

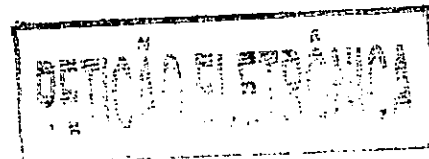


Supremo Tribunal Federal  
17/05/2011 17:42 0027704



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Excelentíssimo Senhor Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Relator do  
Mandado de Segurança n.º 30.585/DF



COPIA - STF MS 30585 - CPF 05217326000139

A UNIÃO, neste ato representada por seu Advogado-Geral<sup>1</sup>,  
vem, respeitosamente, interpor, com fundamento no art. 16, parágrafo único,  
da Lei n.º 12.016/09,

AGRAVO

contra a decisão que concedeu a medida liminar postulada, o que faz pelas  
razões a seguir expostas.

<sup>1</sup> Art. 4º, inc. III, da Lei Complementar n.º 73/93.

## I – DO CASO DOS AUTOS

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de antecipação de tutela, impetrado pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE, pela Associação dos Juizes Federais do Rio de Janeiro e do Espírito Santo – AJUFERJES e por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, contra ato da Presidenta da República, que teria preterido o quarto impetrante, que possuiria direito líquido e certo de ser nomeado ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região em razão de promoção por merecimento, conforme previsão do art. 93, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal.

Alegam os impetrantes que, uma vez que o quarto impetrante figurou por três vezes consecutivas na lista de merecimento, teria que ter sido nomeado para o TRF da 2ª Região e que, entretanto, a Exma. Presidenta da República, em ato publicado no Diário Oficial da União de 19 de abril de 2011, nomeou o douto Juiz Federal Marcelo Pereira da Silva, cujo nome apenas figurava na lista de merecimento pela segunda vez.

Sustentam que a regra constante no art. 93, II, “a”, da Constituição é aplicável “*a todos os casos de provimento, por antiguidade e merecimento, de cargos de magistrados dentro da carreira (...), tanto no primeiro, quanto no segundo grau*”, razão pela qual a nomeação ocorrida seria um ato vinculado.

Pedem o deferimento de medida liminar *inaudita altera parte* e, no mérito, requerem a declaração de nulidade do ato presidencial que nomeou o Juiz Marcelo Pereira da Silva, para exercer o cargo de Juiz do TRF da 2ª Região, ordenando-se a nomeação e posse do quarto impetrante, Juiz Aluísio Gonçalves de Castro Mendes.

A segurança pedida foi antecipada para “(...) *suspender os efeitos do ato presidencial s/n., publicado no Diário Oficial da União de 19 de abril de 2011, que nomeou o juiz federal Marcelo Pereira da Silva para o Tribunal Regional Federal da 2ª Região e , conseqüentemente, para suspender a posse do mencionado magistrado no TRF – 2ª Região, marcada para 18 de maio de 2011, até o julgamento do mérito da controvérsia travada no presente processo*”.

É contra essa decisão que se interpõe o presente agravo interno.

## II – DA AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA O DEFERIMENTO LIMINAR DO PEDIDO

Com efeito, para a concessão de medidas liminares é imprescindível a demonstração **simultânea** dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil.

Pretende-se aqui, a um só turno, ao demonstrar a ausência de ambos os requisitos autorizadores da antecipação de tutela, justificar a necessidade de reforma da decisão que deferiu a medida liminar.

### II.1– Da ausência de *fumus boni iuris*

#### II.1.1– Da diferença entre a promoção de *entrância* para *entrância* e o acesso aos tribunais de segundo grau.

Inicialmente, vale ressaltar que o sistema de promoção dos juízes de *entrância* para *entrância* **não se confunde** com o acesso dos juízes aos Tribunais de segundo grau.

Enquanto a primeira hipótese é tratada pelo inciso II do art. 93 da Constituição, a segunda hipótese está prevista no inciso III do mesmo dispositivo constitucional.

