

**DOMINGOS DE SIQUEIRA FRASCINO**

**PROCESSO DISCIPLINAR DOS MAGISTRADOS**

**CURSO DE DIREITO**  
**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**  
**São Paulo**  
**2006**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**DOMINGOS DE SIQUEIRA FRASCINO**

**PROCESSO DISCIPLINAR DOS MAGISTRADOS**

**Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na Área de Direito Administrativo, sob orientação do Professor Doutor Carlos Ari Sunfeld.**

**CURSO DE DIREITO  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
São Paulo  
2006**

## **DEDICATÓRIA**

**À minha mulher GLAUCIA  
MARIA LAULETA  
FRASCINO, como fonte de  
inspiração e de incansável  
auxílio.**

**À meus pais, JOSÉ e  
DOROTHY, pelo constante  
estímulo aos estudos.**

## **AGRADECIMENTOS**

**Ao Orientador Prof. Dr Carlos Ari Sunfeld pelo interesse pelo tema e pela atenta assistência.**

**Aos funcionários da Biblioteca do Tribunal de Justiça de São Paulo, pelo pronto e competente auxílio.**

**A todos que colaboraram de algum modo para o processo de pesquisa e elaboração do trabalho, em especial o colega Marcelo Sergio pela inestimável e contínua solidariedade.**

## **RESUMO**

**Este trabalho se destina a examinar a atividade disciplinar a que se sujeitam os magistrados, com o objetivo de trazer elementos para que o exercício da cidadania também se desenvolva no interior do Poder Judiciário. A dissertação traçará um panorama com a experiência histórica da magistratura, com o tratamento dado ao tema, tanto na esfera constitucional, quanto na esfera infra-constitucional, nas órbitas federal e estadual, com especial apreço à análise jurisprudencial das faltas cometidas quanto aos deveres legais, até chegar às estruturas formais dos processos judiciais e administrativos necessários para a aplicação das sanções.**

## **ABSTRACT**

**This essay examines the disciplinary activity to which judges are subject, with the purpose of introducing elements for the exercise of citizenship within the judicial branch. The piece will also provide an overview of the historic experience of the judicial branch, and constitutional and infra-constitutional legal treatment ascribed thereto, in the Federal and State levels, with a focus on the analysis of precedents in connection with violations committed, developing to the formal structures of the judicial and administrative procedures required for the application of penalties.**

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

**AMB – Associação de Magistrados Brasileiros**

**APAMAGIS – Associação Paulista dos Magistrados**

**CNJ – Conselho Nacional de Justiça**

**LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional**

**RDA – Revista de Direito Administrativo**

**RICNJ – Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça**

**RISF – Regimento Interno do Senado Federal**

**RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**

**RISTJ – Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**

**RITJ – Regimento Interno do Tribunal de Justiça**

**RITRF – Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.**

**RT – Revista dos Tribunais**

**STF – Supremo Tribunal Federal**

**STJ – Superior Tribunal de Justiça**

**STM – Superior Tribunal Militar**

**TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais.**

**TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo**

**TRE – Tribunal Regional Eleitoral**

**TRF – Tribunal Regional Federal da 3ª Região**

## ÍNDICE

Introdução .....	01
------------------	----

### Capítulo 1

#### A EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1.1 – A Evolução no Mundo .....	04
1.1.2 – O século XV ao XVII .....	05
1.1.3 – O século XVIII .....	09
1.1.4 – O século XIX .....	17
1.1.5 – O século XX .....	20
1.2 – O Evolução no Brasil no plano constitucional e infraconstitucional	28
1.2.1 – A Constituição de 1824 .....	28
1.2.2 – A Constituição de 1891 .....	31
1.2.3 – A Constituição de 1934 .....	34
1.2.4 – A Constituição de 1937 .....	38
1.2.5 – A Constituição de 1946 .....	43
1.2.6 – A Constituição de 1967 .....	48
1.2.7 – A Constituição de 1988 .....	54
1.2.8 – A Constituição do Estado de São Paulo de 1989 .....	62
1.3 – Conclusões .....	65

### Capítulo 2

#### O PERFIL ÉTICO, POLÍTICO-SOCIAL E PSICOLÓGICO DOS MAGISTRADOS

2.1 – O Perfil Ético .....	67
2.1.1 – A escolha dos Magistrados .....	71
2.1.1.1 – A escolha nos Tribunais Superiores .....	71

2.1.1.2 – A escolha pelo Quinto Constitucional .....	75
2.1.1.3 – A escolha dos Magistrados de Primeiro Grau .....	76
2.1.1.4 – Requisitos comuns de ingresso a todos os cargos da Magistratura .....	87
2.1.1.5 – Os cursos de aperfeiçoamento .....	91
2.2 – O Perfil Político-Social .....	94
2.3 – O Perfil Psicológico .....	105
2.4 – Conclusões .....	111

### Capítulo 3

#### OS DEVERES, VEDAÇÕES, PROIBIÇÕES, GARANTIAS E PRERROGATIVAS

3.1 – Os Deveres dos Magistrados .....	112
3.1.1 – Os Deveres dos Magistrados como órgãos do Estado .....	112
3.1.1.1 – Agir como órgão de Poder da República .....	116
3.1.1.2 – Agir como órgão do Poder Público .....	117
3.1.1.3 – Deveres do Magistrado como Funcionário Público .....	118
3.1.1.3.1 – Os Deveres Constitucionais .....	119
A – Compatibilidade da função jurisdicional com apenas uma de Magistério .....	120
B – Interdição de recebimento de vantagens em processos .....	121
C – Interdição de se dedicar à atividade político-partidária .....	122
D – Interdição de receber auxílio ou contribuição de terceiros, ressalvadas as exceções legais .....	123
E – Interdição de exercer advocacia perante juízo ou tribunal do qual se afastou por aposentadoria ou exoneração, pelo prazo de três anos ...	125
F – Dever de residência do juiz titular na respectiva comarca, salvo se autorizado pelo tribunal .....	126
G – Dever de motivação das decisões administrativas dos tribunais, em sessão pública e tomadas pelo voto da maioria absoluta dos membros .....	128

H – Dever de não retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório .....	130
I – Dever de criar varas especializadas para o conhecimento das questões agrárias, e comparecimento pessoal do magistrado no local do litígio	131
J – Razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação .....	132
3.1.1.3.2 – Os Deveres traçados pela legislação infraconstitucional .....	133
3.1.1.3.2.1 – Os Deveres traçados pela Lei Orgânica da Magistratura .....	133
A – Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as decisões legais e os atos de ofício .....	134
B – Não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar .....	135
C – Determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais .....	136
D – Tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência .....	137
E – Residir na sede da comarca, salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado .....	138
F – Comparecimento pontual à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão; E não se ausentar injustificadamente antes de seu término .....	139
G – Exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamações das partes.	
H – Manter conduta irrepreensível na vida pública e particular .....	140
I – Publicação mensal de estatística dos feitos dos tribunais .....	141
J – Remessa mensal aos órgãos corregedores as informações a respeito dos feitos em poder dos juízes, cujos prazos para despacho tenham sido excedidos.	
3.1.1.3.2.2 – Os Deveres traçados pelo Código de Processo Civil .....	144
3.1.1.3.2.3 – Os Deveres traçados pelo Código de Processo Penal .....	145

3.1.1.3.2.4 – Os Deveres traçados pelo Código Judiciário .....	147
3.2 – As Vedações traçadas pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional ..	148
3.2.1 – Exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou cotista .....	148
3.2.2 – Exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração .....	149
3.2.3 – Manifestar por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério .....	150
3.3 – As Proibições traçadas pela legislação infraconstitucional .....	151
3.4.- As Garantias Constitucionais .....	156
3.4.1 – Vitaliciedade .....	157
3.4.2 – Inamovibilidade .....	158
3.4.3 – Irredutibilidade de subsídio .....	160
3.5 – As Prerrogativas dos Magistrados .....	161
3.5.1 – Ser ouvido como testemunha em dia, hora e local previamente ajustados com a autoridade ou juiz de instância igual ou inferior ..	162
3.5.2 – Não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do Órgão Especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado .....	163
3.5.3 – Ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do Órgão Especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final .....	164
3.5.4 – Não estar sujeito a notificação ou a intimação para comparecimento, salvo se expedida por autoridade judicial .....	165
3.5.5 – Portar arma de defesa pessoal .....	165
3.5.6 – Envio dos autos de investigações civis ou militares ao Tribunal ou	

Órgão Especial competente para o julgamento, quando existirem indícios de envolvimento de magistrado, a quem doravante competirá o prosseguimento das investigações .....	166
3.5.7 – Designação dos membros do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral e do Tribunal Superior do Trabalho pelo título de ministros e dos membros dos Tribunais de Justiça pelo título de desembargador, sendo o de juiz, privativo dos integrantes dos outros Tribunais e da magistratura de primeira instância .....	167
3.6 – Conclusões .....	168

## Capítulo 4

### AS PENAS DISCIPLINARES

4.1 – Advertência .....	176
4.2 – Censura .....	180
4.3 – Remoção Compulsória .....	183
4.4 – Disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço .....	187
4.5 – Aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço .....	189
4.6 – Demissão .....	191
4.7 – Conclusões .....	193

## Capítulo 5

### O EXPEDIENTE APURATÓRIO

5.1 – O desenvolvimento do expediente apuratório .....	196
5.2 – Sigilo .....	200
5.3 – Prescrição .....	205

5.4 – Impedimento e suspeição .....	207
5.5 – Conclusões .....	212

## Capítulo 6

### A SINDICÂNCIA E O PROCESSO DISCIPLINAR

6.1 – A Sindicância e o Processo Disciplinar perante o Conselho Nacional de Justiça .....	216
6.2 – A Sindicância e o Processo Disciplinar perante o Superior Tribunal de de Justiça .....	222
6.3 – A Sindicância e o Processo Disciplinar perante o Tribunal de Justiça de São Paulo .....	223
6.3.1 – A Sindicância .....	224
6.3.2 – O Processo Disciplinar .....	225
6.4 – A Sindicância e o Processo Disciplinar perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região .....	228
6.4.1 – A Sindicância .....	228
6.4.2 – O Processo Disciplinar .....	229
6.5 – Conclusões .....	230

## Capítulo 7

### O PROCESSO JUDICIAL

7.1 – O Processo Judicial Cível .....	233
7.2 – O Processo Judicial Criminal .....	237
7.2.1 – O Foro Privilegiado .....	237
7.2.2 – O Assistente .....	240
7.2.3 – O Processo Criminal no Supremo Tribunal Federal .....	241
7.2.4 – O Processo Criminal no Senado Federal .....	244
7.2.5 – O Processo Criminal no Superior Tribunal de Justiça .....	250

7.2.6 – O Processo Criminal no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo .....	255
7.2.7 – O Processo Criminal no Tribunal Regional Federal da 3ª Região ..	257
7.3 – Conclusões .....	259

## Capítulo 8

CONCLUSÃO GERAL .....	261
LISTA DE REFERÊNCIA .....	262

## **INTRODUÇÃO.**

O objetivo deste trabalho é destacar o processo disciplinar dos magistrados, tomado convencionalmente como um instrumento de controle interno dos órgãos do Poder Judiciário, que ora reclama ser acionado e acompanhado na presteza e na imparcialidade processual, por todos os interessados, em todos os níveis de jurisdição.

Para tanto, será traçado o panorama do Poder Judiciário: como ele foi concebido originalmente, com direitos e deveres que foram sendo debatidos e normalizados ao longo da evolução histórica havida em nosso País. Destacam-se as influências surgidas em outros países do Ocidente que, tomados como modelos organizacionais, tiveram as respectivas experiências admitidas de um modo ou de outro em nossa ordem jurídica.

Em seguida será feita a análise do perfil ético, social e psicológico dos magistrados, para então focar o processo disciplinar dos magistrados, que será destacado como um instrumento de controle social sobre os órgãos faltosos, sob uma óptica não só processual, como também política.

O aspecto administrativo do Poder Judiciário, de fato, já se fazia merecedor de destaque na imprensa e no meio social, pois o adágio “A Justiça tarda mas não falha” não mais sustenta a legitimidade do Poder: aquele a quem se conferiu a capacidade de conhecer toda lesão ou ameaça a direito não pode dar-se ao luxo de protelar, indefinidamente, as decisões que lhe cabem em caráter de monopólio, muito menos trazer dúvidas a respeito de quem vai instruir a controvérsia e julgá-la .

A bem da verdade, tal sorte de questionamento insere-se dentro de um contexto de crescente dinamismo social, em que a morosidade do exercício da jurisdição é associada a uma insuportável ineficiência, acrescida da falta de transparência, que gera a justa frustração não só daqueles clientes tradicionais da Justiça, mas também da legião de cidadãos revestidos da qualidade de consumidores, de membros de associações de bairro, de sindicatos e de organizações não-governamentais; estes deixam de obter do órgão monopolizador da Justiça as decisões rápidas e compatíveis com o Estado Democrático de Direito, proposto e incentivado com o advento da Constituição de 1988.

As críticas feitas, de maneira velada ou de maneira explícita, a tal situação não podem causar surpresa, pois dentro de nossa sociedade tudo se questiona: da partilha da propriedade rural ao direito de afastamento do Presidente da República, da existência de várias formas de entidades familiares ao modo de financiar campanhas eleitorais, passando pela multiplicação de expressões religiosas e pela vulgarização da *Internet* como meio de acesso à troca de informações.

Nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, em seu discurso de posse no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal, trata-se de uma novidade positiva: a expansão social da consciência popular das deficiências da Justiça e da exigência maior de sua superação.<sup>1</sup>

Dentro das idéias trazidas pelo Ministro naquela oportunidade, ele aponta que o Judiciário não pode apegar-se à eventual lentidão dos outros Poderes em prover com reformas normativas os problemas mais evidentes,

---

<sup>1</sup> “Um Poder Independente”, edição feita pela Associação dos Magistrados Brasileiros dos discursos proferidos na posse do Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence na Presidência do STF, ano 1995, 45/47.

para com isso fugir à responsabilidade que é sua, com a verdade de seus defeitos e com sua própria imagem.

Com efeito, no Poder Executivo, o advogado Sérgio Rabello Tamm Renault, nomeado secretário de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, reconheceu que as reformas constitucionais possuíam um alcance limitado em vários sentidos, a destacar a criação do Conselho Nacional de Justiça como instrumento fundamental de planejamento e controle do Poder Judiciário de todo o país.

O destaque para tanto parte da idéia de que as atribuições disciplinares conferidas pelo Conselho serão exercidas de maneira mais isenta e autônoma, já que na sua composição há representantes dos operadores do direito e da cidadania, ao lado de uma participação majoritária da magistratura.<sup>2</sup>

O enfoque deste trabalho não vai ser o que os Poderes podem fazer para o aprimoramento da Justiça, mas sim, como constatado por José Renato Nalini, que ressalvada a diplomacia, nenhuma outra função estatal é composta de intelectos de tão raro polimento.<sup>3</sup>

Deste modo, parece correto exigir de cada um dos magistrados uma postura consentânea com os rigores do cargo; ainda mais se for levado em conta o elevadíssimo ônus de nossa comunidade em arcar com as despesas de sustento das remunerações dos magistrados e servidores, da compra e manutenção dos imóveis e dos automóveis, dentre outros itens, para o específico fim da prestação

---

<sup>2</sup> “A Reforma para fortalecer”, artigo publicado na Revista da Associação Juízes para Democracia, edição de agosto de 2004, 04.

<sup>3</sup> “Ética e Justiça”, editora Oliveira Mendes, 1998, 23 e segs.

jurisdicional, quando a própria comunidade se revela carente de recursos para suprir as necessidades básicas de seus membros.

## **1 – A EVOLUÇÃO HISTÓRICA.**

### **1.1 – A Evolução no Mundo.**

O entendimento do atual estágio evolutivo do Judiciário envolve a remissão histórica, que partirá do “Descobrimento do Brasil” até alcançar os tempos atuais, sem abordar o período pré-colonial, sob a idéia de que os povos indígenas aqui existentes não desenvolveram um sistema político que contemplasse uma partilha de funções estatais, que é um tema básico para os objetivos desta dissertação.

A evolução histórica seguirá a linha do tempo, com menção aos relacionamentos de caráter social e político que forneceram as condições para a atual sistematização do Judiciário e da própria Magistratura, passando do período colonial para os temas universais mais importantes concebidos a partir do século XVIII, até chegar às experiências constitucionais de nosso País.

### 1.1.1 - Do século XV ao XVII

Portugal foi um dos países pioneiros em fazer a transição do sistema medieval para o moderno sistema de centralização do poder, que passa a girar em torno de um monarca, podendo ser dito que seu avançado estágio político já permitia identificar uma atividade jurisdicional à época em que nosso País foi inserido ao sistema colonial luso.

Tal atividade está regradada pelas “Ordenações Afonsinas”, constituídas de uma união de preceitos jurídicos, associados a preceitos morais e teológicos, próprios da tradição do Direito Imperial Romano, integrante de um Direito Comum Europeu.<sup>4</sup>

A estrutura básica do sistema é a que, grosso modo, persiste até nossos dias, pois havia juízes de primeiro grau, a quem eram conferidos poderes para julgar as causas cíveis e criminais, sujeitas a recursos perante tribunais competentes, que funcionavam em forma de colegiado.

O Infante Dom Duarte enriqueceu este modelo com corregedores que, ao lado das atividades que como regra os corregedores ainda exercem, quais sejam, impedir negligências e ilegalidades das autoridades sujeitas a tal inspeção, também eram responsáveis por verificar se as querelas por feitos-crimes eram registradas e tinham o seguimento conveniente, incumbindo-se de proceder à inquirição dos crimes graves, com atuação de inspetores da administração da justiça.

---

<sup>4</sup> Marcello Caetano, “História do Direito Português”, 1140/1495, vol 1, Editorial Verbo, 547

A par destes, havia tabeliães que podiam avocar os processos dos juízes quando as demandas envolvessem o interesse de alcaides-mores, juízes, tabeliães, advogados, procuradores ou “outros poderosos”, a prenunciar o futuro conceito de foro privilegiado, tão ao gosto dos brasileiros.

Em tal época, a função jurisdicional entrelaça-se com a atividade administrativa, a revelar-se como parte relevante desta, graças ao interesse do Monarca em provê-la como meio de efetivar as regras existentes e de pacificar o meio social que se inaugurava, implantando-o sob um modelo aristocrático, pois expressamente atribuía uma jurisdição comum e outra reservada aos mais graúdos, desenvolvida por funcionários mais selecionados.

Em tal ordenamento, a lei proveniente da autoridade do Príncipe não se analisava claramente em administração e justiça, pois era na vida local que se ressaltava mais a atividade (que hoje diria administrativa), sem que do poder municipal estivesse ausente a faculdade de julgar.<sup>5</sup>

O modelo colonial vai apresentar duas importantes modificações no modo de se prestar a jurisdição: uma com a opção da metrópole em implantar o sistema de capitâneas hereditárias; outra com a implantação de tribunais de recursos em nosso País, sendo que esta implantação, aliada com a vulgarização dos juízes letrados, vai potencializar que, com a Independência, se instale o denominado Poder Judicial.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Marcello Caetano, RDA 80/03

<sup>6</sup> Waldemar Ferreira, “História do Direito Brasileiro”, Livraria Freitas Bastos S.A., 1.952.

