

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

Autos n.º 201912286

Assunto: Alterações no Regimento Interno destinada a regular a identificação, ou não, dos votantes durante composição da lista sêxtupla do quinto constitucional.

RELATÓRIO

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

Apresentada a proposta pelo Eminentíssimo PROCURADOR-GERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECCIONAL DO ESTADO DE GOIÁS, Dr. José Carlos Ribeiro Issy, os termos iniciais de folhas retro, para a definição sobre a identificação, ou não, dos votantes, durante a formação de lista sêxtupla, de advogados que devam integrar os Tribunais Judiciários e Administrativos, conforme o Provimento nº 191/2019, do CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, que conferiu aos Conselhos Seccionais da OAB a opção de escolha, após a alteração do Provimento nº 102/2004.

Por intermédio do Despacho nº 150/2019-GP-CSEC, os autos foram recebidos, tendo o Ilustre Presidente desta Seccional me nomeado relator deste feito, nos termos do artigo 28, § 1º do Regimento Interno da OAB/GO, a ser apreciado em pauta de julgamento na presente sessão do Conselho Pleno, do dia 02/10/2019, às 14h00.

VOTO

1. Preâmbulo.

A matéria em questão, relativa a definição sobre a identificação, ou não, dos votantes, durante a formação de lista sêxtupla, de advogados que devam integrar os

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

Tribunais Judiciários e Administrativos, conforme o Provimento nº 191/2019, do CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, por sua evidente relevância sistêmica, não merece tratamento pela exclusiva perspectiva política.

Com efeito, identifico que está em debate importante fração do sistema de justiça vigente entre nós.

Precisamente em razão disso, afigura-me imperativo o enfrentamento do tema sem as pressões ou influências de sazonalidades eleitorais.

Por conseguinte, atendo-me ao particular do sistema de justiça, assim como suas vicissitudes e desdobramentos, passando ao largo do enfrentamento político da questão.

2. Da figura do quinto constitucional e suas razões.

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

Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Art. 104, Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo (inciso II) um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.

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

Em termos de sistemática de justiça, o quinto constitucional na composição dos Tribunais, é herança que remonta a Constituição democrática de 1934, a mesma Carta que estabeleceu o voto das mulheres, direitos sociais e direitos humanos.

Desde então, o instituto do quinto constitucional vem sendo repetido em todas as demais Constituições, nos prestigiando com memoráveis juízes no passado presente e seguramente no futuro.

O sentido ou thelos do instituto em questão é, a rigor, conferir ao Poder Judiciário matizes plurais na administração da justiça, trazendo para sua composição operadores do direito que – embora não tenham sido magistrados de carreira – ostentam perspectivas igualmente relevantes e enriquecedoras da ação de julgar.

A este respeito, menciono esclarecedora fala do Ministro Ricardo Lewandowski, reproduzida pelo ex-Presidente Nacional da OAB, Marcus Vinícius Furtado Coêlho (disponível em www.oab.org.br/noticia/26952/artigo-do-presidente-a-defesa-do-quinto-constitucional):

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

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

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

No desdobramento do raciocínio, passo ao exame da pertinência (ou não) da identificação dos votantes durante a formação de lista sêxtupla destinada ao preenchimento de vagas no Tribunal Estadual, já agora firme no convencimento de que o

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

sentido democrático do instituto restará preservado ainda que não estabelecida a possibilidade de um modelo misto.

3. Do direito ao voto secreto e o sistema de justiça brasileiro.

Estabeleço por premissa inicial esclarecimento sobre o direito ao voto durante qualquer sufrágio no sistema jurídico brasileiro, apesar de ter lançado entendimento de a ocorrência (ou não) de eleições para provimento de vaga de magistrados, pouco ou nada se liga à constituição de um Estado Democrático de Direito.

Do latim *suffragari*, sufrágio é um processo de seleção daqueles que terão direito de votar. Pelo sufrágio, fica estabelecido quem terá o direito ao voto. Portanto, implica na possibilidade de exercer o direito de voto.

Em nosso caso, é o Provimento nº 102/2004 que seleciona aqueles que possuem as qualificações ou requisitos para votar.

Do latim *votu* (oferenda, promessa feita aos deuses), o Voto nada mais é do que o instrumento para exercer o direito de deliberação ou escolha de candidatos a cargos eletivos (representantes do povo), mediante eleições para o exercício de um mandato político.

É o instrumento individual que o eleitor tem para manifestar sua vontade em relação a uma proposta ou a um candidato.