Veja-se o que dispõe o art. 93, incisos II e III, da Carta Magna, fazendo-se necessário um breve cotejo entre a redação anterior e a posterior à Emenda Constitucional nº 45/2004, cuja comparação é de grande utilidade e será tratada no próximo tópico:

*“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:*

*(...)*

*II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:*

*a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;*

*b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;*

*e) ~~afereção do merecimento pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento;~~*

*c) ~~afereção do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;~~ (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

*d) ~~na apuração da antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;~~*

*d) ~~na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;~~ (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

*e) ~~não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão;~~ (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

*~~III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, de acordo com o inciso II e a classe de origem;~~*

*III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade*

e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

Portanto, da leitura do texto constitucional, verifica-se que o sistema de promoção de entrância para entrância não se confunde com o sistema de acesso aos tribunais de segundo grau. As regras constitucionais são distintas e pontuais, conforme se trate de um ou de outro caso.

Nesse sentido, recentemente, o Plenário dessa Suprema Corte decidiu que os dois sistemas acima referidos não podem ser confundidos, conforme se observa da ementa do seguinte julgado:

“AÇÃO ORIGINÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 102, I, “N”, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DECLARAÇÃO EXPRESSA DE SUSPEIÇÃO DE MAIS DA METADE DOS MEMBROS DO TRIBUNAL DE ORIGEM. ART. 93, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. ACESSO AOS TRIBUNAIS DE SEGUNDO GRAU. ANTIGUIDADE E MERECIMENTO. ALTERNADAMENTE. PROMOÇÃO DE ENTRÂNCIA. SISTEMA DIVERSO. SEQUÊNCIA NUMÉRICA DOS ATOS DE POSSE. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. O impedimento, suspeição ou interesse que autorizam o julgamento da demanda pelo STF, na forma do art. 102, I, “n”, da CB/88, pressupõem a manifestação expressa dos membros do Tribunal local competente para o julgamento da causa. 2. O artigo 93, III, da Constituição determina que “o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância”. 3. A promoção de juízes para o Tribunal de Justiça local ocorre de acordo com o surgimento das vagas, alternando-se os critérios de antiguidade e merecimento para provimento dos cargos. Esse sistema não se confunde com a promoção de entrância, em que há uma lista das varas a serem providas por merecimento e outra destinada ao provimento por antiguidade. A combinação dos sistemas, aplicando-se os preceitos da promoção de entrância à promoção para o Tribunal, é impossível. 4. A sequência numérica dos atos de posse, no presente caso, e a alternância entre os critérios de antiguidade e merecimento para a promoção dos magistrados não deixam dúvida de que a impetrante, Desembargadora Maria das Graças Pessoa Figueiredo, ocupou vaga criada anteriormente à provida pelo Desembargador Ari Jorge Moutinho da Costa. Concedo a ordem.” (AO 1499, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-02 PP-00311 RIP v. 12, n. 62, 2010, p. 301-305)

Outrossim, vale salientar que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, assim como a Constituição, em momento algum, prevê o acesso obrigatório dos juízes aos tribunais de 2º grau em razão de figurarem três vezes consecutivas ou cinco vezes alternadas na lista de merecimento. A Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, estabelece o seguinte a respeito do assunto:

*“Art. 84 - O acesso de Juízes Federais ao Tribunal Federal de Recursos far-se-á por escolha do Presidente da República dentre os indicados em lista triplíce, elaborada pelo Tribunal.*

*Art. 86 - O acesso dos Juízes do Trabalho Presidentes de Juntas de Conciliação e Julgamento ao Tribunal Regional do Trabalho, e dos Juízes do Trabalho substitutos àqueles cargos, far-se-á, alternadamente, por antigüidade e por merecimento, este através de lista triplíce votada por Juízes vitalícios do Tribunal e encaminhada ao Presidente da República.*

*Art. 87 - Na Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios, o acesso dos Juízes de Direito aos Tribunais de Justiça far-se-á, alternadamente, por antigüidade e merecimento.*

*§ 1º - A lei poderá condicionar o acesso por merecimento aos Tribunais, como a promoção por igual critério, à freqüência, com aprovação, a curso ministrado por escola oficial de aperfeiçoamento de magistrado.*

*§ 2º - O disposto no parágrafo anterior aplica-se ao acesso dos Juízes Federais ao Tribunal Federal de Recursos.”*

## II.1.2 – Da interpretação constitucional.

O art. 93 da Constituição, acima transcrito, é claro ao prescrever que a promoção obrigatória do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco vezes alternadas em lista de merecimento ocorre no sistema da promoção de entrância para entrância.