O regime de capitâneas hereditárias atribuía ao donatário um instrumento denominado “foral”, para discricionariamente prover os cargos judiciais e de tabeliães públicos, com a existência de questões com alçada própria, sem recurso a qualquer outra autoridade que não ao próprio capitão, de sorte que, naquele período, os poderes jurisdicionais emanaram mais das cartas de doação do que das Ordenações vigentes, com maior margem para arbitrariedades das Autoridades.

O sistema mostrou-se desvantajoso para a Coroa e esta passou a reincorporar as capitâneas, com implantação de uma atividade jurisdicional mais evoluída, pois ao invés de retornar àquele existente antes das capitâneas, o Rei passou a nomear juizes letrados ou juizes de fora nas cidades ou vilas mais destacadas, o que reduziu a jurisdição comum até então conferida aos cargos judiciais.

De qualquer modo, as decisões de uns e de outros, sujeitavam-se a recursos à jurisdição secundária, corporificada de início como prerrogativa do Governo-Geral, para posteriormente merecerem o exame na Casa de Suplicação de Lisboa e na Relação do Porto, quando o Brasil já havia sido elevado à condição de Vice-Reino.

Dom João VI veio para o Brasil e logo tratou de criar no Rio de Janeiro a Casa de Suplicação e a Mesa do Desembargo do Paço, Consciência e Ordens, o que permitiu um processo de suave transição do modelo colonial para aquele que seria implantado com o processo de Independência, até porque este processo não experimentou uma ruptura revolucionária.

É bem verdade que este Poder Judiciário não foi propriamente concebido para dirimir conflitos em geral, pois o monarca conferia o cargo de juiz como um título conferido a burocratas, normalmente ligados às oligarquias locais ou por quadros que transitavam da política para o Judiciário. Com o advento da Independência, o costume perseverou sendo consentânea com os interesses do Monarca a própria criação das Faculdades de Direito, concebidas para a formação de quadros dirigentes para a máquina do Estado, em especial o Senado e governos provinciais.<sup>7</sup>

O exame desse momento histórico em nosso País exige um corte, para que nos debruçemos sobre os processos revolucionários ou de independência ocorridos em outros países em tal período.

Nestes outros países deu-se ensejo à formulação e à implantação de conceitos que são essenciais para o prosseguimento da análise de nosso Judiciário, da função jurisdicional propriamente dita, que em alguns países recebeu autonomia e noutros o poder político.

Dentro de tal sorte de idéias, inevitável se faz a abordagem das grandes transformações ocorridas no mundo ocidental, a partir do século XVIII, no qual as funções da Justiça e a própria organização do Judiciário ocupam papel de grande relevo.

As monarquias absolutistas européias promoveram até o século XVIII a centralização e a racionalização da administração estatal, na qual,

---

<sup>7</sup> “Ética, Justiça e Direito – Reflexões sobre a reforma do Judiciário”, texto de Miguel Pressburger, Editora Vozes, 1996, 195/197.

como já se disse, Portugal foi uma das pioneiras. O fato implicou na criação de cargos e funções da magistratura até então dispersos e privatizados pela aristocracia, face ao desenvolvimento das relações comerciais e de produção, que valorizaram a Justiça como meio de garantia às relações entre os agentes econômicos e ao Direito como principal instrumento de racionalização da vida social e econômica.<sup>8</sup>

### **1.1 2. – O século XVIII**

O modelo apresentado pelas monarquias absolutistas não assimilava o paulatino crescimento econômico da burguesia, com as aspirações de participar no poder político, o que implicou na paulatina sedimentação de valores objetivos de organização racional da sociedade e de divisão de poderes do Estado, fundamentais para dar conteúdo à substituição de tais regimes e permitiu a implantação de dois modelos fundamentais de Judiciário no mundo ocidental, o norte-americano e o francês.

Os dois processos formalizaram-se por meio de constituições escritas, que se abeberaram do mesmo pensamento político liberal que se alastrava pelo mundo em tal época; todavia, os fatores históricos distintos de um e de outro é que resultaram em cargas de atribuições diversas para cada uma das funções estatais.

Este pensamento liberal continha a doutrina de separação dos poderes, que aflorou em 1689 sob a pena de John Locke, sob a embrionária fórmula

---

<sup>8</sup> “Judiciário: entre a Justiça e a Política”, Rogério Bastos Arantes, em “Sistema Político Brasileiro: uma introdução”, organizado por Lúcia Avelar e por Antônio Octávio Cintra, Editora Unesp, 80 e segs,

de Poder Legislativo, que seria o predominante, ao lado dos poderes executivo e federativo, este último confiado às relações exteriores; adicionado aos estudos de Bolinbroke, que, em trabalhos publicados entre 1734 e 1738, trouxe as expressões “freios recíprocos”, “controles recíprocos”, “retenções” e “reservas recíprocas”.<sup>9</sup>

Coube ao curto período da república de Cromwell a edição do “Instrument of Government”, de 1753, à primeira norma de tendência discriminadora dos poderes, adicionada da necessária noção de equilíbrio de poderes.

Observando o sistema inglês, Montesquieu vai afirmar a existência de três funções básicas do Estado, e tal como havia intuído Aristóteles, seriam a executiva, a legislativa e a judiciária, mas dá um passo adiante, ao propor que tais funções deveriam corresponder a órgãos distintos e autônomos.

Em síntese, à divisão funcional corresponderia uma divisão orgânica, segundo uma técnica posta a serviço do poder pelo próprio poder, pois, segundo ele, “tudo estaria perdido se um homem, ou mesmo um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas”.<sup>10</sup>

A primeira razão que se alinha para na França se conferir ao Judiciário uma função estatal relevante de prestação da justiça, em contraposição aos Estados Unidos, onde se revela como um poder político, surge do fato das idéias

---

<sup>9</sup> Ovídio Rocha Barros Sandoval, “O Poder Judiciário Brasileiro a partir da Independência”, Editora Resenha Universitária, ano 1978, 15/17.

<sup>10</sup> “O Espírito das Leis”, Charles Louis de Secondat Montesquieu, Editora Saraiva, ano 1987, 163.

liberais no primeiro terem sido empregadas contra a monarquia absoluta, dando ensejo ao esvaziamento do Poder Executivo em favor do Poder Legislativo, que seria o principal representante da soberania popular, não se dispensando ao Judiciário um maior relevo, pois a experiência de magistratura do Antigo Regime só podia suscitar desconfiança aos revolucionários.

As idéias republicanas e antiaristocráticas deram ensejo à supremacia do Parlamento, como o órgão da soberania popular, cujas leis foram tidas como a expressão livre e solene da vontade geral, parâmetro do justo e útil, não se abrindo espaço para que qualquer outra instituição social ou política se colocasse entre o estado e a nação, ou mesmo que o Judiciário se colocasse como um intermediário entre os demais poderes, ou entre esses e o indivíduo.

Enquanto isso, nos Estados Unidos, o movimento feito para se libertar da metrópole levou em conta, sobretudo, o preconceito contra o Poder Legislativo, em razão do Parlamento inglês ser a origem da legislação metropolitana, repressora e fonte de vultosos prejuízos para os colonos.

Daí por que os “pais da pátria” tendiam a visualizar no Departamento Legislativo, e não no Executivo e muito menos no Judiciário, uma vocação expansionista e de intromissão nos demais poderes e na esfera das liberdades individuais, que viera a ser coibida por dois instrumentos fundamentais: o controle judicial da constitucionalidade das leis e o veto presidencial incidente no processo de legiferação.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Carlos Roberto de Siqueira Castro, “O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil”, Forense, ano 1989, 16.

Outra analogia importante feita por Ronaldo Bastos Arantes foi a de que os franceses cuidaram de valorizar a igualdade, inexistente no regime aristocrático, ainda que em detrimento da liberdade, a qual possui como um dos seus pilares o direito de propriedade.

Tal direito foi posto em dúvida por Robespierre, ao tomar como ilegítima uma declaração que abonasse o exercício do direito tal como era feito pelos ricos, pelos monopolizadores, pelos agiotas e pelos tiranos, a defender nos trabalhos de elaboração da Constituição de 1793, que se criasse um imposto progressivo segundo a dimensão da fortuna.

O desdém pela tripartição dos poderes advinha da idéia deste revolucionário, no sentido de que esta partilha não impedia o conluio dos políticos de ramos diferentes, não se podendo esperar que das querelas entre os poderes pudesse surgir a garantia dos direitos, mas sim, do exercício da soberania.

Daí por que optar de maneira radical pela supremacia da vontade geral, que seria feita por meio do parlamento, não sendo surpresa que, diante de tão candente ideário, viesse o Judiciário a ser aquinhado no referido texto com um papel de menor expressão na defesa das liberdades frente aos poderes políticos, em comparação com os demais.

Enquanto isso, nos Estados Unidos, um dos mentores da Constituição, Madison, assinalava que após a classificação teórica das diferentes espécies de poderes - segundo sua natureza legislativa, executiva, ou judiciária - o mais importante seria garanti-los contra suas recíprocas usurpações.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> “O Federalista”, J. Villeneuve, Rio de Janeiro, 1840, Capítulo LXXVIII, 455/456, 461, 463, 464 e Capítulo LXXIX, 465/467.

Foi ele quem nos textos federalistas se debruçou sobre a natureza do Poder Judiciário que se pretendia edificar nos Estados Unidos, a produzir tais cartas no período posterior à criação das constituições estaduais, mas anterior ao da constituição federal, com o fim de influenciar os cidadãos a votarem favoravelmente o último texto.

Nesta tarefa, ele propôs as garantias básicas da magistratura, a começar pela inamovibilidade, como o único meio de assegurar a independência dos juízes, principalmente contra as usurpações do corpo legislativo.

Ele defendeu uma noção de vitaliciedade, na qual a perda do cargo só ocorreria quando o juiz atingisse sessenta anos de idade, por presumida incapacidade; ou, ainda, por meio de sentença que declarasse o juiz indigno do cargo, propondo como regra da duração do exercício do cargo o comportamento dos juízes, por ser a mais conveniente para qualquer tipo de governo, já que asseguraria a prontidão, a firmeza e a imparcialidade da administração da justiça, a arrolar diversos prejuízos em uma comissão temporária do cargo de juiz.

Adicionado a tais predicados, Madison defendia que os salários dos juízes fossem irredutíveis, para que em face das flutuações contínuas no valor do dinheiro e no estado da sociedade, a verba recebida quando da nomeação não sofresse, por parte do legislativo, uma falta de acomodação a tais circunstâncias, dado que “dispor acerca da subsistência de um homem é dispor da sua vontade”.

---

O modelo concebido por ele atribuía ao Judiciário uma autonomia administrativa, para evitar os perigos de ser intimidado, subjugado ou seduzido pela influência dos poderes rivais, pois com isto bem desempenharia a tarefa de controle de constitucionalidade das normas, ao invés de atribuir isto ao próprio legislativo.

Em tal época, já se levantava a necessidade de o Judiciário atuar na defesa dos interesses dos partidos minoritários em face dos majoritários; mas isto deixou de ser explicitado com amplitude no texto final da Constituição Americana, tendo a jurisprudência se incumbido de explicitar tal atribuição para a Suprema Corte no século seguinte. Isto veremos mais adiante, quando se enveredar pelo estudo do poderoso procedimento de revisão judicial das normas.

Estes arranjos institucionais surgidos de um lado e de outro do Atlântico foram comparados por Alexis de Tocqueville, que assinalou que, com a concessão dos predicamentos aos magistrados, estes passaram a se distinguir dos demais funcionários públicos, a quem a falta de um interesse de classe fazia prevalecer um benéfico andamento geral e contínuo do governo, ainda que os governantes fossem inábeis e desprezíveis.<sup>13</sup>

Na verdade os magistrados, a par dos advogados, seriam legistas, nos quais o estudo especial das leis logrou criar hábitos de ordem, um certo gosto pelas formas, uma espécie de amor instintivo pelo encadeamento regular das idéias, que os tornam naturalmente opostos ao espírito revolucionário e às paixões irrefletidas da democracia.

---

<sup>13</sup> “A Democracia na América, Leis e Costumes”, Martins Fontes, 1998, 273 e 309/310

Inserem-se na democracia como uma classe privilegiada entre as inteligências, dotada de conhecimentos especiais, não muito difundidos, que servindo de árbitros entre os cidadãos, com estabelecimento de metas dentre as paixões cegas dos litigantes, lhes proporcionam um certo desprezo pelo juízo da multidão.

Por isso, ele aponta estar oculto na alma dos legistas uma parte dos gostos e dos hábitos da aristocracia, em especial nos legistas americanos e ingleses, que se debruçam continuamente sobre as decisões de seus pais, mediante precedentes cujo alcance e clareza acabam por assemelhar tais legistas com sacerdotes de alguma ciência oculta.

Disso resulta que, quando o povo americano se deixa embriagar por suas paixões, ou se entrega ao arrebatamento de suas idéias, os legistas fazem-lhe sentir um freio quase invisível que o modera e o detém.

Aos instintos democráticos do povo opõem secretamente seus pendores aristocráticos; ao amor à novidade, seu respeito supersticioso pelo que é antigo; à imensidão dos projetos, suas idéias estreitas; ao desprezo que têm pela regras, seu gosto pelas formas; e ao ímpeto do povo, seu costume de proceder lentamente.

O juiz é um legista que, independentemente do gosto pela ordem e das regras que contraiu no estudo das leis, haure o amor à estabilidade também da inamovibilidade de suas funções.

Seus conhecimentos legais já lhe haviam assegurado uma posição elevada entre seus semelhantes; seu poder político acaba de situá-lo numa posição à parte e de lhe proporcionar os instintos das classes privilegiadas.

Armado do direito de declarar as leis inconstitucionais, o magistrado americano penetra sem cessar nos negócios políticos. Ele não pode forçar o povo a fazer leis, mas pelo menos o compele a não ser infiel às suas próprias leis e a permanecer coerente consigo mesmo.

É certo que, à época, o autor observava uma busca pela redução do poder do judiciário, prevendo que cedo ou tarde a diminuição da independência dos magistrados estaria a atacar a própria república democrática, isto porque a influência do espírito legista extravasa dos limites dos tribunais, a ponto de dizer, na primeira metade do século XIX, que não haveria questão política nos Estados Unidos que não fosse resolver-se em questão judiciária.

Em outros termos: Tocqueville assinalou que a era democrática e republicana instalada naquele país não podia dispensar as virtudes aristocráticas, para que a capacidade de fortalecimento dos ideais igualitários não fosse apta a destruir a liberdade essencial dos seres humanos.

A análise dos dois modelos criados no final do século XVIII admite dizer que ambos se consagraram em democracias estáveis, tendo nos países que adotaram o sistema americano uma clara instituição não-republicana, ciosa de suas garantias quase aristocráticas, que se capacitou a conter a vontade política majoritária, ainda que ao longo dos tempos tenham sido propostos meios de reduzir tal independência; em contrapartida, com o sistema francês, que, sem contar com este

órgão de controle da vontade da maioria representativa, contempla a sujeição completa da comunidade aos desígnios dos governantes.

### 1.1.3. – O século XIX

A partir do processo de independência dos Estados Unidos, seguiram-se os processos de emancipação das colônias espanholas e portuguesas, as quais proclamaram constituições escritas, substancialmente inspiradas no modelo americano.

Na Ásia, Santi Romano destaca a constituição escrita promulgada no Japão em 1889, que acrescentou a instituição do *Tenno*, de respeito às tradições milenares daquele povo, mas em harmonia com os princípios jurídicos criados no final do século anterior, no que se pode encontrar similitude na constituição imperial brasileira, que acrescentou a estes mesmos princípios o Poder Moderador, reservado ao monarca.<sup>14</sup>

Com ele anui Afonso Arinos de Melo Franco, pois assinala como o aspecto mais marcante do pensamento jurídico-constitucional do início do século XIX, uma relativa uniformidade no plano internacional das idéias e teorias dominantes nos processos de organização política das várias nações do Velho e do Novo Mundo, originárias das revoluções americana e francesa ocorridas no fim do século anterior.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> “Princípios de Direito Constitucional”, Editora RT, ano 1977, 54/55.

<sup>15</sup> “Curso de Direito Constitucional Brasileiro”, Editora Forense, ano 1960, volume II, 07.

Afonso Arinos justifica esta uniformização ter ocorrido no início da formação do Direito Constitucional, sob o argumento de que, sendo a ciência jurídica nem exata, nem tampouco concreta, tende ou pode tender a uma generalização conceitual, criando princípios que correspondem a inegáveis necessidades sociais, que se desenvolvem além das necessidades dos meios nos quais foram originalmente concebidos.

Os fundamentos traçados no século anterior para o Judiciário americano vão se aprofundar, pois do modesto controle constitucional estipulado pelos constituintes de 1787, este galga para o controle normativo, com tónus intencionalmente aberto, que só foi ganhar especificidade no direito federal, graças ao famoso julgado do *chief-justice* Marshall, no caso *Marbury v. Madison*.<sup>16</sup>

Lambert assinala que, antes de 1880, ordinariamente os julgados não passavam de um simples controle de competência e muito raramente como salvaguarda suprema contra uma violação do texto constitucional.

Entendia-se não ser suficiente que os melhores juízes tivessem reconhecido que uma lei era injusta ou perigosa para justificar uma declaração de inconstitucionalidade.

---

<sup>16</sup> “Le Gouvernement des Juges et La Lutte Contre La Législation Sociale aux États-Unis”, par Edouard Lambert, Marcel Giard & Cie, Paris, 31/37.

Daí o porquê do relevo para o desenvolvimento do controle jurisdicional na célebre *opinion* do *Chief-Justice* John Marshall, que em 1803, ao decidir o *case* Marbury x Madison, se baseou em disposições implícitas da Constituição Federal para dar nascimento ao instituto do costume jurisdicional, a partir do modelo de *judicial review*.(revisão judicial).

O modelo não constava de texto expresso da Carta e com ele é que surgiu a fiscalização concreta ou incidental de constitucionalidade das leis.

Da *opinion* exposta à época, vale destacar alguns trechos enfáticos quanto ao papel construtivo do costume constitucional:<sup>17</sup>

*“...Sem dúvida, todos aqueles que estabeleceram uma constituição escrita contemplam-na como o essencial e supremo da nação e, conseqüentemente, a teoria de qualquer governo deve ser a de que um ato dos Legisladores que seja contrário à Constituição é nulo ...”*

*“...Então se os Tribunais devem olhar para a Constituição, e a constituição é superior a qualquer ato ordinário dos Legisladores, então é a constituição, e não tal ato ordinário, que deve prevalecer no caso ao qual ambos se apliquem...”*

Ainda merece destaque o seguinte trecho:

---

<sup>17</sup> “The writings of John Marshall, late Chief Justice of the United States, upon the Federal Constitution”, Boston, James Munroe and Company, 1839, 24/25

*“...Entre essas alternativas não existe meio termo. Ou a constituição é a lei suprema, imutável por meios comuns; ou está no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, como outros atos, é alterável de acordo com a vontade dos legisladores...”* (traduzido do original).

A partir de então, o ordenamento jurídico americano assimilou o poder político do Judiciário, pois admitiu a capacidade de controlar os atos normativos dos demais poderes, o que o colocou em pé de igualdade com os demais.