O voto é previsto constitucionalmente e, através dele a sociedade legitima o governo. O sufrágio é um processo de escolha, mas o voto é um ato de escolha.

O voto tem como caracteres essenciais a Personalidade, porque o votando deve comparecer pessoalmente ao seu local de votação, não sendo permitido o voto por procuração, e a Liberdade, quando o votante manifesta suas preferências individualmente de acordo com a sua convicção.

Existem algumas classificações relevantes sobre as espécies de voto. Temos o voto direto, que é aquele onde o votante, sem intermediação, escolhe quem

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

melhor de atende, a espécie adotada pela Constituição Federal, em seu artigo 14, caput. E temos do voto indireto, que ocorre quando o eleitor elege, inicialmente, um colegiado de delegados ou intermediários, que, por sua vez, farão, em segundo grau, a escolha definitiva dos governantes.

Outrossim, o aspecto mais relevante para a questão ora apresentada é sobre o voto aberto e o voto secreto.

O voto aberto pode ser escrito ou verbal, este também conhecido como ostensivo. É aquele que expressado publicamente pelo votante para identificar a sua vontade.

E o voto secreto é aquele utilizado para preservar que o mesmo seja "livre".

O termo "livre" no caso significa o seguinte:

- a) que o cidadão tem resguardado um espaço público inviolável (a urna indevassável) para exercer o direito-dever de votar;
- b) que o cidadão tem resguardado um espaço “íntimo” (a consciência: juízo e vontade) para decidir o que fazer com seu voto;
- c) que se pretende garantir ausência de oposição e/ou impedir tentativa de pressão por parte de terceiros junto ao cidadão, capaz de influenciar seu voto.

Em função dessas características, podemos afirmar que qualquer cidadão tem no voto secreto a garantia de que só deve satisfações sobre o voto a si mesmo, ou seja, à sua consciência.

É essa a função do ser secreto do voto, garantir que o cidadão tenha seu juízo e vontade resguardados.

O voto deve resultar da manifestação da vontade do seu votante, não sendo permitida qualquer interferência alheia, pois seu sigilo garante a lisura do processo eleitoral e conseqüentemente a consagração da democracia participativa. Ele goza de igualdade, pois, possui o mesmo peso político para todos os votantes.

O voto poderá ser secreto, ou seja, poderá ser utilizado qualquer sistema que impeça que outros saibam como seus semelhantes votaram.

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

Como acentuam Rodrigo Octavio e Paulo D. Vianna, em sua clássica obra *"Elementos de Direito Público e Constitucional Brasileiro"*, Editora F. Briguiet, 1927, a tendência moderna é francamente favorável ao voto secreto, que melhor assegura a independência do eleitor a que se tem procurado cercar de todos os elementos materiais para assegurar o sigilo.

O segredo no voto em assembleias está ligado basicamente ao receio das possíveis reações a que a publicidade pode dar ensejo, partam elas de alguém externo ao corpo deliberativo, de outros votantes ou do próprio autor do voto. Tais reações são de ordens variadas.

A divulgação do voto pode comumente inibir o votante de emitir sua opinião sincera a respeito da matéria posta em deliberação, por temor de reprovação moral da parte dos outros votantes ou do público externo à assembleia. Já em Tucídides se encontra um exemplo disso, quando o autor relata a decisão, pela assembleia popular ateniense, de enviar uma expedição bélica à Sicília, e do medo daqueles que se opunham à empreitada de parecerem desleais à sua Cidade-Estado ¹.

Como já referido, o voto secreto está ligado, desde a origem, à proteção da liberdade de consciência do representante eleito contra pressões indevidas. Essa ideia se associa não apenas à salvaguarda da liberdade do votante em face de eventual interferência dos poderes ou das lideranças, mas também da relativa autonomia do eleito em face de seus próprios votantes.

Os adversários do voto secreto retrucam ao lançar que é mais uma prova da desilusão das democracias modernas, pois o votante que não tem coragem e senso de responsabilidade para votar abertamente e de viseira erguida.

Outrossim, conforme entendimento por mim lançado em apreciação anterior, as eleições de magistrados – onde existem – são pródigas em conflitos, especialmente o seguinte: ao passo que políticos podem (e devem) se comprometer com suas propostas e bases eleitorais, em explícito acordo com seu eleitorado, os juízes não podem se comprometer abstrata e previamente com coisa ou circunstância alguma, exceto pela própria lei.