Entretanto, tendo em vista o entendimento doutrinário no sentido da superação do brocardo *in claris cessat interpretatio*, passa-se à interpretação do referido artigo constitucional de modo a extrair a norma que ele veicula.

Pelo elemento literal ou gramatical,<sup>2</sup> verifica-se que a regra de promoção obrigatória do juiz que figure por três vezes consecutivas na lista de merecimento consta na alínea “a” do inciso II do art. 93 da Carta Magna, que trata exclusivamente da promoção do juiz de entrância para entrância.

De outro lado, quanto ao inciso III, que trata do acesso dos juízes aos tribunais de segundo grau, não há nenhuma disposição que imponha alguma obrigatoriedade e suprima, portanto, a discricionariedade do Presidente da República.

Ora, uma alínea é apenas um desdobramento de seu inciso, e a ele se refere<sup>3</sup>. É dizer, a obrigatoriedade imposta pela alínea “a” do inciso II somente diz respeito àquele inciso, limitando-se a normatizar a promoção de juízes de entrância para entrância.

Observando o elemento histórico e analisando o processo que resultou na elaboração de tais normas, conclui-se que de acordo com a redação anterior à Emenda Constitucional nº 45/04, o acesso aos tribunais de segundo

---

<sup>2</sup> Elemento este que se insere no método jurídico ou hermenêutico clássico, e de acordo com Inocêncio Mártires Coelho, “*Para os adeptos desse método, a despeito da posição que ocupa na estrutura do ordenamento jurídico, a que serve de fundamento e fator de integração, a Constituição essencialmente é uma lei e, por isso, há de ser interpretada segundo as regras tradicionais da hermenêutica, articulando-se e complementando-se, para revelar o seu sentido, os mesmos elementos – genético, filológico, lógico, histórico e teleológico – que são levados em conta na interpretação das leis em geral.*” O mesmo autor salienta ainda que “*(...) para os críticos da autonomia da interpretação constitucional, se alguma particularidade existe na Constituição – o que admitem em linha de princípio –, essa singularidade seria quando muito apenas um fator adicional, a ser considerado na exegese do texto e na construção do sistema, jamais um motivo para que, no manejo das normas constitucionais, se afastem os métodos clássicos de interpretação.*” Afirma o autor, ainda, que, nesse sentido, Karl Larenz entende que não há fundamento bastante, para não se aplicarem, pelo menos em tese, os princípios interpretativos gerais à exegese constitucional. Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 160.

<sup>3</sup> Conforme art. 10, II, Lei Complementar nº 95/98.

grau também obedecia à norma contida na alínea “a” do inciso II, do art. 93 da Constituição. A redação do inciso III **fazia** expressa remissão nesse sentido:

*“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:*

*(...)*

*II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:*

*a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;*

*(...)*

*III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, de acordo com o inciso II e a classe de origem.” (Grifou-se)*

Ocorre que a remissão contida na parte final do inciso III, acima grifada<sup>4</sup>, foi oportunamente suprimida do texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/04. Assim, o inciso III do art. 93 deixou de se reportar ao inciso II – silêncio eloqüente – e passou a ter a seguinte nova redação:

*“III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”*

Portanto, a partir da mencionada reforma constitucional, a Presidenta da República deixou de estar vinculada à regra de promoção obrigatória daquele juiz que viesse a figurar por três vezes consecutivas na lista de merecimento, nos casos de acesso aos tribunais, continuando a regra da obrigatoriedade em vigor apenas no tocante a promoção de entrância para entrância.

<sup>4</sup> Note-se que se a intenção do legislador fosse apenas suprimir a referência aos Tribunais de Alçada, que deixaram de existir, bastaria a supressão da expressão “ou, onde houver, no Tribunal de Alçada”.