Prevaleceu a idéia de que é mais razoável admitir os tribunais como elementos colocados entre o povo e o corpo legislativo, do que deixar a este o juízo das próprias atribuições, nas oportunidades em que forem inconciliáveis as divergências entre a Constituição e uma lei deliberada pelo órgão legislativo.<sup>18</sup>

Cabe anotar que a influência do modelo de Judiciário adotado pelos países latino-americanos e mesmo nos países do *comom law* deixou de admitir a largueza do controle jurisdicional existente nos Estados Unidos, pois os legisladores cuidaram de pormenorizar, ao longo do tempo, os diversos desdobramentos do conceito de devido processo legal, ao invés de aguardar o ingresso na ordem jurídica por meio da jurisdição, o que não só tolheu esta no aspecto criativo, como ainda impediu uma expansão indesejável do Judiciário no campo político que partilha com os demais poderes.

---

<sup>18</sup> Jorge Miranda, “Manual de Direito Constitucional”, Coimbra Editora, Limitada, Tomo II, 1988, 19.

#### 1.1.4. O século XX

O processo de expansão do constitucionalismo, iniciado no século XIX até a eclosão da Guerra Mundial de 1914, deu surgimento a uma marcada separação entre o Direito Público e o Direito Privado, com uma ordem jurídica regulada no campo econômico por um sistema de direitos subjetivos, sem deveres correlativos, no qual a atividade econômica não era controlada pelo Estado.<sup>19</sup>

O período entre as duas grandes guerras mundiais acaba por levar o Estado, dentro de uma nova estruturação constitucional, a dar vazão às necessidades crescentes do mundo moderno, no qual existe demanda por meios rápidos e eficientes na atividade administrativa, meios estes obtidos mediante a chamada delegação, a alcançar por meio de uma evidente supremacia do Poder Executivo, um processo denominado “*renforcement de l’executif*” (reforço do executivo).

Em consequência disto, o Executivo passa a intervir com maior intensidade no processo parlamentar da elaboração das leis, inclusive com o exercício de funções legislativas, mas sempre tendo em mira que a competência política pertence essencialmente às Câmaras de representação popular.

O que se constatou com maior clareza foi a extração de funções que se operou na esfera legislativa, tirando-se aos parlamentares o poder de legislar sobre certas matérias ou reduzindo-lhes a função, em outras, somente às

---

<sup>19</sup> Ovídio Rocha Barros Sandoval, o.c., 15/21

disposições de base, ampliando-se consideravelmente o direito de iniciativa do Executivo e o poder regulamentar.

Dentro deste contexto, o controle jurisdicional de constitucionalidade das normas passou a ser adotado por várias democracias européias; de início, timidamente pela alemã de 1919, pois se limitou a entregar para Corte Suprema do Reich o controle das legislações locais em face da legislação federal; no que foi seguida pela austríaca de 1920; mas já no ano seguinte, a da Irlanda passou a ampliar o campo, pois expressamente apontava que a Corte Suprema teria o poder de apreciar a validade de qualquer lei em face das disposições constitucionais.<sup>20</sup>

De qualquer modo, como acentua Rogério Bastos Arantes, o modelo austríaco, influenciado pelas idéias de Hans Kelsen, afasta-se do exame difuso da norma inconstitucional, mas sim, julga a própria lei, vedando aos juízes de grau inferior desenvolverem atividade semelhante, pois, caso se depre com controvérsia de tal gênero, devem suspender os feitos e requerer da Corte uma decisão a respeito da questão.

Em tal época, o modelo de controle concentrado de constitucionalidade das normas sedimenta-se na Europa, em busca de um equilíbrio entre a função liberal de controle das leis e a vontade política majoritária, com criação de cortes constitucionais que impedem os órgãos judiciais de intervir em questões macropolíticas, apartadas do Poder Judiciário.

---

<sup>20</sup> Afonso Arinos, o.c., volume I, 81 e 82.

Os tribunais constitucionais, em regra, possuem composição feita mediante escolha do presidente da República, combinada com o Legislativo, contando com membros dotados de mandatos de duração por vezes longos e que vão conhecer demandas promovidas por um número restrito de agentes, o presidente, os governadores de estados e uma parcela qualificada do Parlamento; com atuação que se cinge à negação de validade das leis incompatíveis com a Constituição.

Enquanto isto, a Suprema Corte dos Estados Unidos, que desde o início das atividades até o final do século XIX tinha declarado a inconstitucionalidade de setenta e duas normas, com especial enfoque de impor um arbitramento presumivelmente isento do Judiciário, diante do permanente conflito de competências aberto entre os Estados e a União.

No entanto, a partir do final do século XIX e princípio do século XX, passou a incidir com maior força sobre o domínio econômico e sobre a legislação normativa das relações do trabalho, tendo os juízes da corte se valido da revisão judicial para impor as próprias convicções retrógradas e os próprios preconceitos ideológicos nos julgados.

A atuação apartada de razões jurídicas deu ensejo à imposição de vinte e seis declarações de inconstitucionalidade apenas entre 1854 e 1.900, e de cinquenta e três declarações de tal teor de 1901 a 1946.

O número elevado gerou descontentamento nos círculos jurídicos e políticos, a ponto de o presidente Theodore Roosevelt buscar o melhor controle de tal atividade por meio de referendos, nos quais os cidadãos passariam a decidir acerca dos conflitos entre o Judiciário e o Legislativo, enquanto o Congresso

evocava o *recall*, como fundamento para demitir os juízes que invalidassem normas em determinados casos.

Franklin Roosevelt padeceu ainda mais com tal conflito, pois, a partir de 1933, data em que foi elaborado o conjunto de leis conhecidas como o *New Deal*, (Novo Negócio) destinadas a regular relações de trabalho e produção, deu ensejo a que, de 1934 a 1937, fossem anuladas tais leis, pelos mais tortuosos argumentos.

Ao obter a reeleição por larga margem de votos e contando com o apoio do Congresso, Roosevelt envia junto com o projeto de aumento do número de cargos de nove para quinze, a proposta que se criasse um juiz adicional cada vez que um da Corte alcançasse setenta anos de idade e ainda que os feitos passíveis de declaração de inconstitucionalidade passassem a ser previamente defendidos pelo procurador-geral da República<sup>21</sup>

O projeto foi derrotado por larga margem de votos, mas Rogério Bastos Arantes assinala que dois juízes alteraram os respectivos votos, o que revertia a maioria necessária para a anulação até então prevalente, de modo a confirmarem a constitucionalidade da legislação introduzida, em episódio conhecido como “*the switch in time that saved nine*” (a mudança a tempo de salvar nove) que associado ao fato de vários magistrados conservadores pedirem a aposentadoria, permitiu que Roosevelt pudesse nomear novos ministros sem alterar o número de cadeiras do tribunal.

---

<sup>21</sup> Afonso Arinos, o.c., Volume I, 73/78

A partir da década de 1950, Bastos Arantes aponta que a Suprema Corte americana passou a destacar-se pelas sucessivas decisões destinadas a ampliar os direitos civis, como o acesso de negros a serviços públicos, na proteção do indivíduo à atuação policial, o exercício da liberdade de expressão e o direito de aborto, denominando-se esta atividade liberalizante como um ativismo judicial.

Cabe abrir um novo parêntese para focar as conseqüências do sistema continental europeu e norte-americano: verificou-se que o controle constitucional concentrado do primeiro se fixou para evitar uma indesejável situação de “governo dos juizes”, decorrente da capacidade de cada um deles declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, quando do julgamento de casos concretos, em favor de um monopólio da declaração de inconstitucionalidade por parte do Legislativo, que afasta dos órgãos judiciais a possibilidade de intervirem em questões macropolíticas.

O segundo modelo é o mais antigo, mas possui inegáveis qualidades, como a experiência e o raciocínio desenvolvido em milhares de feitos, ao final, serem aproveitados para enriquecer a solução terminativa, que será adotada pela Suprema Corte, de sorte que a força vinculante de seus julgados ingressa em uma ordem jurídica que certamente já experimentou as conseqüências da solução adotada, com peso maior dos argumentos jurídicos, em contraste com os motivos de ordem política privilegiados nas cortes constitucionais européias.

Retomando a atenção para o continente europeu, merece destaque o que o autor qualificou como segunda onda de liberalização de regimes

políticos havido nas décadas de 1970 e 1980, em países como Portugal e Espanha, que se reestruturaram com sistemas de controle constitucional.<sup>22</sup>

Portugal, que é o País que nos diz mais de perto - seja pela herança cultural, seja por ostentar uma carta constitucional desenvolvida pouco antes da nossa, - e por isso examinada como paradigma em diversos aspectos - tem corte constitucional integrando a estrutura do Judiciário.

Os membros são escolhidos pelo Parlamento, sendo sete deles dentre juristas e outros seis dentre juízes dos tribunais, com mandato de nove anos não renováveis.

Os membros decidem a matéria política-jurídica não só por meio de controle abstrato das normas, uma tarefa de legislação negativa, mas também a defesa das minorias perante a onipotência da maioria parlamento-governo, ou seja, fundamenta a primazia da Constituição e do legislador constituinte sobre tal onipotência, ainda que em tal atividade o dogma tradicional da presunção de constitucionalidade das normas e a legitimidade do desenvolvimento do próprio direito constitucional mediante a interpretação dada pela Corte, o que certamente evita mudanças abruptas no ordenamento jurídico.<sup>23</sup>

Este autor aponta a consagração da abertura constitucional para se construir a União Européia, importantíssimo paradigma para o Brasil, que busca uma integração com seus vizinhos de continente, antes de cumprir o

---

<sup>22</sup> Bastos Arantes, o.c., 92

<sup>23</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Almedina, 7ª edição, 680/684

mandamento contido no artigo 4º, parágrafo único, Constituição Federal, de se integrar com todos os países integrantes da América Latina.

A União Européia consiste em uma comunidade de países soberanos que vai recebendo competências que os estados membros lhe forem atribuindo por meio de tratados internacionais, ou seja, poderes especificamente conferidos, alguns de carácter exclusivo como a política comercial, agrícola e de pescas; outros de carácter concorrente, cuja tônica de ação comunitária ocorre quando há falta de eficiência do Estado-membro ou quando os fins da Comunidade podem ser mais bem alcançados em tal nível.

Este reconhecimento de interdependência fática e jurídica dos membros da comunidade resulta em um Estado internacionalmente limitado, afastando a idéia do “orgulhosamente sós”, implica em reconhecimento de medidas de justiça de regras, com apreço ao princípio da interpretação em conformidade com os direitos do homem tal como plasmados em tratados de Direito Internacional, a impor aos poderes públicos constitucionalmente competentes uma participação ativa na solução dos problemas internacionais de defesa dos Direitos Humanos, paz e segurança.

Este movimento de constitucionalização do Direito Internacional consiste em um dos aspectos de “estado da arte” do Direito, pois, admitindo-se a existência de princípios cogentes de valor superior, os Estados-membros dão fundamento a uma responsabilidade *erga omnes*.

Dentro de tal quadro, Giovanni Ettore Nanni relata que o Estado português tem sido sucessivamente condenado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. por atraso na apreciação de causas pelos tribunais competentes, em virtude do artigo 6º, nº 1, da Convenção Européia dos Direitos do Homem, ter

prescrito que qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada num prazo razoável.<sup>24</sup>

Em arremate a tais considerações, cabe trazer a visão do Ministro Antonio Pádua Ribeiro, do Superior Tribunal de Justiça, que assinala ter sido o século XIX reservado ao Poder Legislativo, o século XX, ao Executivo e, o XXI, destinado ao Judiciário, dado que o espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a Justiça.<sup>25</sup>

Feito este corte, cabe o retorno da análise do Judiciário local, com a clara noção de que as soluções traçadas ao tema no mundo ocidental exerceram, e prosseguem a exercer, influência em nosso País; e ora passam a ser analisadas as particularidades de nossa experiência histórica, tomando o ambiente constitucional como linha mestra, que será adicionado ao infra-constitucional, como meio de melhor explicar como se foi construindo o Poder Judiciário, além de traçar um prognóstico de como caminhará esta construção.

## 1.2. – A Evolução no Brasil no plano constitucional e infraconstitucional.

### 1.2.1. A Constituição de 1824.

---

<sup>24</sup> “A Responsabilidade Civil do Juiz”, Max Limonad, 1999, 143

<sup>25</sup> “Poder Judiciário no contexto da política nacional”, palestra proferida no dia 18.3.05., na Associação Paulista de Magistrados, reproduzida parcialmente na “Tribuna da Magistratura”, ano XVII, março/abril de 2005, 08.

O processo de independência do Brasil foi bastante suave, se comparado aos demais países do continente, o que se refletiu na manutenção da estrutura básica prevista nas Ordenações: obtendo, desde o fim do período colonial, um Poder Judicial com prestígio de se configurar, ao lado do Executivo, do Legislativo e do Moderador, como delegado direto da soberania nacional, cujos membros foram investidos das garantias, da vitaliciedade e da inamovibilidade defendidas por Madison. (artigo 153).

Apesar de tais notas de prestígio, o Judiciário deixou de contar com a possibilidade de rever os atos do Legislativo, pois coube à Assembléia Geral, composta pela Câmara dos Deputados e Senado, o poder de velar pela Constituição (artigo 15, inciso IX).

Dentro de tais garantias, a perda do cargo só poderia ser obtida por sentença, sendo os juízes sujeitos à responsabilização pelos abusos de poder e prevaricações que cometessem no exercício de seus empregos, merecendo destaque que se pudesse provocar a jurisdição para tanto, por meio de uma ação popular, ajuizável por qualquer do povo, desde que promovida dentro do prazo de um ano e dia do ilícito (artigos 156 e 157).

Todavia, Octaviano Nogueira assinala que tais disposições não se tornaram efetivas e isso ocorreu menos devido à maneira como tais cautelas foram concebidas e inscritas no texto constitucional, do que ao espírito corporativista que sempre caracterizou o Judiciário no Brasil.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> “Constituição de 1.824, Coleção Constituições Brasileiras”, vol 1, 2001, 2<sup>a</sup> ed., 36 e segs.

O próprio autor reconhece, por outro vértice, a falta de interesse do Poder Executivo em regulamentar as disposições constitucionais que permitiam tanto a remoção, quanto a aposentadoria compulsória dos membros da Magistratura, o que revela o início de uma dinâmica de pouco apreço por mudanças no Judiciário, por parte de todos os Poderes, que se estende até nossos dias (artigos 153 e 154).

O motivo mais evidente para que o Executivo se mantivesse em inércia é de que as garantias da vitaliciedade e da inamovibilidade eram desrespeitadas, na medida em que o Executivo, além de discutir a justiça das decisões do “Poder Judicial”, demonstrou disposição em punir aqueles que agissem em desacordo com as crenças do mesmo Executivo, apesar da expressa proibição de se avocar causas pendentes, sustá-las, ou reviver as findas, como forma de se reconhecer a independência do Poder Judicial (artigo 179, inciso XII).

O exercício do cargo de Ministro da Justiça permitiu que o Marquês do Paraná cuidasse de aposentar magistrados, enquanto que Nabuco de Araújo não só aposentou magistrados, como ainda transferiu um terceiro, por conta da absolvição de pessoas importantes da Província de Pernambuco, em julgamento de eventual prática de desembarque clandestino de africanos ocorrido em Serinhaém.

A audácia foi mais estremada quando era Ministro o Visconde de Sinimbu que, em 30 de dezembro de 1863, aposentou vários membros do Supremo Tribunal Federal, com base em direito reconhecido no livro 1º, Título 50, § 16 e livro 2º, Título 54, das Ordenações.

Se por um lado só estavam hipoteticamente estipulados os direitos de vitaliciedade e inamovibilidade, os direitos e deveres dos magistrados ainda se encontravam nas Ordenações, o que perdurou por largo tempo, dado que o primeiro Código de Processo Civil só veio a lume em 1939, enquanto que o de Processo Penal, só em 1941.

### **1.2.2. A Constituição de 1891.**

Com o fim do Império, instalou-se um Governo Provisório, que gerou dois decretos da lavra de Campos, os quais organizaram a Justiça Federal e a Justiça Estadual, e transformaram o Supremo Tribunal de Justiça em Supremo Tribunal Federal (Decreto 848/1890 e Decreto 510/1890, respectivamente).

Mais importante do que isso, conferiu-se-lhe a guarda da Constituição e das leis, dando um grande passo no controle da constitucionalidade das normas; pois a partir de então, a Corte passou a ter o poder de uniformizar a jurisprudência dos Estados em relação às leis federais, em caráter definitivo, em um ambiente ao qual já se conferira aos juízes federais o poder de deixar de aplicar lei que considerassem inconstitucional, deferido pelo (artigo 59, inciso I, alínea “c” e inciso III, parágrafo primeiro).

A Carta que se seguiu foi se abeberar da Constituição Norte-Americana e traçou uma das bases do sistema jurisdicional pátrio, ao introduzir o sistema difuso de controle de constitucionalidade das normas (artigo 60, alíneas “a” e “b”).

A par disso, o poder de suspender os juízes deixou de ser compartilhado com qualquer outro Poder e foi explicitada a garantia da irredutibilidade remuneratória, enquanto que a vitaliciedade foi fortalecida com a previsão de que a perda do cargo só ocorreria por meio de sentença condenatória (artigo 57, *caput*, e parágrafo primeiro).

Destaque-se que na vigência da referida carta, os quinze Ministros do Supremo eram nomeados pelo Presidente, que dentre eles escolhia o Procurador-Geral da República, o que levou Floriano Peixoto a se abster de prover sete vagas de Ministros e de indicar o Procurador-Geral, com o objetivo de inviabilizar a formação de quorum necessário para o funcionamento da Corte (artigo 56 e 58, § 2º)

Ele também se valeu da omissa redação do artigo 56 da Carta, que ao expor os requisitos para o cargo de ministro, apontou a necessidade de um “notável saber e reputação”, sem incluir que o notável saber seria o de ciências jurídicas, para nomear os generais Galvão de Queiroz e Ewerton Quadros e um médico, Barata Ribeiro.

Este último chegou a exercer o cargo por um ano, até ser anulada a nomeação pelo Senado, que pelo artigo 48, 12º, da Lei Maior, tinha a competência para aprovar o nome dos indicados, e por isto assentou que só juristas poderiam ser Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A Carta recebeu inúmeras emendas em 1926, oportunidade em que se reduziu a competência da Justiça Federal para o conhecimento de *habeas*

*corpus*, sem a contrapartida da criação do proposto mandado de segurança, inspirado no *amparo* criado pelos mexicanos.

A redução da competência era explicável pelo fato de o Supremo Tribunal Federal viver um período áureo, na tarefa da construção da doutrina e jurisprudência brasileira do *habeas corpus*, edificado como instrumento de defesa dos direitos inscritos na Constituição, a dar causa ao evidente desconforto de Floriano Peixoto nas relações com a Corte.<sup>27</sup>

Cabe anotar que sob a égide desta Carta foi editada norma no Estado de São Paulo, destinada a suprir a omissão de deveres e direitos específicos dos magistrados deste Estado, pois foi editada a Lei Estadual de nº 2.222, de 13.12.27, que, a título de reforma da organização judiciária do Estado, cuidou de criar pioneiramente regras sobre a disciplina forense.

Um “Conselho Disciplinar da Magistratura” foi incumbido por tais normas de providenciar a inspeção suprema dos magistrados, com o visio de obstar a falta de observância das regras expressas no artigo 45 da lei estadual referida, tais como residência na Comarca, presença no local de expediente forense, tratamento urbano com as partes, advogados e servidores entre outros, além de outras normas acerca da postura pública do magistrado, estas já com a preocupação de conservar a confiança pública na justiça e na dignidade do cargo.