¹ Ao comentar a deliberação, Tucídides observa que, por causa da incontida ansiedade da maioria, os que se opunham permaneceram quietos, receosos de passar por desleais à cidade se votassem contra (História da Guerra do Peloponeso. Brasília: Editora UnB, 2001, p. 370).

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

O art. 14, *caput*, da Constituição Federal não deve ser interpretado literalmente. Deve ser facultado ao votante manifestar secreta ou abertamente sua escolha.

Outrossim, deve ser garantido o direito ao voto secreto, em especial em favor de quem se acha coagido ou temeroso de manifestar abertamente sua opinião.

Entretanto, aquele que, forte na sua ideologia, desejar expressar abertamente sua vontade não deve ser impedido de fazê-lo.

Aplica-se ao artigo em epígrafe, portanto, a interpretação finalística ou teleológica, pois a finalidade do dispositivo é garantir o sigilo do voto apenas para aqueles que acharem inconveniente revelá-lo.

Obrigar o votante manifestar secretamente parece-nos mais uma exacerbação do formalismo tão caro ao legislador pátrio. Análoga é a situação do voto aberto, caso em que se obriga o eleitor ou o delegado a revelar, expressamente, sua vontade, com grave risco para sua liberdade de manifestação de pensamento.

Com efeito, o votante, via de regra, está submetido a uma série de influências e ao poder econômico, pelo lobby a ser praticado pelos candidatos, razão pela qual o voto secreto acalmará as preocupações legítimas e reanimará os poltrões.

Não se pode deixar de considerar a independência de atuação do Poder Executivo na escolha do membro desta Ordem para compor os quadros do Tribunal respectivo, em especial após a formação da lista tríplice pelos membros da Egrégia Corte a que irá compor, a ser encaminhada ao Governador do Estado, para escolha do novo desembargador ou desembargadora.

É de bom alvitre demonstrar que a formação da lista tríplice pelos membros da Egrégia Corte a que irá compor, os desembargadores do TJGO, o exercício do voto é de forma secreta, no âmbito do Órgão Especial, nos termos do Regimento Interno do TJGO. No mesmo sentido, é o procedimento de formação da lista de membros que irão compor o Tribunal Regional Eleitoral, para posterior nomeação pelo Presidente da República (art. 9-A, XIII).

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

Outrossim, sabe-se que a votação secreta pode, porém, ser perfeitamente justificável em certas situações, sobretudo quando a deliberação é sobre casos concretos e sobre pessoas, conforme bem expôs o Ministro Edson Fachin na ADPF nº 378, em defesa do voto secreto, nas situações em que o exercício livre do direito de escolha do votante possa estar em risco diante de uma situação de futura vulnerabilidade perante outro ente mais empoderado.

Neste quadro, o “resgate” de promessas de campanha seria gravíssimo comprometimento do Poder Judiciário, nefasto inclusive a própria Ordem. O voto secreto protege o votante, porque fica imune a pressões.

Esclareça-se que, acordo com a Constituição Federal de 1988, o voto dos deputados e senadores no Congresso Nacional é secreto para aprovar a escolha de magistrados nos casos estabelecidos na Constituição, e de titulares de outros cargos públicos (Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República; Governador de Território; Presidente e diretores do banco central e Procurador-Geral da República).

Portanto, por meio do voto secreto, aos colegas será assegurada uma livre manifestação da vontade, que não deve sofrer qualquer constrangimento, e, ao mesmo tempo, fica afastada a possibilidade de “resgate” de promessa.

A disciplina se justifica, de todo modo, pela necessária imparcialidade plena dos magistrados no exercício de suas funções, evitando-se possíveis interferências nas suas convicções durante o julgamento, que não podem ser afetadas por aspectos partidários.

Efetivamente, a concepção publicista do processo, conforme a qual este é instrumento da jurisdição, e não mero instrumento das partes, proporciona grandes poderes do magistrado, a fim de habilitá-lo cabalmente a ser gestor do processo de uma forma a conseguir adequada e justa pacificação social.

Em verdade, ao Juiz inerte, ao Juiz passivo de outros tempos, se substituiu o Juiz ativo, proativo, conforme bem compreende a doutrina contemporânea e o instituiu como sujeito predominante e proeminente da relação processual e conforme desenvolve as amplas e variadas atividades não só quanto ao ordenamento do processo,

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

como, ainda, no que toca à instrução do processo e à formação do material de convicção necessário para as suas decisões judiciais.