Se o legislador desejasse que a mencionada regra fosse aplicada a todos os casos de provimento, por antiguidade e merecimento, de cargos de magistrados dentro da carreira, tese defendida pelos impetrantes, a referida supressão textual não teria ocorrido.

Desse modo, foi assegurado aos integrantes da lista tríplice patamar de igualdade ao pleitearem uma vaga no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, conferindo-se à Presidenta da República a liberdade – leia-se, discricionariedade constitucional – de escolher um entre os três candidatos.

Em conformidade com o elemento lógico, por sua vez, busca-se a harmonia das normas da Constituição, sob o aspecto lógico. Se a regra da obrigatoriedade – ou da vinculação – é prevista no inciso que se refere à promoção de entrância para entrância e não consta disposição semelhante no inciso que versa sobre o acesso dos juízes aos tribunais de segundo grau é porque as duas situações foram tratadas, voluntariamente, de modo diferenciado pela Constituição, sob pena de se retirar qualquer sentido lógico à redação do artigo.

Utilizando-se, porém, do elemento sistemático, a conclusão a que se chega é também a de que há uma clara diferença entre as regras aplicáveis ao sistema de promoção, conforme se trate de 1º grau ou de 2º grau.

Em última análise, sequer teria sentido a formação de uma lista tríplice a ser submetida à Presidência nos casos em que houver um juiz que tenha figurado por três vezes consecutivas na lista de merecimento, já que o acesso ao tribunal de segundo grau, conforme a tese sustentada pelos impetrantes, seria obrigatório.

Portanto, é de inequívoca clareza que a posição defendida no presente mandado de segurança encontra-se divorciada do direito posto, não encontrando respaldo na atual Constituição.

De acordo com J. J. G. Canotilho, “(...) *na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a ‘atualização’ normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência*”<sup>5</sup>.

Inclusive, frise-se, a obrigatoriedade de acesso ao tribunal de 2º grau de juiz que figure por três vezes consecutivas na lista de merecimento sequer se encontra prevista na própria Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Não se pode pretender nesta via estreita do *mandamus*, sob o rótulo de direito líquido e certo, requisito desta ação mandamental, tecer longos embates doutrinários acerca da decisão política que foi tomada pelo Poder Constituinte Derivado Reformador.

Deve-se lembrar, também, que o intérprete não pode atuar como legislador positivo, e, mais especificamente, como um Poder Constituinte Derivado Reformador, não sendo possível que, pelo processo hermenêutico, se pretenda obter uma regra nova, diferente e contrária da que objetivou o próprio legislador, o que pode ser percebido pelo próprio sentido literal da regra, como ocorre no presente caso.

A alegação de que o ato questionado é contrário “*ao texto literal da Carta Política, o qual não afasta expressamente a incidência da regra geral aos*

---

<sup>5</sup> *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 6. ed., p.229.  
MS 30.585/DF

tribunais de segundo grau”<sup>6</sup> deve ser prontamente rechaçada, na medida em que a Constituição prevê as regras que devem ser aplicadas e não todas aquelas que devem ser afastadas.

Ademais, no presente caso, a aplicação da obrigatoriedade contida no inciso II, “a”, ao inciso III, ambos do art. 93 da Constituição, foi expressamente afastada pela Emenda Constitucional nº 45/04, ao excluir tal remissão.

Não há tampouco ofensa ao tratamento isonômico para os integrantes da carreira, uma vez que a regra da escolha presidencial após a formação da lista tríplice pelo respectivo tribunal vale para todos.

Vale notar que, apesar de mencionarem a necessidade de se afastar “o risco de injustiças e perseguições”<sup>7</sup>, os impetrantes não trazem sequer um elemento concreto para demonstrar que teria havido algum tipo de injustiça ou perseguição no presente caso.

Ultrapassado o método jurídico ou hermenêutico clássico e passando ao método da comparação constitucional<sup>8</sup>, verifica-se que a Emenda nº 45/04 promoveu uma relevante alteração do texto até então vigente, no tocante ao seu art. 93, inciso III.