A norma foi operacionalizada por meio do “Regime das Correições”, editado pelo Decreto nº 4786, de 03.12.30, diploma em que se admitia a qualquer um o oferecimento de reclamação ao corregedor geral da Justiça, a qualquer

---

<sup>27</sup> Oscar Vilhena Vieira, “Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política”, RT, 74

tempo, ou em correições ordinárias (anuais) ou extraordinárias, que eram informadas por meio de edital, cujo texto trazia expressamente o informe de que nestas diligências seriam colhidas reclamações a respeito da falta do cumprimento dos deveres assinalados na referida Lei.

Curioso que em tal época a atividade correcional era pequena e secundária, tanto que não existia um cargo próprio de Corregedor-Geral, e por isso a atividade era exercida pelo Presidente das Câmaras Cíveis, que cuidava de apurar as faltas e sugerir providências ao Conselho Superior, sem prejuízo do dever de elaborar relatórios semestrais a respeito das atividades desenvolvidas no período.

### **1.2.3. A Constituição de 1934**

A primeira experiência constitucional republicana foi substituída pelo vitorioso movimento revolucionário de 1930, que se formalizou em um Governo Provisório, guiado pelo “decreto de instalação de nº 19.398”. Mas, mesmo diante da ampla discricionariedade que cerca um poder de fato, o Governo Provisório manteve o Judiciário Federal e o das unidades da Federação nas mesmas bases das leis anteriormente aprovadas.<sup>28</sup>

A manutenção da estrutura, todavia, não ocultou o propósito de o controlar, pois foram liquidadas a estabilidade e os direitos adquiridos de todas as

---

<sup>28</sup> Ronaldo Poletti, “Constituição de 1.934”, Coleção “Constituições Brasileiras”, vol 3, ano 2.001, 2ª edição, 15, 21 a 23 e 27.

funções públicas, inclusive as da Magistratura, que sofreu decreto de aposentadoria compulsória de seis Ministros do STF, por meio do Decreto 19.711/31.

O Governo Provisório nomeou uma comissão para elaborar o anteprojeto da futura Carta, tendo sido atribuída a Carlos Maximiliano a fixação das linhas mestras; os temas foram distribuídos entre os membros, cabendo a Arthur Ribeiro, magistrado e membro do STF, e a Antônio Carlos a parte concernente ao Poder Judiciário.

Em tal tema foi previsto um Supremo Tribunal, ao qual se concedeu a declaração de inconstitucionalidade de forma conclusiva, completando o conteúdo necessário para o integral controle de constitucionalidade das normas, a par da unidade no processo judiciário e, em parte, da Magistratura, além de se prever a regência desta por meio de lei orgânica, a ser votada pela Assembléia Nacional.<sup>29</sup>

Carlos Maximiliano assinalou que a dualidade tinha como corolário lógico o sistema federativo, mais do que propriamente a realidade prática, ainda que ele próprio entendesse que os grandes Estados destruiriam isto, pois movidos por interesses espúrios, não se conformariam em permanecer tão somente com o direito de nomear juízes, o que de fato ocorreu, com a manutenção da dualidade da jurisdição ao cabo dos trabalhos da Constituinte.(artigos 63, letra “b” , e 104).<sup>30</sup>

Nos trabalhos da Assembléia foi admitido o mandado de segurança, mudada a denominação do mais alto Tribunal, que passou a se chamar

---

<sup>29</sup> Alcino Salazar, Poder Judiciário – Bases para Reorganização, Forense, 1ª edição, 75.

<sup>30</sup> Afonso Arinos, o.c., 213.

Corte Suprema, e foi afastada a tese da unidade da Magistratura, federalizante de toda a Justiça, ainda que a impor no artigo 7º, inciso I, letra “e”, que os Estados respeitassem as garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público (artigo 81, letra “b”, artigo 63, letra “a”, respectivamente).

Mais importante do que isso, o controle de constitucionalidade foi aperfeiçoado, pois a Corte Suprema passou a examinar as decisões que reconheceram a inconstitucionalidade das normas federais, mas seus efeitos passam a desbordar dos limites da causa, pois o Senado pode suspender qualquer lei ou ato administrativo tidos como inconstitucionais pelo Poder Judiciário (artigo 76, número 2, inciso III, alínea “b” e artigo 91, inciso IV).

A Carta acabou por prever a irredutibilidade dos vencimentos, sujeitos a impostos gerais, mas cuidou de estabelecer uma primeira novidade às restrições conferidas aos magistrados, que mesmo em disponibilidade, sob pena de perda do cargo, não poderiam exercer qualquer outra função pública, salvo o magistério, sendo-lhe vedada, a partir de então, a atividade político-partidária (artigos 64, alínea “c”; 65 e 66).

A partir deste momento já se pode identificar o enquadramento básico da magistratura e da comunidade para garantir a independência e a imparcialidade da justiça brasileira, pois aos predicamentos clássicos se agregou a vedação da atividade político-partidária, sendo que esta não mais foi franqueada aos magistrados.

A segunda novidade foi a de reservar metade dos cargos disponíveis para a promoção pelo critério de merecimento, o que só era previsto em algumas constituições estaduais da época, passando a virar regra que doravante o

presidente do Estado fizesse a escolha de um candidato, tomado em lista tríplice elaborada pelo referido Tribunal (artigo 104, alínea “b” e seu parágrafo terceiro).

Esta novidade foi saudada efusivamente por Aureliano Gusmão, dado que “a promoção por antiguidade esteriliza a vontade, paralisa o estímulo e mata a operosidade intelectual e moral do magistrado”.<sup>31</sup>

O mecanismo se afigurava, ao menos em parte, censurável, na medida em que se conferia ao Executivo do Estado uma liberdade de escolha, na qual poderiam ser levadas em conta, dentre outras características, uma arbitrária análise política das qualidades do candidato, além de representar uma elevada influência do Executivo na composição das Cortes Estaduais.

Em harmonia com tal influência, o Chefe do Executivo passou também a nomear os membros que ingressam pelo quinto constitucional, mecanismo introduzido pela Carta, pelo qual os membros da OAB e do Ministério Público passam a participar do preenchimento das cadeiras nos tribunais, por meio de lista tríplice formada pela Corte Estadual (artigo 104, § 6º).

Ainda no campo do acesso, o constituinte admitiu a recusa da Corte em receber o candidato mais antigo, quando inscrito para a promoção pelo critério da antiguidade, desde que a recusa fosse obtida pelo voto de três quatuor dos membros efetivos, dando nascimento ao princípio de que as Cortes possuem o direito à respectiva formação dos quadros, por meio do chamado “voto de consciência” (artigo 104, § 2º).

---

<sup>31</sup> Alcides de Mendonça Lima, “O Poder Judiciário e a Nova Constituição”, Aide, 1989, 27.

### 1.2.4 – A Constituição de 1937

Como a Carta de 1934 foi feita quase à revelia de Vargas, ele cuidou de outorgar nova constituição um ano antes do término de seu mandato, na qual se buscou fortalecer o chefe do Executivo, tido como a autoridade suprema do Estado, coordenador da atividade dos órgãos representativos de grau superior, incumbido da promoção e a orientação da política legislativa de interesse nacional.

Este caráter centralizador incidiu diretamente no aspecto mais político do Judiciário, pois, pela primeira e única vez da história republicana, ao presidente se admitiu o exame da decisão declaratória da inconstitucionalidade de lei; pois caso ele entendesse que a norma vinha em proveito do interesse nacional, ele poderia submeter a decisão ao Parlamento, para que, por voto de dois terços dos membros, impusesse a manutenção da norma (artigo 96, parágrafo único).

É certo que, ironicamente, esta disposição na prática nunca foi observada, primeiro porque no período de vigência da Carta o Tribunal não declarou a inconstitucionalidade de qualquer lei, segundo porque nunca se reuniu o Parlamento, até porque deixaram de ser feitas eleições para a escolha dos respectivos membros.

Se a inovação acima pairou no âmbito teórico, no campo prático a aposentadoria compulsória, a juízo exclusivo do Governo, fixou-se como

uma ameaça que pairava sobre todos os magistrados, o que, no sentir de Afonso Arinos, leva à idéia de que o Poder Judiciário não tinha nenhuma garantia.

De fato, as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos foram contempladas formalmente no artigo 91; todavia, o perigoso artigo 177, admitiu a aposentadoria ou reforma dos funcionários públicos civis e militares cujo afastamento se impusesse, a critério exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime. pelo prazo de sessenta dias contados da promulgação da Carta,

Todavia, o tal dispositivo foi prorrogado por tempo indeterminado, por meio da Lei Constitucional de nº 2, e passou a se configurar como o mais explícito texto constitucional de arbitrariedade entregue ao Chefe do Executivo, se comparado com todas as Cartas promulgadas desde a Independência do País, pois deixou ao exclusivo alvedrio dele impor a aposentadoria de funcionários, dada a falta de critérios objetivos para tanto.

As conseqüências práticas da regra suscitaram viva discussão na Corte Suprema, a ponto de ser necessária a edição da “Lei Constitucional nº 8” que, a título de precisar a harmonia dentre os Poderes com os predicamentos dos magistrados, estabeleceu que a expressão “funcionários” abrangia os membros do Poder, como servidores que são da Pátria.

Tal artigo só deixou nosso ordenamento com a deposição de Vargas, oportunidade em que se instalou o Governo Provisório sob a direção do presidente do STF, o ministro José Linhares, que logo cuidou de revogar o odioso artigo 177, da Carta de 1937.

Observando mais de perto as regras impostas ao Poder Judiciário, cabe realçar que a análise da indicação dos nomes dos membros do Supremo Tribunal Federal deixou de ficar a cargo do Senado, transferindo-se tal incumbência ao Conselho Federal, órgão formado por um representante de cada Estado e por dez membros nomeados pelo Presidente da República (artigo 55, alínea “a”)

Este controle da nomeação até poderia ser reavivado, pois teria como vantagem afastar a omissiva atuação do Senado, cujos membros são mais centrados nos interesses nacionais. e por isso, sujeitos a menor afinidade com o Chefe do Governo Estadual, que aquele representante por este escolhido e submetido à Assembléia Legislativa (artigo 50).

Em favor de tal sistema, também poderia ser dito que melhor atenderia o princípio republicano, pois compartilharia os interesses da União com os dos Estados-membros, que atualmente consistem na maior clientela dos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade das normas.

Por outro vértice, a Carta extinguiu a Justiça Federal, atribuindo o conhecimento de todas as causas para a Justiça dos Estados, ressalvadas as do Supremo Tribunal Federal, o que também não deixou de configurar uma espécie de descentralização da atividade da União (artigo 107).

De acordo com tal viés, foi criada a Justiça do Trabalho; porém, ao fixá-la na estrutura do Executivo, Getúlio conferiu uma tônica de exceção às garantias constitucionais dos magistrados trabalhistas, o que injustificadamente

ainda se prolonga até nossos dias, como se pode observar pelo artigo 113, da atual Carta (artigo 90 da Carta, e 646 da Consolidação das Leis do Trabalho).

Importante destacar neste período o advento de normas de deveres e direitos processuais, até então disciplinados pelas Ordenações, que ora passam a ser regrados pela Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), e pelos Códigos de Processo Civil e Penal.

O primeiro diploma aponta a inescusabilidade da jurisdição, dever fundamental do magistrado recebido quando da investidura, que não pode delegá-lo, pois a título de ausência de norma específica deve decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A LICC destaca ainda a abordagem interpretativa quando da aplicação da lei, pois deve necessariamente atentar para os fins sociais e as exigências do bem comum.

O Código de Processo Civil de 1939 tinha grande apreço pela vinculação do juiz ao processo, pois aquele que iniciasse a audiência concluiria o julgamento, ainda que transferido, promovido ou aposentado, salvo se o motivo da aposentadoria fosse absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo; sem prejuízo de admitir que no caso de falecimento ou moléstia do magistrado, o substituto pudesse repetir as provas produzidas oralmente.

No caso do juiz de primeiro grau, o vínculo era tão forte que não poderia entrar em férias enquanto pendesse de julgamento uma causa, em que tivesse dirigido a instrução.

A par deste liame, o diploma processual civil ratificava a obrigatoriedade da jurisdição, pois a pretensão de lacuna ou obscuridade não poderia o magistrado se eximir de proferir despachos ou sentenças, os quais teriam de ser motivados, cuidando da direção do processo para que se assegurasse o trâmite rápido, sem prejuízo da defesa dos interessados.

Em termos de responsabilidade pessoal, o magistrado teria de se declarar suspeito; mas, caso a suspeição fosse de natureza íntima, teria de comunicar ao órgão disciplinar competente, ficando sujeito à pena de advertência em caso de omissão ou caso o órgão entendesse pela improcedência dos motivos.

Já a responsabilidade civil do juiz seria possível quando procedesse no exercício das funções com dolo ou fraude, ou ainda quando, sem justo motivo, recusasse, omitisse ou retardasse providências que devia ordenar de ofício ou a requerimento da parte, sendo certo que, no segundo caso, só se poderia considerar configurada a hipótese em caso de notificação ao juiz, feita pelo escrivão da causa.

O Código de Processo Penal seguiu as linhas editadas pouco antes pelo legislador processual civil, pois assinalou caber ao magistrado a tarefa de prover a regularidade do processo e de manter a ordem no curso dos respectivos atos, estipulando regras de impedimento e de suspeição de observância obrigatória, ressalvado no tocante à suspeição, que poderá deixar de ser declarada ou reconhecida quando a parte injuriar o juiz ou, de propósito, der motivos para criá-la.

### 1.2.5 – A Constituição de 1946

A nova Carta explicitou no campo das garantias que a perda do cargo de magistrado se daria apenas por sentença judiciária, e abriu a possibilidade do exercício de função pública de magistério secundário e superior, além daquelas hipóteses previstas na Carta (artigos 95, inciso I; e 96, inciso I).

Criou o Tribunal Federal de Recursos para o reexame das decisões em causas das quais a União ou respectivas autoridades fossem partes interessadas, além de bem vincular a Justiça do Trabalho ao Judiciário, ainda que a persistir no sistema de atribuir o regime de garantias de seus magistrados à normalização infraconstitucional (artigos 104; 94, inciso V e; 122, § 5º, respectivamente).

No âmbito da Justiça Estadual, o ingresso se daria por meio de concurso de provas, com a colaboração da Ordem dos Advogados do Brasil, enquanto que a promoção de entrâncias passou a ser feita alternadamente, por antiguidade e merecimento, a dependerem, tanto o ingresso, quanto a promoção por merecimento, de uma lista tríplice elaborada pelo Tribunal de Justiça (artigo 124, inciso III).

Destaque-se que, para o acesso ao tribunal seria elaborada uma lista composta, curiosamente, de nomes escolhidos dentre os juízes de qualquer entrância (artigo 124, inciso IV).

No critério da antiguidade, o tribunal continuou com a possibilidade de recusar a promoção do magistrado mais antigo, por três quartos dos desembargadores, repetindo-se a votação em relação ao imediato (artigo 124, inciso IV).

Já nesta época podia ser notado o amadurecimento da idéia de que a Magistratura carecia de um Estatuto próprio, no qual existisse a pormenorização de direitos e garantias dos magistrados, bem como seus direitos e deveres, pois é da essência da atividade organizadora dos Poderes a atividade disciplinar sobre os respectivos membros.

O resultado dessa ausência gerou viva polêmica a respeito da condição jurídica do magistrado, que por vezes recebia punição própria da reservada a um servidor público, prevista em estatuto genérico deste e compatível com a falta praticada; para, em outras vezes, receber o gravame máximo, quando identificada uma conduta criminal concebida no Código Penal de 1890, ou mesmo quando passou a ser analisado pelo atual diploma, editado em 1942.

O clássico Themístocles Brandão Cavalcanti deplorava a situação, pois ainda que se reconhecesse serem os laços de subordinação com o Estado variáveis de acordo com a natureza do regime e da função, ele apontou a existência de deveres gerais, inerentes, que mereceram a elaboração de normas e estatutos especiais, criticando o administrativista pátrio que, pelo simples fato de constituir um dos Poderes.

Deste modo, não se poderia deixar de reconhecer nos juízes as características dos funcionários públicos, dado o regime jurídico de sua vida

funcional, segundo uma noção de que as peculiaridades caracterizadoras de seu regime, quando muito, justificariam apenas a elaboração de um Estatuto especial.<sup>32</sup>

Daí poder ser estabelecido um diálogo entre Del Vecchio e Brandão Cavalcanti, na medida em que esse sustentou que ao longo da experiência humana foram criados vários sistemas éticos, com rica variedade, mas com concordâncias notáveis e certa uniformidade de motivos fundamentais.

O mestre brasileiro sustentou ser razoável o aproveitamento de parte majoritária do trabalho correcional, desenvolvido ao longo de nossa história administrativa, nas mais diversas áreas do funcionalismo, para com isso admitir que, antes de serem formulados explicitamente os direitos e deveres afetos aos magistrados, para fins de responsabilidade disciplinar, eles teriam ser submetidos às regras impostas a todos os funcionários.<sup>33</sup>

De fato, naquele período histórico já amadurecera a consciência jurídica de se exigir um estatuto próprio, que só foi efetivamente elaborado com o advento da Lei Orgânica.

Apenas em tal oportunidade é que vieram a ser sacramentados aqueles mesmos deveres, que apenas se adicionaram a outros mais próprios da especial condição de órgão de Poder, o que confirma a idéia de que exista uma positividade dominante na opinião pública, que paulatinamente realiza um movimento de passagem para o campo do Direito das normas.

---

<sup>32</sup> “Tratado de Direito Administrativo”, Freitas Bastos, 1942, volume III, 42, 58/60 e 416.

<sup>33</sup> “Direito, Estado e Filosofia”, Livraria Editora Politécnica Ltda, 1952, 37 e 38 e 43.

A necessidade de uma lei nacional a respeito já se fazia sentir, na medida em que a estrutura do Judiciário é mantida nas esferas de governos federal e estaduais, com independência administrativa entre elas, o que confere um perfil de desarticulação, com abertura de espaço para a existência de tratamento de “dois pesos e duas medidas” decorrente dos aspectos regionais, da maior ou menor proximidade do magistrado da cúpula do respectivo tribunal, ou mesmo da maior ou menor proximidade da cúpula da magistratura nacional, com esperadas sanções injustas abonadas dentro do próprio Poder Judiciário e logo em face de seus magistrados.

Saindo da Magistratura para enveredar pelo aspecto institucional do Judiciário, deve ser observado que a Constituição de 1946 pôs à prova, como poucas, o Supremo Tribunal Federal, que no entendimento de publicistas do quilate de Rui Barbosa, Levi Carneiro, João Mangabeira, entre outros, sempre se mostrou tímido nas grandes crises em que foi chamado a intervir, o que se confirmou no episódio do seqüestro do Presidente Café Filho em 1955, em favor de quem o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil impetrou *habeas corpus* e mandado de segurança.<sup>34</sup>

Em tal oportunidade, relata Afonso Arinos, um dos mais ilustres ministros do Supremo Tribunal chegou a declarar que “não podia afugentar os leões do poder abanando os panos da toga”, o que indignou o constitucionalista, que ponderava não ser problema da Corte enfrentar materialmente o poder, e sim, o de declarar corajosamente o direito, indiferente às conseqüências.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Aliomar Baleeiro e Barbosa Lima Sobrinho “Constituição de 1.946”, Coleção “Constituições Brasileiras”, vol 4, ano 2.001, 2ª edição, 14 a 21 e 33.

