeza do tema e a dificuldade de solucioná-lo. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região não está a se imiscuir nos juízos de conveniência e oportunidade das autoridades envolvidas, mas afastando ilegalidades e restabelecendo a manifestação primeira da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de Santa Catarina e atos subsequentes, sem ofensa à autonomia dos elevados órgãos estaduais. Nesta quadra em que se dá destaque ao esforço

colaborativo entre os entes federados; trata-se de colaboração jurisdicional no sentido do prestígio da magistratura nacional.

Ante o exposto, voto por conhecer e acolher a questão de ordem para anular o acórdão prolatado pela 3ª Turma na sessão de 23 de abril de 2019 (Eventos 21 a 24) e julgar prejudicados os embargos declaratórios e, prosseguindo no julgamento, dou provimento ao apelo de Alex Heleno Santore e concedo a segurança para declarar nulo o ato da Ordem dos Advogados do Brasil/SC que refez a lista sêxtupla e, por arrastamento, o ato do Tribunal de Justiça do Estado de SC que elegeu a lista tríplice.

Documento eletrônico assinado por **MARGA INGE BARTH TESSLER, Desembargadora Federal Relatora**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40002004463v55** e do código CRC **88ea6353**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): MARGA INGE BARTH TESSLER
Data e Hora: 6/10/2020, às 12:51:31

5010879-67.2017.4.04.7200

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO TELEPRESENCIAL DE 06/10/2020

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5010879-67.2017.4.04.7200/SC

INCIDENTE: QUESTÃO DE ORDEM

RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGA INGE BARTH TESSLER

PRESIDENTE: DESEMBARGADORA FEDERAL VÂNIA HACK DE ALMEIDA

PROCURADOR(A): JUAREZ MERCANTE

PREFERÊNCIA: DANILO KNIJNIK POR ALEX HELENO SANTORE

APELANTE: ALEX HELENO SANTORE (IMPETRANTE)

ADVOGADO: DANILO KNIJNIK (OAB RS034445)

ADVOGADO: STEFAN SANDRO PUPIOSKI (OAB SC016485)

APELADO: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECCÃO DE SANTA CATARINA (INTERESSADO)

MPF: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF)

Certifico que este processo foi incluído na Pauta da Sessão Telepresencial do dia 06/10/2020, na sequência 1, disponibilizada no DE de 24/09/2020.

Certifico que a 3ª Turma, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão:

A 3ª TURMA DECIDIU, POR UNANIMIDADE, CONHECER E ACOLHER A QUESTÃO DE ORDEM PARA ANULAR O ACÓRDÃO PROLATADO PELA 3ª

TURMA NA SESSÃO DE 23 DE ABRIL DE 2019 (EVENTOS 21 A 24) E JULGAR PREJUDICADOS OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS E, PROSSEGUINDO NO JULGAMENTO, DAR PROVIMENTO AO APELO DE ALEX HELENO SANTORE E CONCEDER A SEGURANÇA PARA DECLARAR NULO O ATO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL/SC QUE REFEZ A LISTA SÊXTUPLA E, POR ARRASTAMENTO, O ATO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SC QUE ELEGEU A LISTA TRÍPLICE.

RELATORA DO ACÓRDÃO: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGA INGE BARTH TESSLER

VOTANTE: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGA INGE BARTH TESSLER

VOTANTE: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGERIO FAVRETO

VOTANTE: DESEMBARGADORA FEDERAL VÂNIA HACK DE ALMEIDA

MÁRCIA CRISTINA ABBUD
Secretária

MANIFESTAÇÕES DOS MAGISTRADOS VOTANTES

Acompanha o(a) Relator(a) - GAB. 33 (Des. Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA) - Desembargadora Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA.

Acompanha o(a) Relator(a) - GAB. 31 (Des. Federal ROGERIO FAVRETO) - Desembargador Federal ROGERIO FAVRETO.

Inicialmente, registro que desde a origem entendi pela competência da Justiça Federal para a apreciação do feito, oportunidade que divergi em sede de outro Agravo de Instrumento, deliberado em 29/08/17, por maioria nessa 3ª turma. Vejamos então o AI nº 50309401520174040000 (ev. 37 - EXTRATO DA ATA1):