Não obstante já se ter demonstrado a absoluta ausência de direito líquido e certo amparável pelo *writ*, e visando ratificar a ausência do *fumus boni*

<sup>6</sup> Fl. 14 da inicial.

<sup>7</sup> Fl. 14 da exordial.

<sup>8</sup> A respeito do assunto, Inocêncio Mártires Coelho lembra que “reportando-se aos quatro ‘métodos’ ou elementos desenvolvidos por Savigny – gramatical, lógico, histórico e sistemático -, Peter Hüberle defende a ‘canonização’ da comparatística como ‘quinto’ método de interpretação, se não para o direito, em geral, ao menos e tendencialmente para a compreensão do moderno estado constitucional, cuja geografia jurídica, como diria Marc Ancel – demanda instrumentos de análise significativamente distintos dos métodos clássicos de interpretação.” Inocêncio Mártires entende que, não obstante não possa ser considerada propriamente um método de interpretação, a comparação pode ser considerada “um recurso a mais, entre tantos outros, a ser utilizado pelo intérprete da Constituição para otimizar o seu trabalho hermenêutico.” (Grifou-se) Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169.

MS 30.585/DF

*iuris*, vale tecer as seguintes considerações a respeito dos demais argumentos aduzidos na inicial.

Não assiste razão aos autores ao defenderem que, se prevalecer o ato presidencial, deixará de haver critérios objetivos para o acesso, por merecimento, aos tribunais de segundo grau, uma vez que a Resolução nº 106, de 6 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, prevê o seguinte:

**“RESOLUÇÃO Nº 106, DE 6 DE ABRIL DE 2010**

*O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, e CONSIDERANDO que compete ao Conselho Nacional de Justiça expedir atos regulamentares para cumprimento do Estatuto da Magistratura e para o controle da atividade administrativa do Poder Judiciário, nos termos do 103-B, § 4º, I, da Constituição;*

*CONSIDERANDO o disposto no art. 93, II, "b", "c" e "e", da Constituição Federal, que estabelece as condições para promoção por merecimento na carreira da magistratura e a necessidade de se adotarem critérios objetivos para a avaliação do merecimento;*

*CONSIDERANDO a necessidade de objetivar de forma mais específica os critérios de merecimento para promoção mencionados na Resolução nº 6 deste Conselho;*

*CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na sua 102ª Sessão Ordinária, realizada em 6 de abril de 2010, nos autos do ATO nº 2009.10.00.002038-0;*

**R E S O L V E:**

*Art. 1º As promoções por merecimento de magistrados em 1º grau e o acesso para o 2º grau serão realizadas em sessão pública, em votação nominal, aberta e fundamentada, observadas as prescrições legais e as normas internas não conflitantes com esta resolução, iniciando-se pelo magistrado votante mais antigo.*

*§ 1º A promoção deverá ser realizada até 40 (quarenta) dias da abertura da vaga, cuja declaração se fará nos dez dias subsequentes ao seu fato gerador.*

*§ 2º O prazo para abertura da vaga poderá ser prorrogado uma única vez, por igual prazo, mediante justificativa fundamentada da Presidência do Tribunal.*

*Art. 2º O magistrado interessado na promoção dirigirá requerimento ao Presidente do Tribunal de 2º grau no prazo de inscrição previsto no edital de abertura do respectivo procedimento.*

*Parágrafo único. Salvo em relação ao art. 9º desta Resolução, as demais condições e elementos de avaliação serão levadas em consideração até à data de inscrição para concorrência à vaga.*

Art. 3º São condições para concorrer à promoção e ao acesso aos tribunais de 2º grau, por merecimento:

I - contar o juiz com no mínimo 2 (dois) anos de efetivo exercício, devidamente comprovados, no cargo ou entrância;

II - figurar na primeira quinta parte da lista de antiguidade aprovada pelo respectivo Tribunal;

III - não retenção injustificada de autos além do prazo legal.

IV - não haver o juiz sido punido, nos últimos doze meses, em processo disciplinar, com pena igual ou superior à de censura.