<sup>35</sup> Aliomar Baleeiro, o.c., 245

Os últimos anos de vigência da Carta foram profundamente influenciados pelo movimento revolucionário de 1º de abril de 1.964, pois com a tomada do poder pelos militares, inicialmente foi editado o Ato Institucional de nº 1, pelo qual ficaram intocados os princípios republicanos e federativos.

Todavia, como ressalta Osvaldo Trigueiro do Vale, o princípio federativo foi de imediato atacado pelos revolucionários, com o afastamento de governadores e secretários-de-estado, para subjugar-los perante tribunais militares, ao invés do julgamento perante o foro privilegiado previsto constitucionalmente.

Isto deu ensejo à concessão de ordem de *habeas corpus* aos contra-revolucionários por parte do Supremo Tribunal Federal, dado que os militares à época não tinham formado um arcabouço legal para atuarem com tal desinibição.<sup>36</sup>

Instaurado o conflito entre o Executivo-Revolucionário e o Supremo, após muita resistência do então presidente Castello Branco, foi editado o Ato Institucional de nº 2.

O Ato, dentre outras regras, extinguiu os partidos políticos, autorizou a cassação de mandatos, acabou com o foro especial por prerrogativa de função, criou a Justiça Federal de primeiro grau, suspendeu as garantias dos magistrados e aumentou o número de onze para dezesseis ministros do Supremo, quando o artigo 98, da Carta então vigente, só admitia o aumento por proposta da própria Corte.

---

<sup>36</sup> “O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-administrativa”, *Civilização Brasileira*, 1.976, 4, 106, 107, 136 e 138.

O objetivo da última regra seria o de trazer para o Supremo Tribunal Federal pessoas de ideário político mais conservador, pertencentes aos quadros da UDN; mas isto deixou de ocorrer, pois segundo este autor, todos os ministros prosseguiram na defesa das normas vigentes contra os atos de exceção, aprimorando-se com a atuação de jurista do quilate de Aliomar Baleeiro, e com o fortalecimento da capacidade de julgar da Corte, com notável eficiência constatada entre os anos de 1.966 a 1.967.

### **1.2.6 – A Constituição de 1967**

A Carta gerada no regime militar manteve o número de dezesseis ministros do Supremo Tribunal Federal, mas o Presidente Costa Silva cuidou da retomada do número de onze, o que alcançou por meio da aposentadoria punitiva dos Ministros Hermes Lima, Victor Nunes Lima e Evandro Lins e Silva, que teria dado ensejo às aposentadorias voluntárias, e solidárias, dos Ministros Antônio Carlos Lafayette de Andrade e Antônio Gonçalves (artigo 113, *caput*).

O instrumento utilizado pelo Chefe do Executivo foi o Ato Institucional de nº 5, que renovou a suspensão das garantias constitucionais reservadas aos magistrados, bem como afastou a competência do Judiciário, inclusive do STF, do conhecimento das controvérsias que pudessem ser geradas dos atos institucionais, de sorte que ultrapassados os confrontos e afastados os Ministros mais relutantes ao regime, Oscar Vilhena assinala que o Supremo não mais ofereceu resistência ao governo militar.

Esta postura acabou por trazer prejuízo ao papel construtivo que se poderia esperar da Suprema Corte e dos tribunais em geral, pois mesmo depois de superadas as amarras trazidas pelo período de exceção, se observou a mesma postura silenciosa, o que se credita ao elevado nível de continuidade do quadro de pessoal que chegou ao poder no período militar.

De qualquer modo, a Carta Republicana de 1967 é que cuidou de prever um diploma que erigiria a espinha dorsal da Magistratura, concebida pela Emenda Constitucional nº 7, de 13.04.77, a qual apontou para uma lei complementar, que sob a denominação de “Lei Orgânica da Magistratura Nacional” (LOMAN), cuidaria de estabelecer as normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres da magistratura, respeitadas as garantias e proibições previstas naquela Constituição ou dela decorrentes.

Seabra Fagundes foi uma das vozes favoráveis à criação de um Conselho Superior, com a atribuição de amplas funções administrativas em geral, e corregedoras em particular, que seria de real proveito para modificar a dinâmica emperrada e anacrônica da Justiça Brasileira.<sup>37</sup>

Este Conselho foi previsto tão logo entrou em vigor a Carta, mas existiu apenas como uma hipótese, pois saiu da Lei Maior quando foi editada a Emenda Constitucional de nº 1, em 17.10.69; mas veio a ressurgir sob a Emenda Constitucional de nº 7, em 13.04.77; e ganhou fôlego aos ser previsto na Lei Orgânica da Magistratura, editada menos de dois anos depois, na qual foi prestigiado

---

<sup>37</sup> Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, vol I, out-dez, 1.969, 25.

como um dos órgãos do Poder, situado logo abaixo do Supremo Tribunal Federal (Lei Complementar de nº 35, em 14.3.79).

O Conselho tinha a especial atribuição de conhecer as reclamações contra membros de Tribunais, com poder de avocar processos contra juízes de primeiro grau, e capacidade de determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço.

A avocação do processo contra os juízes de primeiro grau ficava condicionada a uma representação fundamentada do Procurador-Geral da República, do Procurador-Geral da Justiça Estadual, concorrentemente com o Conselho Regional ou Seccional da OAB, ofertada até sessenta dias depois da solução final do processo administrativo ou por não ter sido este terminado no prazo de três meses.

Em tal ponto, creio ser possível concluir que a Carta de 1.967 avançou na concepção de um Conselho Nacional da Magistratura, na medida em que ao reservar para este a disciplina dos membros dos tribunais e a avocação dos processos contra juízes de primeira instância, teve o claro intento de evitar o “espírito de corpo” mais fortemente identificado nas cortes estaduais e regionais, cuja falta de punição ou a punição muito severa de seus membros passou a se sujeitar à revisão.

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se pronunciar a respeito do papel reservado ao Conselho Nacional na antiga ordem, ao apontar que este e o Tribunal ao qual o magistrado é vinculado possuíam a

capacidade de aplicar sanções de maneira concorrente, sem exclusividade do primeiro órgão.<sup>38</sup>

De qualquer sorte, a mesma Corte enfatizou que o processo de aplicação da pena disciplinar acaba com a decisão do Tribunal de Justiça, não cabendo recurso ao Conselho Nacional, por não constituir este uma autoridade ou órgão hierarquicamente superior ao que proferiu a decisão.

Deste raciocínio pode ser deduzido que o conhecimento pelo Conselho Nacional da Magistratura dos feitos disciplinares, só cabia quando acolhidas por tal órgão as reclamações ou as representações pela avocação.<sup>39</sup>

Ocorre que o Conselho nunca foi operacionalizado para tais fins; ao inverso, foi tomado como ambiente institucional próprio para reuniões e decisões secretas da Corte, não se podendo negar que a omissão dos ministros permitiu a persistência de um agudo quadro de má gestão administrativa em vários tribunais, aliado a uma sensação de impunidade dos membros de tais tribunais, pois estes deixaram de ter um atuante órgão que pudesse impor sanções ou rever as aplicadas aos magistrados.<sup>40</sup>

A falta de desempenho do papel disciplinar, que seria de grande relevo para o Conselho, acabou por deixar de ser exercido, até que,

---

<sup>38</sup> REsp de nº 58.360/MG

<sup>39</sup> RMS 4132/SP

<sup>40</sup> Pinto Ferreira, “Comentários à Constituição Brasileira”, Saraiva, ano 1989, 185/186.

melancolicamente, o Ministro Celso de Mello externou o entendimento de que o Conselho não mais subsistia à atual ordem.<sup>41</sup>

Se ocorreu a falta de operacionalidade do Conselho, o mesmo não pode ser dito da Lei Orgânica em comento, pois foi prevista para incidir sobre a organização, o funcionamento, a disciplina, as vantagens, os direitos e os deveres da magistratura, com respeito às garantias e proibições previstas na Carta, o que será pormenorizado mais adiante.

Merece destaque na Carta de 1967 o cuidado de abrigar a Justiça Federal, criada em 1ª instância pelo Ato Institucional nº 2, com restabelecimento do princípio da dualidade da Justiça, de modo a afastar os órgãos estaduais dos negócios afetos à União (artigo 118).

A Carta manteve a possibilidade de acesso aos tribunais estaduais, pelo critério do merecimento, de magistrados escolhidos dentre aqueles de qualquer entrância (artigo 113, inciso III).

Outrossim, bem andou a Emenda Constitucional de nº 1/69, ao atribuir a disciplina da eleição dos órgãos dirigentes dos tribunais à lei complementar, pois mediante um quorum qualificado dos representantes do povo, seria possível obter, com o tempo, a solução mais adequada para serem preenchidas as cadeiras dos dirigentes, ao invés de se engessar na própria Carta a competência privativa dos tribunais em prover tais órgãos, como se adotou na Constituição Federal vigente, em prejuízo de uma natural e progressiva solução democrática.

---

<sup>41</sup> Conforme despacho na petição 1.497, contido no Informativo nº 120 do STF, 4, de 24.08.98.

Ainda sob esta Carta foi editado o atual Código de Processo Civil, cujo rol de direitos e deveres processuais apresentou substancial mudança, pois inverteu o critério de vinculação ao processo, atribuindo o liame entre o feito e o magistrado que concluir a audiência, ressalvado se este for convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo ou aposentado, hipóteses em que o substituto poderá repetir todas as provas que achar necessárias (artigo 132).

A obrigatoriedade da jurisdição diante de lacunas ou omissões ficou mantida, cabendo-lhe decidir a lide ainda que na ausência de normas, caso em que utilizará a analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito; com emprego da equidade apenas quando autorizado por lei (artigos 126 e 127).

A direção do processo deixou de ser balizada somente pela mais rápida solução do litígio, para destacar a necessidade de se assegurar às partes igualdade de tratamento, a prevenção ou repressão de qualquer ato contrário à dignidade da justiça e a busca, a qualquer tempo, da solução conciliatória para o desfecho da causa (artigo 125).

A violação ao dever de se abster, nas hipóteses de impedimento e suspeição, passou a admitir que qualquer uma das partes recuse o juiz por meio de exceção, que sendo negada pelo magistrado, mas aceita pelo tribunal, impõe a condenação do juiz ao pagamento de custas, sem mais prever uma prefixação de pena disciplinar (artigos 312 e 314).

O juiz que proceder no exercício das funções com dolo ou fraude, ou ainda quando, sem justo motivo, recusar, omitir, ou retardar providências que devia ordenar de ofício ou a requerimento da parte, se sujeitará a perdas e danos,

ao invés de se falar em responsabilidade civil, que possui espectro muito mais amplo (artigo 133).

Além disso, recebeu poderes-deveres na direção da lide, cabendo-lhe determinar a produção de provas que forem necessárias à instrução, com indeferimento das inúteis e protelatórias; abrir, presidir e realizar a instrução, proferindo sentença tendo em mira o livre convencimento (artigos 130 e 131).

### **1.2.7 – A Constituição de 1988**

A atual Carta deu origem ao Superior Tribunal de Justiça, órgão imbuído do importante papel de sedimentar a interpretação das normas federais em caráter definitivo, com redução das matérias afetas ao Supremo Tribunal Federal, adicionado à herança de parte das matérias pertencentes ao extinto Tribunal Federal de Recursos e do acréscimo de uma pequena parcela dos tribunais estaduais, o que condicionou ainda o surgimento dos Tribunais Regionais Federais, a quem coube a outra parte da herança do Tribunal Federal de Recursos (artigo 104).

O Conselho Nacional de Magistratura foi cancelado do rol de órgãos do Poder Judiciário com o advento da nova Carta, mas de certo modo retornou sob a denominação de Conselho Nacional de Justiça, criado pela Emenda Constitucional de nº 45/04, promulgada em 08.12.04, com incumbência de exercer o controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário, adicionado ao caráter censório do antigo conselho (artigo 103-B, § 4º).

Assim como a ordem constitucional anterior previa a “Lei Orgânica da Magistratura”, a atual condiciona a criação do “Estatuto da Magistratura”, o que revela a insatisfação do constituinte com o regramento gerado sob a anterior Carta Constitucional, sem prejuízo de sedimentar a vitoriosa idéia de se traçar uma espinha dorsal que unifique o Poder Judiciário sob regras válidas aos seus mais diversos órgãos (artigo 93).

Como bem destaca Alcides de Mendonça Lima, ao reverso da Carta anterior, a vigente explicitou a necessidade da edição do “Estatuto da Magistratura”, que possui tal relevo que será editado por meio de lei complementar, de exclusiva iniciativa do Supremo Tribunal Federal.<sup>42</sup>

O constituinte redigiu disposições gerais do Poder, nas quais foram inseridas as garantias e vedações dos magistrados e matérias de ordem global, que tradicionalmente ficavam dispersas no texto.

Conservou, todavia, a disciplina da matéria relativa às garantias e condições de exercício dos juízes do trabalho ao legislador comum, nos termos do artigo 113, seguindo a tradição inaugurada pelo constituinte de 1946, o que se mostra no mínimo inadequado, pois desde a EC 24, de 09.12.99, que a Justiça do Trabalho deixou de ter juízes classistas, mas sim, juízes admitidos mediante concurso, tal como se observa nas outras áreas, de modo que todos os magistrados deveriam ter as respectivas garantias e condições de exercício harmonicamente consagradas no âmbito constitucional.

---

<sup>42</sup> “O Poder Judiciário e a Nova Constituição”, Aide, 1989, 16/19.

A nomeação dos juizes de carreira deixou de ser feita pelos Chefes do Poder Executivo, salvo no acesso para as cortes federais e constitucionais (artigos 109, 116, 124, parágrafo único, e 125, da Constituição Federal).

Merece destaque, no caso da mais alta Corte, que a indicação e nomeação sempre é feita pelo Presidente da República sem maiores restrições, sendo sintomático o fato de nunca ter o Senado Federal rejeitado uma indicação (artigo 101 e respectivo parágrafo único, da CF).

Como o atual sistema foi inspirado no modelo norte-americano, bem que se podia aceitar que o indicado se sujeitasse à condição de candidato em ampla consulta pública, antes de o Senado analisar a indicação, até porque, em tal processo pode existir um desgaste que leve o próprio indicado a retirar sua candidatura, como foi o caso de Douglas Ginsberg em 1987, indicado por Ronald Reagan para ocupar uma cadeira na Suprema Corte, que teve de renunciar à candidatura por conta de notícias de que fumara *marijuana* em várias oportunidades.

A bem da verdade, o presidente americano vale-se normalmente de notícias em que faz divulgar os nomes que pretende indicar, por meio de canais da imprensa, antes de formalizar a indicação, para que deixe de ocorrer o processo de desgaste citado, que, no fim das contas, também atinge o presidente, segundo a idéia de que deixa de fazer boas escolhas.

Voltando para a órbita da magistratura de carreira, as promoções receberam novas regras, tendo o acesso por merecimento passado a ser obrigatório quando o juiz figurar por três vezes consecutivas, ou por cinco alternadas, na lista respectiva; após dois anos de exercício e de ter integrado a quinta parte da

lista, salvo se ninguém em tais condições aceitar o cargo (artigo 93, inciso II, alínea “b”, da Constituição da República).

Em consonância com os princípios da eficiência e da impessoalidade, que aliás animam toda a administração pública, a promoção passou a ser guiada por critérios objetivos de aferição do merecimento, como a presteza e segurança no exercício da jurisdição e freqüência a cursos oficiais de preparação e de aperfeiçoamento (artigo 93, inciso II, alínea “c”, da Constituição da República).

Por seu turno, o critério da antiguidade foi mais aperfeiçoado nesta Carta, por conta da EC 45/04 ter estabelecido a necessidade de se submeter à ampla defesa o óbice ao juiz, ao invés de se dar peso inadequado ao “voto de consciência”, de modo que ora carece de motivação, e de fundar-se no voto da maioria absoluta dos membros da Corte ou do Órgão Especial dela (artigo 93, inciso II, alínea “d”, da Constituição da República).

Os graves motivos que a sustentam, se impedem o exercício da judicatura de segundo grau, logicamente também o impedem de exercer doravante a judicatura de primeiro grau; daí o cabimento da instauração de processo destinado a impor uma aposentadoria compulsória ou a disponibilidade, em proporção à carência evidenciada, caso já não esteja em curso tal processo, pois não se pode confiar o exercício da jurisdição a pessoa desqualificada para tanto, na medida em que as decisões desatinadas afetam terceiros, em qualquer grau de jurisdição em que labore o magistrado que as proferir.

Merece aplausos o fato de o constituinte derivado ter exigido o contraditório e a ampla defesa também nas hipóteses de remoção a pedido ou de permuta, nos termos do artigo 93, inciso VIII-A, da Carta, pois o preterido tem de ter

o direito de saber o motivo da recusa e o de poder manifestar-se a respeito dela, com vistas a influenciar a decisão.

Em várias situações o magistrado pretendente poderá receber um incremento remuneratório, se a Vara for daquelas de difícil provimento, o que implica em receber subsídios correspondentes ao da entrância imediatamente superior, ou ainda quando for cumular as tarefas de Juiz Eleitoral.

Além disso, as condições de trabalho entre a Vara ou Câmara pretendida e a atualmente ocupada podem ser muito distintas, pois, objetivamente falando, podem ser muito diversas em número de processos e de funcionários, na qualidade de vida no município, na localização deste em relação aos grandes centros, na existência de moradia oficial, além da diversidade de matérias da competência do magistrado, inclusive, no primeiro grau, as matérias de original competência federal, como a previdenciária e trabalhista.

Com tais elementos, é difícil deixar de reconhecer uma forte analogia entre a promoção por merecimento e a remoção por tal critério, ou mesmo a permuta, em termos de necessidade de um procedimento adequado para deixar de atender ao candidato mais antigo ou ao interesse do magistrado na troca de posto judicial.

É certo que a atual Carta estipulou que a promoção por merecimento ficaria condicionada à aferição de presteza e de segurança no exercício jurisdicional, o que mereceu uma resolução do Conselho da Justiça Federal, editada em maio de 2005, destinada a criar um método para calcular a produtividade de juiz federal (artigo 93, inciso II, alínea “c”, da Constituição da República).

Por esse método, as decisões dele serão divididas em letras de “A” a “E”, em conformidade com o motivo da extinção, com ou sem julgamento de mérito, levando em conta, ainda, se for repetitiva ou homologatória.

A disciplina é muito boa, mas talvez fosse interessante levar em conta que os magistrados convocados para laborarem junto ao Tribunal, em setores administrativos, em setores de execuções cíveis ou criminais, em juizados especiais, ou ainda no desempenho exclusivo de atividades correcionais, não poderiam contar com o respaldo do critério proposto, graças à enorme disparidade de funções desempenhadas.

De fato, apenas um sistema complexo que afira o número de feitos em cada área de trabalho, dentre os tantos de cada um dos ramos da justiça garantirá a eficiência do controle, considerando a velocidade do trâmite de tal natureza, em uma média relevante de anos, para assim ser apurado o número de magistrados necessários para o desempenho em cada uma das atividades e o quanto se pode exigir em termos médios de cada um deles.

O segundo requisito constitucional para o acesso por merecimento é o de frequência e aproveitamento em cursos reconhecidos como de aperfeiçoamento (artigo 93, inciso II, alínea “c”, da Constituição da República).