Peço vênia para divergir quanto à competência da Justiça Federal para processar e julgar a Ação Popular, uma vez que configurada a hipótese do art. 109, I, da Constituição Federal. Ademais, a manutenção da competência da Justiça Federal tem respaldo em pronunciamento do STF, conforme RE 595.332/PR, cuja ementa reproduzo: 'COMPETÊNCIA - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - ANUIDADES. Ante natureza jurídica de autarquia corporativista, cumpre à Justiça Federal, a teor do disposto no artigo 109, inciso I, da Carta da República, processar e julgar ações em que figure na relação processual quer o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, quer seccional.' No referido julgamento, ficou assentada que a presença da OAB no polo da relação processual atrai a competência da Justiça Federal, seja qual for a natureza da questão debatida. No caso, qualquer decisão anulando ou convalidando a liste sextupla elaborada pela Seccional do Estado de Santa Catarina necessariamente afetará ou importará interesse da OAB, uma vez que reflete na validade ou não da lista sextupla eleita, bem como no destino da própria vaga do quinto constitucional da advocacia. Dessa forma, tenho por configurada a hipótese do art. 109, I, da CF/88,

atraindo para a Justiça Federal a competência para apreciação do feito. Ante o exposto, voto por manter a competência da Justiça Federal para processar e julgar as Ações Populares n°s 5010455-25.2017.4.04.7200 e 5008766-43.2017.4.04.7200.

Posteriormente, sobrevieram diverços percalços processuais, em especial com o atravessamento de ações na Justiça Estadual, bem pontuados no voto da relatora. Mas, posteriormente o STJ deliberou pela incompetência da Justiça Federal, o que, felizmente, foi corrigido pela decisão do STF, de relatoria do Min. Edson Fachin.

Assim, acertada a posição de acolher a questão de ordem para anular o acórdão prolatado pela 3ª Turma (sessão de 23 de abril de 2019), bem como julgar prejudicados os embargos declaratórios para prosseguir no julgamento da apelação de Alex Heleno Santore que, em sede de mandado de segurança, objetiva declarar nulo o ato da Ordem dos Advogados do Brasil/SC que fez a lista sêxtupla e, por arrastamento, o ato do Tribunal de Justiça do Estado de SC que elegeu nova lista tríplice.

A questão central está na origem da retomada do procedimento administrativo pela OAB/SC, apreciando e acolhendo nova e idêntica representação contra o impetrante, posto que adentrou em ato de indicação e nomeação que já tinha percorrido todo o seu íter, não podendo rever seu mérito pela ocorrência de fenômeno da preclusão quanto à fase de atuação e seleção da entidade classe.

Mais, já havia sido superado também a formação da lista tríplice pelo TJ/SC, com nomeação pelo Governador. Somente cabia questionar a decisão do Governador do Estado - se houvesse alguma nulidade (o que inexistiu), o que até ocorreu, mas perante a justiça estadual, incompetente para o presente tema, motivo pelo qual, as manifestações da justiça estadual catarinense devem ser anuladas por arrastamento, visto que sofrem de vício insanável, conforme apreciado pela relatora.

Portanto, o mandado de segurança em tela ataca o ato complexo da Ordem dos Advogados do Brasil/SC, que na sua evolução foi gerando uma sequência medidas indevidas e ilegais, impedindo a nomeação do impetrante. Mais grave, gerou realocação de novo desembargador na vaga do quinto constitucional da advocacia, face à formação e eleição de novas listas (sêxtupla - OAB/SC e tríplice - TJ/SC), com nomeação pelo Governador do Estado. Aqui, mesmo que havendo possível solução administrativa por nova vaga eventualmente surgida no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a vaga em debate deve ser provida pelo impetrante, deixando o reanjo do colega que será preterido, para solução posterior e nos limites da lei.

Mas, o que importa afirmar nessa assentada é a anulação da lista nos moldes e estágio em que se verificou, desde o refazimento pela OAB/SC e

toda a sequencialidade de atos que prosseguiram, a fim de restabelecer o direito líquido e certo do impetrante na efetivação da nomeação já ocorrida e o pronto exercício no cargo de desembargador estadual de SC.

Assim, esse Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sendo devolvida a sua competência jurisdicional usurpada temporariamente, ao apreciar o presente *mandamus* não está adentrando nos juízos de conveniência e oportunidade da autoridade impetrada, mas debelando as ilegalidades praticadas e restabelecendo a escolha originária da OAB/SC, bem como os atos subsequentes, em especial a regular formação de lista tríplice pelo TJ/SC e ato de nomeação pelo então Governador do Estado.

Por fim, mesmo que o reconhecimento do direito do impetrante atinja vaga de desembargador já ocupada por outro membro, originário de nova escolha da advocacia catarinense, nada pode obstar sua nomeação no atual estágio, mormente porque já teve sonogado ilegalmente o exercício por mais de três anos. A possível solução administrativa que a Corte de Justiça Estadual catarinense possa adotar, como a utilização de nova vaga do quinto constitucional da advocacia já surgida ou por surgir, fica reservada a sua conveniência e oportunidade, mas desde que os atos para tanto, não maculem ou prejudiquem o direito do impetrante ora reconhecido.

Com essas considerações, acompanho a relatora.