§ 1º Não havendo na primeira quinta parte quem tenha os 2 (dois) anos de efetivo exercício ou aceite o lugar vago, poderão concorrer à vaga os magistrados que integram a segunda quinta parte da lista de antiguidade e que atendam aos demais pressupostos, e assim sucessivamente.

§ 2º A quinta parte da lista de antiguidade deve sofrer arredondamento para o número inteiro superior, caso fracionário o resultado da aplicação do percentual.

§ 3º Se algum integrante da quinta parte não manifestar interesse, apenas participam os demais integrantes dela, não sendo admissível sua recomposição.

§ 4º As condições elencadas nos incisos I e II deste artigo não se aplicam ao acesso aos Tribunais Regionais Federais.

Art. 4º Na votação, os membros votantes do Tribunal deverão declarar os fundamentos de sua convicção, com menção individualizada aos critérios utilizados na escolha relativos à:

I - desempenho (aspecto qualitativo da prestação jurisdicional);

II - produtividade (aspecto quantitativo da prestação jurisdicional);

III - presteza no exercício das funções;

IV - aperfeiçoamento técnico;

V - adequação da conduta ao Código de Ética da Magistratura Nacional (2008).

§ 1º A avaliação desses critérios deverá abranger, no mínimo, os últimos 24 (vinte e quatro) meses de exercício.

§ 2º No caso de afastamento ou de licença legais do magistrado nesse período, será considerado o tempo de exercício jurisdicional imediatamente anterior, exceto no caso do inciso V, que também levará em consideração o período de afastamento ou licença.

§ 3º Os juízes em exercício ou convocados no Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores, Conselho Nacional de Justiça, Conselho da Justiça Federal, Conselho Superior da Justiça do Trabalho e na Presidência, Corregedoria-Geral e Vice-Presidência dos Tribunais, ou licenciados para exercício de atividade associativa da magistratura, deverão ter a média de sua produtividade aferida no período anterior às suas designações, deles não se exigindo a participação em ações específicas de aperfeiçoamento técnico durante o período em que se dê a convocação ou afastamento.

(...)

Art. 11 Na avaliação do merecimento será utilizado o sistema de pontuação para cada um dos 5 (cinco) critérios elencados no art. 4º desta Resolução, com a livre e fundamentada convicção do membro

votante do Tribunal, observada a seguinte pontuação máxima:  
I - desempenho - 20 pontos;  
II - produtividade - 30 pontos;  
III - presteza - 25 pontos;  
IV - aperfeiçoamento técnico - 10 pontos;  
V - adequação da conduta ao CEMN - 15 pontos.  
Parágrafo único. Cada um dos cinco itens deverá ser valorado de 0 (zero) até a pontuação máxima estipulada, com especificação da pontuação atribuída a cada um dos respectivos subítem constantes dos arts. 5º a 9º.”

Note-se, ainda, que, no art. 5º, da resolução mencionada, estão definidos critérios para a avaliação da qualidade das decisões proferidas; ao passo que no art. 6º, são estabelecidos parâmetros para a avaliação da produtividade; já no art. 7º, constam os aspectos para que seja avaliada a presteza; no art. 8º, constam os dados que devem ser considerados para a aferição do aperfeiçoamento técnico; e, no art. 9º, os parâmetros para a análise da adequação da conduta do magistrado ao Código de Ética da Magistratura.

Assim, após a análise dos critérios objetivos de aferição do merecimento, forma-se uma lista tríplex com os três candidatos mais votados pelo Tribunal e, só então, haverá a nomeação de um dos indicados pelo Presidente da República Federativa do Brasil, conforme prevê o art. 107, II, da CR/88.

Observe-se, ainda, que a Resolução nº 106/2010 revogou a Resolução nº 6/2005 e, **seguindo os parâmetros constitucionais**, passou a não mais prever a promoção obrigatória aos tribunais de segundo grau dos juízes que figurem por três vezes consecutivas ou cinco alternadas na lista de merecimento.