Mas também neste campo a evolução é lenta, pois inicialmente estão sendo criados cursos em escolas próprias, para em seguida buscar condições para que aqueles magistrados afastados das unidades também frequentem tais cursos, mediante a criação de cursos no interior ou concessão de dispensas para comparecimento em tais aulas.

Estes cursos ainda não são contabilizados como critério de merecimento, nem tampouco os cursos de pós-graduação mais prestigiados, ministrados em faculdades, até porque ainda há forte controvérsia se a falta de vocação específica destes últimos lhes permitiria o reconhecimento de serem aptos a aperfeiçoar o magistrado.

Isto sem se falar se os cursos forem apartados da grade do Direito, pois a necessidade de um conhecimento multidisciplinar dos magistrados está longe de ser unanimidade entre os órgãos dirigentes.

Enveredando pelo campo das decisões do Poder Judiciário, o constituinte assinalou que todos os julgamentos dos respectivos órgãos serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, ainda que legalmente se aceite a limitação da presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou só a estes, mas apenas nos casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado não prejudique o interesse público à informação, em conformidade com a atual redação do artigo 93, inciso IX, da Lei Maior.

Foi admitida a possibilidade de se atribuir o exercício de atividades jurisdicionais e administrativas ao órgão especial, nos termos do artigo 93, inciso XI, merecendo destaque a regra de que as decisões disciplinares que contemplem atos de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, terão de ser obtidas pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal, ressalvado se tiver sido criado órgão especial, a quem possa ter sido delegada também esta função, nos termos do inciso VIII, deste mesmo artigo.

A inovação de atribuir a decisão dos feitos administrativos disciplinares ao Órgão Especial, feita pela Carta anterior, mereceu ser mantida, por se afigurar mais adequada à prestação da atividade disciplinar, pois existe tribunal com centenas de membros, no qual a simples vista de cada um dos julgadores implicaria em anos de julgamento, com gravíssimo prejuízo da celeridade.

Além disso é relevante anotar que o Órgão Especial se tornou mais heterogêneo, pois passou a ser composto não só pelos membros mais antigos da corte, como ainda por outros votados dentre os demais membros, o que inegavelmente consiste em uma vantagem pelo perfil menos conservador que se espera destes últimos membros (artigo 93, inciso XI).

A autonomia dos tribunais na respectiva formação, administração, e direção poderia ser mais radicalizada pelo constituinte republicano, de modo a admitir que, pelo voto fundamentado de dois terços dos membros do Órgão Especial, fosse recusado o acesso de Desembargador à vaga aberta pelo critério de antiguidade, mas o constituinte derivado não ousou tanto..

Os tribunais possuem direito à recusa de magistrados mais antigos que pretendem o acesso às Cortes para o desempenho de atividades jurisdicionais, bem como podem recusar interessados no ingresso pelo quinto constitucional, pela falta de indicação dos nomes indicados em lista sêxtupla, de modo a ser justificável admitir que o acesso a este elevado órgão administrativo também possa ser passível de recusa (artigo 93, inciso II, alínea “d”; e artigo 94, parágrafo único).

Ainda no âmbito da Constituição Federal, creio ser adequado para as finalidades deste estudo, ressaltar que os tribunais, nos termos do artigo 96, inciso I, alínea “a”, devem elaborar os respectivos regimentos internos condicionados à observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, o que remete com segurança para o artigo 5º, incisos I (igualdade), II (legalidade), XXXV (ampla tutela jurisdicional), XXXVI (direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada), XXXVII (veto a juízos de exceção), XXXIX (não há crime ou pena sem prévia lei definidora), XL (retroatividade benéfica), LIII (respeito ao juiz natural), LIV (devido processo legal), LV (contraditório e ampla defesa), LX (publicidade restringível para defesa da intimidade e do interesse público), LXIX (reparo às ilegalidades por meio de mandado de segurança), LXXI (mandado de injunção), LXII (*habeas data*) e, LXXVIII (a razoável duração do processo e de meios que garantam a celeridade de sua tramitação).

A idéia que deve remanescer é a de que tais normas se entrosam com as normas mencionadas anteriormente, como o julgamento público, as decisões fundamentadas e as decisões administrativas motivadas.

Por fim, o artigo 99, *caput*, da Constituição da República, assegurou a autonomia administrativa ao Judiciário, o que já fazia parte da tradição jurídica brasileira, enquanto o artigo 95, parágrafo único, inciso I, admitiu o magistério de qualquer nível, ao deixar de exigir que fosse o superior.

### **1.2.8 – A Constituição Estadual de 1989**

Como a disciplina dos magistrados estaduais recebe o condicionamento da Carta local, ela será tratada de maneira sucinta, posto que as regras por ela estampadas renovam as sedimentadas na Constituição da República e na Lei Orgânica da Magistratura, ressalvada a eleição do órgão especial.

Desde já merece destaque na Constituição Estadual o artigo 58, no qual se atribui a ato do Presidente do Tribunal de Justiça nomear, promover, remover, aposentar, e colocar em disponibilidade os juízes de sua Jurisdição, ressalvados os órgãos componentes do Conselho Superior da Magistratura.

Tal dispositivo não se choca com o artigo 96, da CF, ao inverso, com ele se harmoniza, ao reservar o prestígio de tais decisões ao órgão mais elevado da respectiva estrutura, notadamente por serem decisões referentes aos fatos de maior importância da vida funcional dos magistrados.

O artigo 64, da Carta Estadual reforça literalmente a Constituição Federal (artigo 93, inciso X), ao estipular a exigência de motivação para as decisões administrativas, que serão tomadas em sessão pública; enquanto que as disciplinares serão tomadas pela maioria absoluta dos votos dos membros do Tribunal ou do seu Órgão Especial; ressalvados os casos de remoção, disponibilidade e aposentadoria, por interesse público, as quais serão tomadas pelo voto de dois terços dos membros, com observância da ampla defesa.

Poderia ser explícito o constituinte, para apontar que as penas disciplinares de advertência e censura devem ser tomadas pela maioria absoluta dos votos, enquanto as demais, pelo voto de dois terços dos membros do Órgão Especial, pois aí ficaria mais evidente o aspecto de que a Lei Orgânica, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça e a Constituição Estadual autorizam o quorum menos qualificado para sanções impostas somente aos magistrados de primeiro grau.

Ainda no campo da disciplina da Magistratura, o artigo 73 cuidou de atribuir ao Tribunal de Justiça o prestígio de órgão superior do Poder Judiciário do Estado, ao qual cabe o exercício da disciplina da Justiça deste Estado, privativamente ou com o Tribunal de Justiça Militar.

O destaque vai para a composição dos membros do Órgão Especial que, pelo artigo 61, parágrafo único, estipulava que os desembargadores concorreriam a metade das cadeiras pelo critério de antiguidade e metade mediante eleição, com votos de todos os Desembargadores e de representantes de todos os juízes vitalícios, mas nunca houve ânimo suficiente para se alterar o Regimento Interno com vistas à implementação da regra.

Diante da inércia, os Deputados Estaduais resolveram modificar o artigo seguinte, relativo à eleição dos membros do Conselho Superior da Magistratura, para atribuir a todos os magistrados vitalícios a capacidade de elegerem os conselheiros, por meio da Emenda Constitucional de nº 7, de 11.03.99; mas tal mudança foi suspensa por decisão liminar do Pleno do STF, promovida pelo Procurador-Geral da República a pedido do Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> ADIN de nº 2012/SP

Os Ministros assinalaram ser da competência privativa dos tribunais a eleição dos órgãos diretivos, tendo ainda o Ministro Sepúlveda Pertence ressaltado que a mudança do critério eleitoral não é tema de organização judiciária afeta à disciplina dos deputados estaduais.

Deste modo, prevalece a redação original da Carta Paulista, qual seja, os membros do Conselho Superior da Magistratura são eleitos dentre os Desembargadores do Órgão Especial.

Por seu turno, o acesso ao Órgão Especial é feito alternadamente pela antiguidade do Desembargador na Corte e eleição pelo Tribunal Pleno, respeitada a representação do quinto constitucional, nos termos do artigo 93, inciso X, da Constituição Federal e artigo 61, parágrafo único, da Constituição Estadual, o que desde já deveria ser observado nas eleições dos tribunais, já que se trata de norma de evidente eficácia plena.

### 1.3 – Conclusões

I – A jurisdição em nosso País evoluiu da condição de apêndice das atividades administrativas, delimitada e fiscalizada por corregedores, com o objetivo de alcançar os interesses do Executivo, para, em processo paulatino de autonomia, alcançar o *status* de efetivo poder político, graças à competência de rever a constitucionalidade das normas editadas, contexto em que a atividade correcional é feita por órgãos próprios, mas em favor dos interesses públicos.

II – As cassações, aposentadorias e remoções compulsórias impostas pelo Executivo em nosso País, tiveram o objetivo comum de reduzir a independência dos magistrados, pois afastam a contestação à dinâmica política pela via judiciária, e como consequência, causa grave prejuízo da liberdade essencial de todos os cidadãos.

III - As características políticas, sociais, religiosas e econômicas dos países da América Latina, não serviram para uma ampla troca de experiências jurídicas entre seus povos, a ponto de uns influenciarem o ordenamento constitucional de outro, pois ressalvado o mandado de segurança, os princípios e normas estrangeiros que ingressam em nosso ordenamento são originários dos países europeus, e dos Estados Unidos, apesar do compromisso brasileiro de buscar a integração com o povos latinos, nos termos do artigo 4º, parágrafo único, da Constituição da República.

IV – O STF não se mostrou firme na defesa das tarefas que lhe são próprias, notadamente nos momentos de crises institucionais, quando se omitiram de atuar até para a manutenção das liberdades públicas, mostrando-se harmoniosa com esta desídia, a falta de interesse pelo controle disciplinar dos magistrados, quando isto lhe foi dado pelo regime de 1964, ocasião em que poderia ter agido de maneira direta nas atividades dos membros dos tribunais e juízes, para o efetivo implemento da Lei Orgânica da Magistratura.

V – O constituinte deveria ter atribuído ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de majorar o número de ministros da Corte, tal como fez nas Cartas de 1934 (artigo 73, § 1º); e 1946 (artigo 98), isto porque, a Corte apresentou significativo ganho de eficiência quando atuou com mais de onze membros.

## **2 – O PERFIL ÉTICO, POLÍTICO-SOCIAL E PSICOLÓGICO DOS MAGISTRADOS.**

## 2.1. – O Perfil Ético.

A abordagem da ética justifica-se pelo simples fato de ela se tratar do estudo dos hábitos, importante elemento de reflexão para os fins deste trabalho, pois é na prática dos juízes que se vai apurar uma produção de decisões ajustadas aos reclamos das partes, da instituição, dos operadores do Direito e de toda sociedade.

A importância do tema é tão atual que chefes do Judiciário de todos os continentes se encontraram em Viena, em novembro de 2005, sob o pálio do Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime, com o objetivo de buscar vias de fortalecimento da integridade, da transparência, da independência e da competência do Judiciário, partindo-se para a gestação de “Princípios da ONU sobre Integridade Judicial”. Este documento pretende estabelecer normas de conduta ética para os juízes, a fim de assegurar a independência e a imparcialidade.

O que se constatou em tal encontro é que a corrupção do Poder Judiciário ameaça, a respectiva independência, imparcialidade, mas, mais que isso, enfraquece a aplicação da lei, compromete o crescimento econômico e a erradicação da pobreza.

Para se enveredar pelo tema, cabe constatar que a noção de Justiça, dentro da Ética, foi desenvolvida há tempos por Aristóteles e ainda é muito forte no mundo ocidental.

À Justiça atribuiu-se não só a reunião de todas as demais virtudes, como também ainda coroou o juiz como a personificação dela, algo que ainda resiste como um mito em diversos lugares.

O aspecto mais importante a ser explorado consiste no fato de o referido autor ter atribuído à Justiça a condição de única dentre as virtudes que pode ser empregada não só nas relações entre o justo e aqueles com quem este se relaciona, mas também entre ele e terceiros em litígio.

Na solução de litígio vai sobressair a idéia deste filósofo, no sentido de que quando a consciência ética domina o Direito, não há contradição entre o justo natural e o justo legal. A isto se poderia acrescentar a noção de que o campo jurídico não é propriamente um fim; ao reverso, constitui-se em um meio a serviço da realização dos valores maiores de uma comunidade.

O estágio civilizatório paulatinamente reclamou a criação de um árbitro profissional, ligado ao Poder Público, em quem se investiu a tarefa de solução das controvérsias dentre semelhantes, tendo por base as normas criadas por aquela comunidade.

A indagação que procede seria a de verificar o perfil de tal árbitro, pois se dentre as pessoas que convivem em comunidade surgem naturais conflitos, razoável é pensar que havendo regras previamente fixadas, alguém terá de ser escolhido como gabaritado para aplicá-las, com o intuito de realizar os valores revelados pela ordem jurídica instaurada.

John Rawls assinala em “Um esboço de um procedimento de decisão para a ética” que, na vida diária, todas as pessoas pensam que certos indivíduos apresentam um grau comparativamente maior que outros de razoabilidade e imparcialidade, duas características essenciais para qualquer árbitro; daí desejarem que estes decidam quaisquer casos em que essas pessoas tenham os interesses em jogo.

Esta competência seria firmada pela posse de uma inteligência normal, com um conhecimento das coisas que o rodeiam, e das conseqüências que as ações freqüentemente causam, aliados a uma capacidade de avaliar, por meio de uma experiência imaginativa, aquelas experiências e conseqüências que não vivenciou; a par de uma razoabilidade que reuniria características como disposição para encontrar razões em favor desta ou daquela, dentre as possíveis linhas de conduta de que dispõe, com mente aberta a ponto de que, tendo opinião formada a respeito de algo, se dispõe a reconsiderá-la à luz de outras provas ou razões que se podem apresentar durante uma discussão.

Claro que além das qualidades pessoais do árbitro, o desenvolvimento do proceder pressupõe condições, como que o juiz seja imune a conseqüências razoavelmente previsíveis do juízo que emitirá, como ser castigado por decidir o caso de um modo ao invés de outro.

Se é deplorável que possa ser punido por deliberar de um modo ao invés de outro, deve se buscar manter a integridade do juiz, pois, na medida do possível, ele também não deve estar em situação de poder obter um ganho imediato ou pessoal por conta da decisão; o que, em outros termos, reconhece que

devam ser impostas estas condições, por ser notório que o temor e a parcialidade obstruam a determinação da justiça.

Entre outras condições requer-se que o juiz tenha feito uma cuidadosa investigação sobre os problemas em questão e que os afetados tenham tido a oportunidade de expor a forma de ver o caso, pois, sem se conhecerem os fatos de maior relevo, só casualmente se pode esperar uma decisão justa.

Após expor os elementos pessoal e institucional, o autor ainda pondera acerca da necessidade de fundamentos para o exercício de tal atividade, e, sobre tal aspecto, propõe a idéia de que talvez a meta principal da ética seja a formulação de princípios justificáveis, que possam empregar-se em casos nos quais existam conflitos de interesses, para determinar a qual deles tenha de se dar preferência.<sup>44</sup>

Esta abordagem genérica do tema diz muito com a busca de um ideal de magistrado e, necessariamente, passa pelo modo como o Estado faz a escolha de cada árbitro, dentre tantos que a tal função aspiram, adicionado ao aparato de direitos e deveres da carreira que se organizou para operacionalizar a Justiça.

Em tal caminho abre-se até espaço para a discussão da necessidade de se editar um “Código de Ética da Magistratura”, para suprir o espaço entre as regras de maior generalidade ditadas pelas constituições, pela Lei Orgânica da Magistratura e pelos códigos processuais, em contraste com as condições de vida e de trabalho do magistrado, inseridos na dinâmica de vida social.

---

<sup>44</sup> “Justicia como equidad” – Materiales para una teoria de la justicia, Editorial Tecnos S.A., 1986, 02/09.

## **2.1.1. - A escolha dos magistrados.**

### **2.1.1.1. A escolha nos Tribunais Superiores.**

O processo de escolha dos magistrados originariamente constituía um dos atributos do Monarca, com o claro inconveniente de a escolha recair sobre pessoa com ele identificada, sem quaisquer maiores qualidades passíveis de aferição racional para se avaliar a capacidade de arbitrar os conflitos surgidos na comunidade.

O vínculo também faz surgir um dever de gratidão para com o Monarca, pois tendo o magistrado recebido como que uma sinecura, não teria a audácia de atuar com independência, posto que a qualquer momento poderia ser apeado do cargo.

Ainda hoje existem em nosso País resquícios de tal “liberdade” de escolha de magistrados, principalmente quanto aos ministros dos tribunais superiores, que constituem a cúpula das magistraturas; mas aí se fala em colaboração dos Poderes e procura-se garantir a isenção com as garantias que cercam os magistrados, em especial a vitaliciedade, que garante o ministro contra o desligamento arbitrário.

A bem da verdade, o Senado Federal concorre com a vontade presidencial, e tem adotado uma postura de simples prestígio da escolha do Chefe do Executivo: pois, ressalvados reparos nas sabatinas do indicado, limitado a menos de uma dezena de votos contrários, o Legislativo sempre aquiesceu com o selecionado pelo Presidente da República, dando-se como sacramentada a escolha e evitando-se desgaste perante um futuro e certo Ministro da Corte (artigo 101, parágrafo único).

O sistema adotado merece aperfeiçoamento, pois a livre escolha do Presidente da República estimula a nomeação de Ministros com perfil político afinado com o próprio, de sorte que a cada eleição do Chefe do Executivo já se faz uma estimativa de quantos ministros irá escolher.

Não é ousado concluir por grave perda da imparcialidade, ainda mais quando são escolhidos Ministros de Estado, que até então compartilhavam as ações de governo com o Presidente, são parentes, ou amigos íntimos, que ora podem vir a julgá-los em crimes penais comuns ou até a presidir o processo político de *impeachment*, sendo este um quadro que infelizmente diz muito de perto a todos os países da América Latina.<sup>45</sup>

Outro elemento que concorreria para a melhor busca da imparcialidade seria a de mandatos temporários longos, como o sistema existente nas paradigmáticas Cartas Espanhola e Lusa, que estipularam o mandato de nove anos (artigo 159, número 3; e artigo 222, número 3, respectivamente).

---

<sup>45</sup> Ernesto Garzón Valdéz, “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”, en “La función judicial”, Gedisa Editorial, Barcelona, 2003, 132/133.

Na mesma obra, Jorge F. Malem Senã assinala que na Argentina governada por Carlos Menem, a Corte Suprema caiu em descrédito quando para esta ele nomeou Julio Nazareno, cujo único mérito era o de ter sido ex-sócio de Menem, assim como Moliné O'Connor, cujo único mérito era o de ser dirigente da Associação Argentina de Tênis, “La vida privada de los jueces”, 174/175

A escolha dos magistrados seria mais facilmente realizada dentre todos os profissionais passíveis de escolha, como juristas mais destacados no meio acadêmico ou no campo da advocacia, que, cientes de que não assumiam um compromisso vitalício - que é da tradição das cortes superiores e um traço próprio da magistratura - seriam mais facilmente captados diante da idéia de um serviço cívico relevante, de um intervalo sabático das respectivas funções, de uma rara experiência profissional e da consciência de que estariam concorrendo para o aprimoramento da Corte Superior.