Ao juiz é atribuído de poder de dirigir o processo por forma que assegure o andamento célere, mas sem prejuízo da defesa dos interessados, quando lhe são atribuídos poderes de iniciativa até mesmo na colheita das provas.

Diante disso, é inseparável da figura do juiz o seu caráter de órgão imparcial, situado entre e acima dos litigantes. Sendo a primeira condição para que o magistrado exerça suas atividades na relação processual com integral e manifesta imparcialidade. É pressuposto da relação processual e, se diz que o órgão julgante deve ser subjetivamente capaz.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 permanece o magistrado como ente desinteressado e que obrigatoriamente deve ser desimpedido e insuspeito, o que torna patente ser imparcial. Tecnicamente a imparcialidade do julgador corresponde ao pressuposto processual subjetivo, sem o qual o processo é nulo, ou pelo menos, anulável.

Sobre os impedimentos, cito-os somente a título de esclarecimento. O juiz está proibido de atuar no processo quando: a) interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, ou funcionou como Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha (portanto, atuou como advogado, promotor, perito, ou fonte de prova, resta proibido de atuar como julgador da causa; quando conheceu da causa em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão (portanto, não pode participar do julgamento de recurso, no mesmo processo em que atuava); quando estiver postulado como defensor público, advogado, ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro ou qualquer parente seja consanguíneo ou afim, seja em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive.

Não se vislumbraria questionamentos sobre a votação aberta neste aspecto, Porém, sobre a suspeição, necessário tecer maiores considerações.

A incapacidade subjetiva do juiz afeta diretamente a relação processual, seja por ser suspeito de parcialidade, ou, mesmo impedimentos, que significam a proibição de exercer funções no processo, devendo declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, **ou quando for amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de**

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

seus advogados, ou quando receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou subministrar meios para atender às despesas do litígio (art. 145 NCPC).

Portanto, tanto o impedimento quanto a suspeição visam garantir a imparcialidade do magistrado, condição *sine qua non* do devido processo legal, porém diferentemente do primeiro, cujas hipóteses podem ser facilmente pré-definidas seria difícil e até impossível prever todas as possíveis hipóteses de suspeição, ao legislador brasileiro prever todas as possibilidades de vínculos subjetivos de comprometer a sua imparcialidade.

Esclareça-se que o Código de Processo Penal, em seu artigo 254 descreve os casos de suspeição do juiz: I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV - se tiver aconselhado qualquer das partes; V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Como deve ser aplicado ao Código de Processo Penal, nos termos do seu artigo 3º, naquilo que couber, o disposto no Código de Processo Civil, deve ser estendida as causas de suspeição à amizade ou inimizade aos advogados das partes, conforme lição de Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa:

“Dentre os diversos desafios do semestre é o de demonstrar que não podemos compreender o novo Código de Processo Civil como sendo o novo Processo Penal. Por mais que tenhamos impactos do novo CPC no Processo Penal, alguns têm feito uma confusão assustadora. Claro que o novo CPC pode ser aplicado analogicamente, nos termos do artigo 3º, do CPP, mas somente quando houver omissão. Pensar o contrário é confundir os registros — Civil e Penal — com os riscos daí inerentes” (LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Processo penal pop obriga uma nova abordagem de ensino. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-05/limite-penal-processo-penal-pop-obriga-abordagem-ensino>>. Acesso: 28/08/2017.



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

Diante disso, proponho-me ao exercício mental de imaginar as possíveis retaliações que os colegas que votaram em desfavor de determinado candidato eleito e empossado como Desembargador nas futuras/atuais demandas na representação de seus clientes na Corte deste nosso Estado de Goiás.

Tal preocupação é necessária, uma vez que, se o voto for aberto o votante, que se manifestou contrário ao escolhido para compor a lista sêxtupla, caso nomeado pelo Poder Executivo, seja o Juiz certo em procedimento na qual o colega seja o causídico de uma das partes, não se poderá questionar uma possível suspeição por possíveis constrangimentos, uma vez que tal previsão não se encontra presente nas legislações processuais pátrias.

Neste sentido e pelas razões expostas, voto pela alteração do Regimento Interno, com a fixação do voto secreto para os atuais regimentos e sistema de formação de lista sêxtupla de advogados que devam integrar os Tribunais Judiciários e Administrativos, conforme o quinto constitucional (cf. art. 94 da Constituição Federal).

Goiânia, 02 de outubro de 2019.


Rodrigo Lustosa Victor
Relator