Portanto, o ato publicado no Diário Oficial da União de 19 de abril de 2011 da Exma. Presidenta da República, que nomeou para o Tribunal Regional Federal da 2ª Região o Juiz Federal Marcelo Pereira da Silva, não desobedeceu a nenhuma regra constitucional e nem afasta as regras objetivas que disciplinam a promoção dos magistrados.

Não há que se falar, assim, em transgressão ao princípio da legalidade.

Por outro lado, o fato de o Poder Judiciário reger-se por princípios unitários, consoante decidido na ADI nº 3.367/DF, citada à fl. 13 da inicial, não significa que uma regra específica do sistema de promoção de entrância para entrância tenha que ser, necessariamente, aplicada ao sistema de acesso dos juízes aos tribunais.

Aliás, conforme já mencionado, o Plenário dessa Suprema Corte recentemente decidiu que se tratam de sistemas distintos, que não se confundem. Outrossim, o entendimento assentado no julgamento do MS 23.445, no sentido de que “*no âmbito da magistratura federal, guarda-se o princípio da carreira, com provimento mediante promoção por antiguidade e merecimento*”<sup>9</sup> em nada restou infringido, uma vez que promoção por merecimento não implica ou significa promoção obrigatória por merecimento de quem figure três vezes na lista elaborada pelo tribunal e submetida à Presidenta da República.

#### II.1.3 – Da inexistência de ato administrativo vinculado in casu.

Uma vez que, conforme acima explicitado, não há uma regra constitucional que determine que um juiz incluído três vezes na lista de promoção por merecimento deva ter acesso obrigatório ao tribunal de segundo grau, não há que se falar em ato vinculado no presente caso.

Deve-se inclusive questionar, se houvesse tal obrigação, qual seria a utilidade e o sentido lógico de se formar uma lista tríplice a ser enviada à Presidenta da República neste caso.

---

<sup>9</sup> Argumento trazido à fl. 13 da inicial.  
MS 30.585/DF

A referida vinculação, além de não ter sido estabelecida pela Carta Magna, tampouco foi estabelecida por lei.

A conclusão do ilustre Professor Ives Gandra da Silva Martins, no sentido de que *“Permitir que os humores do Executivo influenciem as decisões do Judiciário, na escolha daqueles que os próprios membros do Tribunal entendem devam preencher a vaga, é contrariar o desejo da magistratura e esmaecer a independência e harmonia dos poderes”*, desconsidera o fato de que, no atual ordenamento jurídico, participam da referida escolha não só o Judiciário, mas também o Chefe do Poder Executivo Federal, tratando-se, portanto, de uma espécie de ato administrativo complexo.

Desse modo, o fato de o candidato ter sido o mais votado pelo Tribunal, entre os três nomes, ou figurar, por três vezes, na lista de merecimento não significa que deva ser o escolhido pela Presidenta, sob pena de se excluir o seu papel de escolha nesse processo, o que somente poderia ser realizado se assim restasse determinado por meio de emenda constitucional.

Vale salientar, outrossim, que *inexiste* orientação jurisprudencial firmada em favor da tese dos impetrantes.

Além de não se ter notícias de que essa Suprema Corte tenha julgado caso análogo ao trazido no presente mandado de segurança, os julgados que, segundo os impetrantes, foram proferidos *“(...) no sentido de ser obrigatória a promoção de magistrado incluído em lista de merecimento pela terceira vez consecutiva”*<sup>10</sup> remontam aos anos de 1993 e 1999, portanto, antes da EC nº 45/04.

---

<sup>10</sup> Fls. 19-21 da petição inicial. Saliente-se, também, que o julgado do STJ, citado na fl. 21, além de não decidir a questão propriamente versada no presente *mandamus*, foi proferido em 2001.



Note-se, ainda, que os próprios impetrantes admitem, à fl. 21 de sua inicial, que o ato de nomeação de um dos juízes integrantes da lista tríplice encaminhada à Presidente da República é discricionário, porém afirmam existir uma exceção<sup>11</sup> que, conforme já exposto, não encontra fundamento no atual ordenamento jurídico brasileiro para os casos de acesso dos juízes aos tribunais de segundo grau, por merecimento.