Isto certamente traria uma enriquecedora troca de experiências dentre os membros, com acolhimento de gerações de bons operadores do Direito, que circunstancialmente deixam de envergar a toga, por conta da falta de aposentadorias no devido tempo.

Além disso, é bem provável que prevaleça a consciência de que devem realizar os respectivos trabalhos em um prazo limitado, se possível coincidente com o respectivo mandato, reduzindo drasticamente os períodos de vista sem prazo para a emissão do voto. É quase certo que tal postura passe a predominar, pois, por analogia, encontramos mandatos judiciais limitados no tempo, como dos órgãos da Justiça Eleitoral, em que seus membros se desdobram para julgarem todos os conflitos apresentados durante o mandato.

Também se pode traçar um paralelo com outro órgão jurisdicional, o Conselho Nacional de Justiça, cujos primeiros membros colocaram perante os meios de comunicação, como uma idéia central do serviço que desenvolveriam, o intento de deliberarem a respeito dos temas que lhes forem apresentados, dentro do período de mandato para o qual foram indicados.

Politicamente, também seria da maior conveniência tal sistema, pois, como ficou bem evidenciado na experiência norte-americana, uma Corte Suprema de perfil mais conservador deixa de acompanhar o dinamismo social e dá causa a um conflito entre os Poderes, como na época da “Grande Depressão”. Conflito este que de fato só se justifica quando alguém ultrapassa os limites constitucionais que lhe foram atribuídos, pois a melhor idéia em tal órbita de relações é a de que os Poderes conservem uma relação colaborativa entre eles e não, de hipotética independência.

Encarece evidenciar que na América Latina os mandatos temporários, dos magistrados da Corte Constitucional, vem ganhando corpo e se espera que se firme como tendência, tal como ocorreu por meio das constituições de países como a Colômbia (artigo 233), Costa Rica (artigo 158), Guatemala (artigo 208), Honduras (artigo 305), México (artigo 94), Nicarágua (artigo 163) e Uruguai (artigo 237).

Mais interessante ainda seria aprimorar a experiência da Carta de 1937, em que a escolha dos candidatos era feita por um colegiado.

Este colegiado melhor seria composto por representantes dos três Poderes, com preliminar admissão de uma consulta pública acerca das qualificações daqueles que pretendem ocupar o cargo, cuja ocupação seria feita alternadamente por candidatos oriundos da magistratura e por candidatos propostos pelos demais Poderes, dando origem a um órgão de composição paritária semelhante aos congêneres espanhol e português (artigo 159, número 2; e 222, número 2) .

O esquema assim proposto seria mais consentâneo com a democratização da esfera judiciária, sem perder a especial técnica que os tempos modernos justificaram para identificar árbitros profissionais disciplinados sob a forma de uma carreira. Aliás, foi a solução apontada pela vigente Constituição Portuguesa (artigo 222, número 2).

Desta forma o STF teria metade dos cargos, mais um, oriundos das diversas magistraturas, e metade oriunda das demais carreiras jurídicas, em especial a acadêmica, que com a magistratura temporária peculiar da Alta Corte passaria a ter um atrativo a mais para o ingresso deste perfil profissional.

No STJ, persistiria um terço da magistratura estadual, um terço da magistratura federal e um terço do Ministério Público e da Advocacia, enquanto nos demais tribunais persistiriam os ingressos pelo sistema do quinto constitucional, salvo no STM, dada a peculiaridade de suas funções, até chegar à magistratura de carreira, cujo recrutamento é feito pelo impessoal e republicano método do concurso público.

#### **2.1.1.2. A escolha pelo quinto constitucional.**

Descendo dos tribunais superiores para os regionais e estaduais, o sistema de escolha por colegiado também seria interessante adotar para o sistema de escolha por colegiado para o preenchimento dos cargos do quinto

constitucional, apenas com a diferença de que os candidatos seriam indicados pelas respectivas instituições, em lista sêxtupla e, ao invés de serem afastados ao menos três pelos respectivos tribunais, passariam pela depurativa consulta pública, até se submeterem à escolha pelo colegiado.

A escolha deveria ter uma preocupação com o nepotismo indireto, prejudicial à comunicação do Poder Judiciário com a sociedade, cuja maior vantagem consiste no ingresso de profissionais não socializados na magistratura de primeiro grau. Daí ser interessante que se estendesse o impedimento de ingresso daqueles que são filhos, netos, pais ou sobrinhos de outros magistrados, pois tal vínculo de parentesco já alcança a elevada cifra de 46% dos admitidos, ainda mais se comparado ao recrutamento, endógeno que alcança uma média de 26%.<sup>46</sup>

### **2.1.1.3. A escolha dos magistrados de primeiro grau.**

Finalmente, no plano inicial das magistraturas de carreira, o recrutamento merece continuar a ser feito apenas pelo Judiciário, com incumbência do próprio tribunal proceder ao concurso de provas e títulos, nomeando comissão formada por magistrados da própria Corte e advogado indicado pela OAB (artigo 78, *caput*, da LOMAN).

---

<sup>46</sup> “Corpo e Alma da Magistratura”, Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos; Revan, 3ª edição, 230.

Os candidatos devem contar com o bacharelado em Direito, experiência em atividade jurídica mínima de três anos e idade inferior a 65 anos (artigo 93, inciso I; e artigo 101, *caput*, ambos da Constituição Federal).

O requisito constitucional de desempenho de três anos de atividade jurídica foi disciplinado pelo Conselho Nacional de Justiça, que editou resolução destinada a fixar o entendimento desse requisito.

O Conselho deliberou que deve ser entendido como o exercício de cargos, empregos e funções que exijam a utilização preponderante do conhecimento jurídico, ou mesmo a aprovação em cursos de pós-graduação reconhecidos pelo Ministério da Educação ou pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, computados a partir da colação de grau do candidato.

O requisito deverá ser demonstrado no momento em que o candidato se inscreve para o concurso e não, quando for tomar posse, não mais se aplicando à magistratura de carreira o entendimento jurisprudencial a respeito do tema, sedimentado neste último sentido por meio da Súmula nº 266, editada pelo Superior Tribunal de Justiça, dado que quando o Conselho atua em atividade regulamentar própria, suas decisões são passíveis de revisão apenas pelo Supremo Tribunal Federal.

O processo de seleção inicia-se normalmente por uma prova feita com testes de múltipla escolha, que permite afastar mais rapidamente os candidatos que se apresentem despidos do mínimo de conhecimentos necessários para a função; seguindo-se uma prova escrita, para verificar como os conhecimentos são empregados em situações de maior complexidade, obtendo-se uma noção do

modo como o candidato se expressa por meio da linguagem escrita; até o coroamento por meio de uma prova oral, que une conhecimento teórico, prático, modo de expressão oral, postura e autocontrole, todos essenciais para uma boa atuação na carreira.

Após a prova oral é feita uma entrevista, em que a comissão do concurso e o candidato são reunidos, para apurar detalhes de todas as informações que foram colhidas a respeito do candidato, junto às instituições de ensino que cursou, empregadores, cartórios cíveis, criminais, extrajudiciais, policiais, instituições financeiras, serviço militar, Fisco, amigos, vizinhos, clientes, familiares, professores universitários, magistrados e tantas outras referências que se mostrarem úteis (artigo 78, § 2º, da LOMAN).

Em tal etapa não mais se têm em mira as condições intelectuais e o conhecimento jurídico, pois estes afloraram durante o processo em que se desenvolveu o concurso, mas há neste contato pessoal um vínculo destinado a prever se o candidato atuaria com razoabilidade e imparcialidade.

Este processo apresenta sérias falhas, não só por afastar talentos que se destacam posteriormente em outras carreiras jurídicas, como ainda por acolher magistrados despidos do mais elevado coeficiente moral exigido dentre as carreiras do Estado.

A especialidade da função sensibilizou o constituinte, a ponto de prever a existência de curso preparatório à carreira, a elevar ao pavimento mais alto a faculdade existente no artigo 78, § 1º, da Lei Orgânica da Magistratura, no sentido de que a lei pode exigir dos candidatos, para a simples inscrição no concurso, título de habilitação em curso oficial de preparação para a magistratura (artigo 93, inciso IV, da CF).

Sálvio de Figueiredo Teixeira organizou obra específica sobre o tema da seleção e formação do magistrado, não só em nosso País, mas também com abordagens específicas de experiências realizadas no Alemanha, Canadá, Espanha, Estados Unidos, França, Holanda e Japão, denominada “O Juiz”.

Na obra relata-se existir, a título de curso preparatório, uma experiência na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, em que um estágio dos bacharéis nas atividades da Escola da Magistratura se constitui em etapa obrigatória do próprio concurso.<sup>47</sup>

O motivo de não terem proliferado cursos oficiais preparatórios constitui-se em uma falha de caráter político, pois sempre se relegou a importância deles na distribuição dos recursos orçamentários dos tribunais, até sob a idéia de que isto se constituía uma faculdade entregue ao discricionário entendimento da direção das cortes, de modo a se aguardar que a efetiva implementação só ocorra quando estiver em vigor o Estatuto da Magistratura.

O projeto da lei complementar destinado a editar o Estatuto originalmente previa um “Centro Nacional de Estudos Judiciários” que, funcionando sob a direção do STF, cuidaria de fixar as diretrizes básicas para a formação dos juízes, com a incumbência de registrar escolas e cursos de preparação e aperfeiçoamento de magistrados, devidamente reconhecidos.

---

<sup>47</sup> “O Juiz, Seleção e Formação do Magistrado no Mundo Contemporâneo”, Editora Del Rey, 47, 1999.

Além disso, o “Centro Nacional” se incumbiria de fixar as diretrizes básicas relativas á duração dos cursos, disciplinas obrigatórias, carga horária mínima, qualificação do pessoal docente, percentual de frequência e critérios de aproveitamento.

O constituinte derivado entendeu inserir a “Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados” junto à estrutura do Superior Tribunal de Justiça, mas como isto não dispensa o regramento lançado em termos do “Centro Nacional”, acredita-se que muito pouco destas diretrizes do curso preparatório será modificado quando da reapresentação do projeto do “Estatuto da Magistratura”; isto porque, o projeto retornou ao STF, mas apenas para a Corte adaptá-lo ao texto aprovado da Emenda Constitucional de nº 45/04.

Os objetivos das escolas preparatórias devem ser ambiciosos, pois não se limitam à melhor seleção, mas também ao melhor preparo do candidato à liturgia do cargo, pois tão logo o magistrado é investido da função, o Estado acaba por confiar a neófitos a análise dos direitos dos cidadãos.

Assim decisões de magistrados inexperientes podem gerar verdadeiros desastres, com possibilidade de causar danos irreparáveis aos afetados e a conseqüente insegurança do público quanto à capacidade de se fazer Justiça.

Esta condicionante adiciona-se ao fato notório da dificuldade de se selecionar os juízes, por conta de deficiências claras do curso de bacharelado, o que tem de ser suprido com especial ênfase em uma deontologia da magistratura, que nunca foi a vocação dos cursos de estágio das faculdades, que se destinam a habilitar mais propriamente rábulas do que advogados, quanto mais delegados, juízes, promotores e tabeliães, como é próprio do sistema germânico de formação profissional; o que hoje se observa em tais cursos é a singular priorização nas tarefas de confeccionar peças que podem ser solicitadas no exame da OAB.

É de suma importância que se compartilhe não só este espaço acadêmico com as carreiras públicas, como ainda se fixem currículos mínimos para que, ao menos parte dos inúmeros cursos preparatórios particulares, possam ser tomados como oficiais, de sorte a possibilitar um maior número de cursos espalhados por todo o País, quem sabe em um número próximo ao das faculdades de Direito.

Provavelmente esta linha de trabalho permitirá uma maior democratização do acesso aos cargos públicos, um aperfeiçoamento dos bacharéis, bem como incentivará um melhor entendimento entre as atividades jurídicas.

Ainda mais se forem desenvolvidas dinâmicas de grupo, em que os alunos simulem audiências nas quais sejam aplicados não só o aprendizado das aulas, como também um rodízio dos papéis; de modo que aquele aluno que foi juiz em um exercício, será testemunha em outro; o que foi advogado, escrevente; o que foi promotor, réu.

Deste modo ficará mais compreensível a postura de cada um dos envolvidos com as atividades jurídicas, sejam os habituais, sejam os eventuais, de sorte a se obter uma boa vontade face àqueles que circunstancialmente foram chamados a Juízo, as testemunhas e os réus, que em geral têm alguma noção vinda do cinema americano que, pelo menos no aspecto da condensação de provas, possui importantes diferenças do sistema jurídico nacional.

Edgar de Moura Bittencourt propôs um maior convívio do candidato com antigos magistrados e advogados no estágio preparatório; isto

acarretaria uma dupla vantagem: a de receberem os aprendizes uma exata assimilação da deontologia da função, enquanto que os preparadores poderiam apurar o real valor humano dos pretendentes ao cargo, o que, de fato, seria mais importante e perene que o momentâneo conhecimento jurídico.<sup>48</sup>

Dalmo de Abreu Dallari relata que, a partir da década de setenta, se passou a conceber cursos preparatórios para a magistratura, tendo sido criado em São Paulo um curso pelo Desembargador aposentado João Batista de Arruda Sampaio, contando com o apoio do Instituto dos Advogados deste Estado.

O curso enfatizava muito o aspecto ético da atividade do juiz, e incluía disciplinas que valorizavam não só o conhecimento de noções básicas de Direito, mas também outros relacionados com os comportamentos humanos.

Como complemento obrigatório do curso, havia uma entrevista com o próprio desembargador, que procurava avaliar em que medida o candidato se mostrava bem informado a respeito das atividades da magistratura, de suas peculiaridades e responsabilidades, indagando até que ponto a decisão de ingressar na magistratura decorria de madura reflexão.<sup>49</sup>

A pioneira edição do curso certamente semeou o campo para que na Lei Orgânica da Magistratura, editada ao final daquela década, fosse deferida a possibilidade de se atribuir como requisito de inscrição ao concurso, o título de habilitação em curso oficial de preparação; dando tal relevo às atividades deste, que

---

<sup>48</sup> “O Juiz, Carreira, Função e Personalidade do Magistrado no Mundo Contemporâneo”, Edição Universitária de Direito, 63, 1982.

cuidou de apontar que os docentes em tais cursos não contabilizariam este magistério para fins constitucionais (artigo 78, § 1º; e artigo 26, § 2º).

Mas o que vicejou foram os cursos preparatórios com conteúdo de revisão das matérias constantes do currículo escolar, dedicadas a preencher as lacunas de conhecimento, observadas como consequência do baixo nível de ensino ministrado nas faculdades.

Bittencourt ainda destacou um elemento muito importante para o sucesso dos cursos preparatórios, qual seja, a dotação de bolsas de estudo, sobretudo aos pretendentes menos abonados.

Sem a bolsa não há como se realizar o ideal republicano, nem tampouco isonômico, pois como Sálvio de Figueiredo bem defendeu, não é desejável a busca de um único modelo de magistrado em nosso País. Mas dificilmente isto será alcançado na ausência de bolsas de estudos, pois só pode dispensá-las o jovem recém-saído da faculdade, sem compromissos maiores com outra carreira jurídica, e cujos pais possam custear a manutenção do candidato enquanto ele se dedica aos estudos.

Outro importante aspecto a se considerar diz respeito à unicidade do curso preparatório para todas as magistraturas, em que haveria melhor acerto caso a oficialização dos cursos seguisse critérios de formação apropriados para o acesso às carreiras estadual, federal, militar e trabalhista, com ênfase nos critérios que as unem.

---

<sup>49</sup> “Unidade do Sistema Jurídico e Identidade Latino-Americana”, obra editada pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, ano 1997, 60/61.

Em nome de valores como economia de recursos e de maior congraçamento das magistraturas, seria recomendável que se certificasse o aproveitamento no curso preparatório, mas que no próprio curso os interessados tivessem acesso a aulas de matérias que digam respeito às respectivas áreas de interesse, pois em tais matérias serão mais especificamente indagadas nos respectivos concursos.

O candidato aproveitaria o tempo para obter os ensinamentos necessários para ingressar em qualquer carreira da magistratura, a par de aulas próprias para a preparação do concurso que inicialmente deseja prestar, sem prejuízo de estar habilitado para se submeter aos demais concursos que forem abertos.

A abertura dos concursos ainda persiste em ser uma decisão que diz respeito aos órgãos diretivos de cada tribunal e o condicionamento do candidato a um determinado concurso seria inconveniente ao interesse público, que em última análise é o de contar com os melhores árbitros.

A clara restrição a tal modelo seria o perfil de cada uma das magistraturas, pois a Justiça Militar só se projeta sobre a matéria penal e administrativa; a Justiça Comum tem todas as áreas, ressalvado o Direito Internacional, com grande peso em ampla matéria penal; a Justiça do Trabalho nada teria de matéria penal, enquanto a Federal teria esta mas não, o Direito Falimentar, nem o Direito de Família e Sucessões.

O perfil etário de alunos também é muito diverso, pois enquanto a Justiça Federal e a Trabalhista contam com magistratura expressivamente

mais jovem, a Estadual e a Militar, em especial esta, contam, na média, com expressivo contingente na faixa de trinta e um a quarenta anos.<sup>50</sup>

Espera-se que a escola nacional, ao fixar as diretrizes básicas para a formação dos juízes, faça a opção por um curso que privilegie os aspectos éticos e técnicos da atividade, que sejam próprios de toda a magistratura, ao invés de dilatar espaço ao suprimento da formação universitária, que poderá continuar a ser feito em escolas privadas.

Esta formação genérica servirá de lastro para uma maior unidade da magistratura, sendo certo que dentro desta opção pela generalidade, muito útil será a previsão de atividades que melhorarão a óptica institucional da atividade.

Assim se faz na *Grande École* (Grande Escola) francesa, em que são visitados museus, se assiste a peças de teatro ou a filmes de cinema, além de visitas a instituições policiais, ao Ministério Público, Cartórios extrajudiciais, creches, entidades de abrigo e a entidades privadas ou governamentais que se mostrem úteis para a abertura de um respeitoso e colaborativo relacionamento do futuro magistrado.

Para que aqueles que torcem o nariz para as atividades culturais, pode se afirmar que a par de enriquecerem o ser humano em geral, ao magistrado em particular, permitem deter-se em outras formas de comunicação, pois nas artes plásticas muito comumente se enfatizam características próprias dos seres humanos, como a bondade, a malícia, a humildade, a vaidade, a generosidade, a

---

<sup>50</sup> Werneck Vianna, o.c., 64/65.

avareza, que serão muito úteis nas causas criminais, cíveis, trabalhistas, e em especial, nas de família.

As artes cênicas também são muito úteis para melhor avaliar a vítima chorosa, constrangida, revoltada, hesitante; o réu contraditório, raivoso, desequilibrado, arrependido, inconsistente; a testemunha segura, inventiva, sugestionável, atenta ou vingativa; até mesmo o perito inseguro, minucioso, judicioso ou mendaz.

O legislador processual civil foi prudente em manter um vínculo entre o magistrado que colheu a prova em audiência e o dever de prolatar a sentença, pois as avaliações feitas pelo magistrado no momento da produção da prova por vezes são fundamentais para se formar um juízo neste ou naquele sentido.