## II.2 – Da ausência de *periculum in mora*. Do *periculum in mora* inverso

A posse do Juiz Federal Marcelo Pereira da Silva no Tribunal Regional Federal da 2ª Região está prevista para o dia 18 de maio de 2011, quarta-feira.

O *periculum in mora* existente, no presente caso, é inverso, na medida em que se corre o risco de impedir a posse de magistrado legitimamente nomeado, sem que tal pretensão sequer tenha amparo no direito posto, em especial, na Constituição.

Vale observar que, conforme dispõe o art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009<sup>12</sup>, o ato atacado será suspenso quando, **além de haver fundamento relevante, a manutenção do ato puder resultar na ineficácia da medida que poderá ser deferida ao final da ação.**

<sup>11</sup> *In verbis*: “51. Dessa forma, também com base nos referidos precedentes, é forçoso concluir que **embora discricionário**, o ato de nomeação de um dos magistrados integrantes da lista tríplice encaminhada nos casos de promoção por merecimento, sofre exceção quando um dos integrantes preencher os requisitos do art. 93, II, ‘a’, da Constituição Federal” (Grifou-se).

<sup>12</sup> *In verbis*: “Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;

II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato **impugnado puder resultar a ineficácia da medida**, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.” (Grifou-se)

Os impetrantes não demonstraram que a manutenção do ato presidencial atacado prejudicaria, de modo irreversível, a eventual promoção por merecimento do quarto impetrante quando do julgamento do *writ*.

Ou seja, não restou demonstrado que, mantido o ato da Presidenta da República, questionado no presente mandado de segurança, surgirá uma situação irreversível, qual seja, a ineficácia de eventual ordem mandamental a ser proferida quando do julgamento do mandado de segurança.

Nesse sentido, a jurisprudência dessa Suprema Corte ressalta a necessidade de se demonstrar de plano a ineficácia da medida se deferida ao final, bem como o caráter não satisfativo do provimento liminar requerido, para que somente assim se mostre possível o deferimento de liminar em mandado de segurança, citando-se, exemplificativamente, o seguinte julgado do Pleno:

*“AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA LIMINAR. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DESPESAS. ACESSO. LIMINAR. PERICULUM IN MORA. AUSÊNCIA. MEDIDA SATISFATIVA. AGRAVO PROVIDO. LIMINAR INDEFERIDA. I - A concessão de medida liminar em mandado de segurança pressupõe a ineficácia da medida, caso seja deferida ao final. Além disso, a impetrante não demonstrou urgência na publicação das informações buscadas. II - A medida liminar, ademais, se mostra satisfativa, isto é, esvazia o próprio objeto do mandamus. III - Agravo regimental provido, para indeferir a liminar.”* (MS 28177 MC-AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 30/09/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-03 PP-00429)

Portanto, o presente mandado de segurança, em momento algum, demonstra qual seria o risco efetivo de ineficácia da medida a ser, eventualmente, deferida ao fim do processo.

Assim, pretendem os impetrantes, em sede liminar, afastar o ato presidencial que observou com fidelidade os ditames constitucionais e legais, sem apresentar motivo suficiente ou mesmo relevante para tanto.

### III- DOS PEDIDOS


Pelas razões expostas, a União requer seja reconsiderada a decisão agravada, conforme autoriza a aplicação analógica do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

Subsidiariamente, e ainda mediante a aplicação por analogia daquele dispositivo legal, requer a apresentação do processo em mesa, para que o Plenário do Supremo Tribunal Federal possa julgar o presente agravo, com a finalidade de cassar a liminar concedida às partes impetrantes.


Brasília, 17 de maio de 2011.



LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS  
Advogado-Geral da União



GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA  
Secretária-Geral de Contencioso<sup>12</sup>



FERNANDA MENEZES PEREIRA  
Advogada da União

---

<sup>12</sup> Portaria de Delegação n.º 476, publicada no Diário Oficial da União de 17 de maio de 2007.  
MS 30.585/DF