É bem verdade que não se pode negar que a ausência de uma *Grande École* do modelo francês, cujo modelo de juvenilização já resultou como idade média de ingresso a de 25,5 anos, trouxe ao Brasil o enriquecimento de experiências de promotores, defensores públicos, delegados, procuradores e advogados, que saíram das respectivas trajetórias profissionais, a qualquer tempo, para se submeterem ao recrutamento mediante concurso, o que certamente deixará de ocorrer, salvo se todos eles tiverem o cuidado de obter a prévia habilitação (Werneck Vianna, o.c. 65/66).

Tal realidade é que permitiu o alcance de uma idade média de ingresso da ordem de 33 anos de idade, sendo certo que todos estes e os admitidos lateralmente pelo quinto constitucional é que dão ensejo a uma magistratura com uma

composição plural, com perspectivas doutrinárias e opções valorativas próprias, por conta da socialização ocorrida no ambiente externo da magistratura.

Note-se que o modelo francês é vocacionado para a admissão de jovens, pois só podem ser admitidos na escola aqueles que tenham, no máximo, vinte e sete anos de idade; mas este recrutamento juvenil apresenta válvulas de segurança aos erros dos noviços, pois o curso se desenvolve por um total de dois anos e sete meses, e os cinco últimos meses são dedicados a estágios em diversas áreas de jurisdição, nas quais os futuros magistrados decidem sob a supervisão e orientação dos futuros colegas

#### **2.1.1.4 - Requisitos comuns de ingresso a todos os cargos de magistratura.**

O primeiro requisito é a reputação ilibada para os Ministros do STF, STJ e STM, qual seja, uma reputação sem quaisquer máculas, o que certamente pode ser melhor alcançado na hipótese de se adotar o sistema de candidatura dos interessados, pois pelo depurado processo de análise pública será possível efetivamente aquilatar se o candidato possui este requisito (artigos 101, *caput*; 104, *caput*; e 123, parágrafo único, inciso I; todos da Constituição Federal).

Para os cargos de Ministro do TSE e juiz do TRE, o constituinte exigiu a idoneidade moral, podendo-se dizer que tal expressão possui menor densidade que a anterior, pois a idoneidade diz mais respeito à aptidão e capacidade de bons costumes (artigo 119, inciso II; e artigo 120, inciso III; ambos da Constituição Federal).

Em tal conceito pode aceitar-se que a pessoa tenha cometido alguma ou algumas condutas reprováveis, desde que isto não se trate de um hábito, nem tenha tido conseqüências de ordem criminal, pois já se estaria a ultrapassar o requisito mínimo admissível para o exercício de cargos de tal envergadura.

A graduação do conceito mais compreensivo para o mais rígido tem sido observada no preenchimento dos cargos da magistratura, pois assim como o requisito se tornou mais rígido em face dos Ministros do STM, que na LOMAN careciam de idoneidade moral e o constituinte passou a lhes exigir ilibada reputação, o mesmo se deu com o ingresso pelo quinto constitucional junto à Corte Paulista, por previsão na Constituição Estadual (artigo 123, parágrafo único, inciso I; da Constituição Federal; artigo 6º, e 100, ambos da LC 35/66; e artigo 63, *caput*, da Constituição do Estado de São Paulo).

A nota destoante de tal tendência ocorreu com os juízes federais de primeira instância, que inicialmente recebiam a exigência da ilibada reputação; mas que passaram a ter como exigência de ingresso a idoneidade moral com o advento da LOMAN. Mas isto não deve causar maiores sobressaltos, pois o legislador complementar apenas buscou coerência na estipulação do requisito de ingresso a todos os cargos de primeira grau da magistratura (artigo 19, § 1º, alínea “b”, da Lei 5.010, de 30.5.66; e artigo 5º, da Lei Complementar de nº 35, de 14.3.79).

O ingresso no segundo grau exige apuro ético, que tem merecido dispensa de exame quanto aos quadros oriundos da carreira da Magistratura e do Ministério Público, muito por conta da confiança de que os meios de controle existentes em tais carreiras têm cuidado na manutenção de tal apuro ético.

A exigência de apuro ético do advogado recebe tratamento diferenciado, talvez porque a respectiva seara privada não receba exame em caráter permanente pelos órgãos correccionais da OAB, que dão atenção sobre outros aspectos da ética profissional, próprios da atividade profissional desenvolvida, de sorte que para mais amplo exame da conduta ilibada deste, seria o caso de também se publicar o nome dos candidatos antes de serem levados à apreciação do proposto colegiado.

Já no caso dos candidatos aos cargos iniciais da carreira, a reputação ilibada poderia ser explicitada já na fase de inscrição dos interessados no curso preparatório, mediante a publicação em diário oficial do nome deles.

A inscrição seria aceita após o decurso de prazo razoável para a análise das impugnações feitas, o que seria salutar ante a economia de toda a sorte de recursos que seriam desperdiçados, por conta de um candidato que oportunamente teria de ser afastado do certame.

A oportunidade de manifestação pública poderia também ser feita na fase imediatamente anterior ao exame oral, até para se abarcarem as atividades desabonadoras que tenham ocorrido entre a inscrição do curso e o exame final de admissão.

Esta consulta pública terá provavelmente pouquíssimas conseqüências práticas, ainda que com um pouco mais de divulgação que os proclamas de casamento; mas isto causará temor ao candidato, que poderá ser

sancionado com o dever de restituir o valor de eventual bolsa de estudos ou arcar com multa de valor previamente estabelecido, na hipótese de ocultar fato desabonador relevante à Comissão do Concurso.

Esta abertura das fontes de informações sobre os antecedentes dos candidatos é importante, pois o conhecimento dos antecedentes permite afastar, de imediato, aquele que já demonstrou fraqueza de caráter, ou evidenciou dificuldade no controle de impulsos socialmente nocivos, pois traz séria dúvida a respeito da capacidade de atuarem com independência e imparcialidade nas causas que lhes forem distribuídas.

Além da questão ética, todos os candidatos a cargos do Judiciário devem apresentar atestado de saúde firmado por médico, pois a Magistratura deve ser exercida por pessoas sadias; e é notório que pessoas enfermas não conseguem exercê-la na inteireza, dando causa a atrasos nos vários graus de jurisdição e a prejuízos econômicos para o Poder Público e para as partes afetadas.

Ampliando o tema de saúde, não custa enfatizar que ao magistrado compete velar pela rápida solução do litígio, o que não se pode alcançar com pessoas que, antes mesmo do ingresso, demonstrem ter condição enfermiça.

Isto sem prejuízo de exames psicológicos, que poderiam ser exigidos junto com os exames médicos de admissão. Se estes últimos são cabíveis até mesmo para aqueles servidores públicos mais modestos, com maior razão devem ser exigidos daqueles que envergam cargos de maior responsabilidade, os magistrados de quaisquer graus de jurisdição.

Os exames psicológicos conseguem obter um perfil do candidato, apto a sustentar a dispensa do candidato na fase de seleção, isto porque, não se pode negar à instituição o direito de afastar candidatos com diagnósticos de elevado nível de impulsividade, belicosidade, ou outros incompatíveis com o cargo, ainda mais se possuem enfermidades psicológicas ou psiquiátricas.

#### **2.1.1.5 – Os cursos de aperfeiçoamento.**

A necessidade de cursos de aperfeiçoamento foi explicitada pelo constituinte, tornando a freqüência a cursos oficiais de tal natureza, um estímulo à promoção pelo critério do merecimento, a par do grau de presteza e segurança demonstradas na função (artigo 93, inciso II, alínea “c”, da CF).

A idéia foi muito importante, pois a magistratura padece dos mesmos problemas que afetam os servidores públicos, no que tange à falta de rotineiros cursos de aperfeiçoamento, com grave prejuízo à qualidade dos serviços prestados, o que na iniciativa privada deixa de ocorrer pela resultante perda de clientela.

O prejuízo no caso dos magistrados é pior, pois tendo sido atribuído a eles a palavra final dos litígios propostos, dando origem à coisa julgada - cláusula pétrea de nossa Carta - a falta de constante atualização pode trazer incomensuráveis prejuízos ou expor a riscos uma atividade tão essencial como esta, que tem como um de seus fundamentos o *jura novit curia*.

O aperfeiçoamento para o desempenho do cargo é tão relevante, que na Constituição Portuguesa, o recrutamento dos juizes dos tribunais judiciais de segunda instância faz-se com prevalência do critério do mérito, por concurso curricular entre juizes da primeira instância. (artigo 215, número 3).

É certo que o estímulo explícito às promoções pelo critério de merecimento não deve toldar a idéia de que todos os magistrados precisam de cursos de aperfeiçoamento; caso contrário, a idéia seria de uma pobreza de espírito inominável, qual seja, a de que os magistrados precisam de aperfeiçoamento enquanto ainda se sujeitam a galgar os degraus da carreira, pois ao atingirem o ápice, dispensam os acréscimos de estudo e meditação dos valores e princípios que vão sendo adicionados ao ordenamento jurídico ou dele afastados.

A humildade, como virtude humana, solicita o contínuo aperfeiçoamento; a cautela o recomenda; mas, mais do que isso, há um dever deste profissional em acompanhar o dinamismo da sociedade e do aparato legislativo.

Não interessa ao País que o juiz faça uma rasa análise das leis, pois isto qualquer um poderia fazer, mas sim, utilizar todos os princípios, em especial, os constitucionais, para dar a exata consistência às regras analisadas. Isto é tão importante que outros ordenamentos deixaram de ser confiados aos juizes, e depende da análise de órgãos com conteúdo político o afastamento das normas que deixam de se filiar aos comandos constitucionais.

A bem da verdade, os membros dos tribunais tinham de ser estimulados a rever e a atualizar os respectivos conhecimentos, junto com os juízes das instâncias inferiores, pois com esta convivência, as discussões teóricas, longe de interferirem na hierarquia judiciária, em muito contribuiriam para a inovação e a criatividade de toda a magistratura, com vulgarização dos avanços doutrinários e jurisprudenciais.

Outra vantagem seria a passagem da experiência dos magistrados nos diferentes graus de jurisdição, pois contando nosso Judiciário com uma carreira estruturada em graus, quem hoje está no inferior, futuramente estará na instância superior e conhecerá mais de perto as características próprias do trabalho ali desenvolvido.

Esta preocupação não tem maior relevo em um sistema como o norte-americano, dado que os bacharéis são indicados indiferentemente para o trabalho em primeiro ou em segundo grau; ou mesmo no sistema europeu, em que predomina desde o primeiro grau o trabalho sob a forma de colegiado.

O estímulo que poderia ser dado para o sucesso de tais cursos seria a facilitação de convocações de magistrados para suprir as ausências voltadas para a frequência aos cursos, pois esta frequência não pode implicar em sobrecarga de trabalho, nem tampouco em diminuição do período de repouso e de vida familiar.

Enquanto os cursos não puderem ser regionalizados, não há como se negar a necessidade de indenização dos gastos de transportes e diárias para alimentação.

Em sintonia com o entendimento externado pelo Conselho Nacional de Justiça, os cursos de aperfeiçoamento não devem ser apenas aqueles ofertados pelas escolas de Magistratura, mas sim, os de pós-graduação reconhecidos pelo Ministério da Educação.

Os cursos de pós-graduação com tal requisito estão espalhados pelas capitais e interior do País, o que amplia a possibilidade de o magistrado se aperfeiçoar, diante da maior facilidade de freqüência a cursos situados nas proximidades da respectiva residência, com economia para o próprio Tribunal, que se vê dispensado de arcar com diárias e despesas de transporte para o magistrado que deseja se aperfeiçoar.

Uma idéia sedimentada na França e na Alemanha são os cursos de curta duração, em torno de dois meses, destinados ao aperfeiçoamento dos magistrados não apenas nas áreas específicas de Direito, mas também de Economia, Medicina Legal e outras afins.

A recompensa que o constituinte reservou àqueles que se submetem aos cursos de aperfeiçoamento, na contagem de pontos no critério de merecimento, também deveria valorizar objetivamente a atividade acadêmica, para com isso conceder algum peso ao trabalho de quem exerce o magistério em faculdades e nas escolas de Magistratura.

O magistério necessariamente impõe um rotineiro estudo e acompanhamento da evolução legislativa e doutrinária; o mesmo podendo ser dito quanto à apresentação de teses em congressos de Direito, pois também externam um perfil de contínuo aperfeiçoamento jurídico.

## 2.2. – O Perfil Político-Social.

O exame do perfil político-social dos magistrados tem extremo valor para se apurar a postura deles em face dos desafios que lhes são contemporaneamente apresentados, em especial, a partir da edição da atual Carta.

Os dados mais consistentes a respeito disso foram colhidos de fora para dentro, com o emprego da óptica da sociologia jurídica, que após ampla pesquisa com magistrados dos diversos ramos da Justiça, em todos os graus de jurisdição, constatou a tendência de o magistrado abandonar o papel de árbitro em sentido estrito, o de juiz neutro. Indagados a respeito da neutralidade do Judiciário, 83% disseram que este não é neutro, mais do que isso, apontaram que o magistrado deve interpretar a lei no sentido de aproximá-la dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social.<sup>51</sup>

Esta postura é a que melhor responde ao atual estágio jurídico nacional e internacional, pois a partir do século XIX começou a identificar-se um movimento de expansão do Direito na esfera social, mesmo em recônditos da esfera privada. Com fundamento em uma noção de justiça aceitou-se compensar, por meio da regulação jurídica, a parte economicamente desfavorecida nos vínculos formados entre empregadores e empregados.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> “Corpo e Alma da Magistratura”, o.c., 258/259.

A etapa seguinte da expansão ocorreu por meio dos conceitos de *New Deal* e *Welfare State* (Estado de Bem Estar Social), cunhados em meados de 1930, que introduziu o dirigismo econômico, pelo qual, a Administração Pública se aproxima do mercado e unifica princípios que estavam fixados no Direito Público ou Privado, de sorte a se evoluir do conceito de justiça, já assimilado nas relações de trabalho, para as relações sociais.

As considerações de ética social infiltram-se em regiões do Direito, que até então se limitavam a garantir a autonomia privada, tendo esta legislação deixado o papel de regulador geral da economia, para organizar a Administração Pública e o próprio capitalismo, de sorte a realizar um programa de pleno emprego e igualdade: o primeiro com apreço da regulação do nível de emprego, com especial manejo dos gastos governamentais; enquanto o segundo se debruçaria sobre a formação de uma rede de serviços sociais, introduzindo programas de saúde, de assistência familiar, de habitação popular, dentre outros.

O Direito aprecia a substituição de uma referência ao passado, da certeza jurídica, do certo ou errado, para enfatizar o tempo futuro, mediante a prescrição de programas de desenvolvimento futuros, nos quais a Justiça caminha a passos largos pela trilha de tornar pública a esfera privada e se reconhece a existência de um direito desigual para sujeitos substancialmente desiguais.

O progresso do *Welfare* exigiu uma Administração mais ágil, mais burocratizada que, detendo as informações colhidas, pelos respectivos e amplos órgãos técnicos, conseguiu rapidamente se apropriar da iniciativa das leis até então

---

<sup>52</sup> “A judicialização da política e das relações sociais no Brasil”, Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos; *Revan*, 1999, 15/44.

afetas ao Legislativo. Com isso o Executivo passa a atuar de maneira a abrir-se para o futuro, o *Welfare State*, com adoção de normas de caráter temporário, leis de regulação de prognóstico inseguro, inserção de cláusulas gerais, referências em branco e principalmente de conceitos jurídicos indeterminados.

Dado que este modelo de Estado necessariamente se expressa por meio da linguagem e dos procedimentos do Direito, o Poder Judiciário, por consequência, passa a ser mobilizado para o exercício de um novo papel, o de interpretar normas e arbitrar sobre a legalidade e aplicação.

Diante de uma indeterminação própria das normas que passam a ser editadas, exigiu-se um acabamento do Judiciário, que assim se torna um legislador implícito, redefinindo a relação entre os Poderes e adjudicando ao Judiciário funções de controle dos poderes políticos.

Mauro Cappelletti, citado pelos autores, após constatar que quanto mais vaga a lei e imprecisos os elementos de Direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais, visualiza o crescimento do terceiro gigante, capaz de controlar o legislativo mastodonte e o leviatanesco administrador, com a transformação universal do Poder Judiciário em agência de controle de vontade do soberano, permitindo-lhe invocar o *justo* contra a *lei* (itálico no original).

O movimento de invasão do Direito na política e na sociabilidade deu ensejo a uma interpelação de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos, que diretamente vão buscar no Judiciário e no Ministério Público uma expectativa de justiça e de ideal filosófico, em um mundo laico dos interesses e da legislação ordinária, ou como entende Antoine Garapon, “o último refúgio de um ideal democrático desencantado”.

Conforme Garapon, a Justiça experimenta o abandono do papel de instituição negativa e punitiva, para ocupar papéis positivos e construtivos, em que de instituída se converte em instituidora. O que seria uma ameaça no período da revolução francesa, - o governo dos juízes - , hoje revela-se como uma benfazeja judicialização do social.

A convergência de elementos do *common law* (direito comum) ao *civil law* (direito civil) deu-se tardiamente em nosso País, truncado pelo regime de exceção introduzido em 1964, mas sensibilizou o constituinte, que, contando com assessorias e consultorias parlamentares atentas a tal processo já disseminado no universo jurídico, soube dimensionar a Constituição como uma obra aberta, inspirada fortemente na Carta Portuguesa de 1976 e na filosofia alemã edificada sobre o tema.

Sem um balizamento de um anteprojeto e com uma ampla coalizão pluriclassista, em constante disputa pela hegemonia na elaboração do texto constitucional, este veio a deixar para o futuro a concretização dos valores e princípios positivados na Carta.

Alguns diagnosticaram um fracasso tal como na Constituição de 1946, em que a declaração dos direitos se limitou a cumprir funções simbólicas; enquanto outros diagnosticaram uma evolução da sociedade, por conta das inovações constitucionais, como o mandado de injunção, a ação civil pública, o amplo papel dado ao Ministério Público. A paulatina interpretação do controle abstrato das normas, conduzir o País a mudanças substanciais.

Todavia, o mandado de injunção foi de imediato reduzido a cinzas pela interpretação do Supremo Tribunal Federal, vinculado à tradição ortodoxa da separação dos Poderes; enquanto a ação civil pública passou a ser manuseada

majoritariamente para a defesa de interesses corporativos, ao invés de ser um instrumento para a defesa da liberdade e da justiça.

O quadro passou a ser revertido durante a década de 90, pois as minorias parlamentares e os interessados que foram atingidos pela agenda neoliberal levada a efeito nessa época, provocaram a valorização dos procedimentos próprios do controle abstrato das normas, notadamente pelo emprego abusivo das medidas provisórias.

A par disso, o Ministério Público passou a manusear com maior frequência as ações civis; o Judiciário passou a melhor assimilar as pressões democratizadoras externas a ele; e nas ações civis públicas e os até então incipientes juizados especiais, passam a atender às expectativas de direitos e de aquisição de cidadania dos mais pobres e desprotegidos.

O Juizado Especial merece um destaque à parte, pois o constituinte o prestigiou no texto quando, à época, era uma atividade em implantação em poucos Estados-membros e ora se observa como uma estrutura de inédita capilaridade do Judiciário, que ampliou sua influência sobre a quase totalidade do tecido social.

De fato, tais elementos concorrem para a formação de homens livres, construtores de uma sociedade ativa, com a conquista de lugares institucionais que lhes são facultados pelas novas vias de acesso à Justiça.

Esta linha construtivista não encontraria suporte no Direito Natural, mas no conjunto indivisível dos princípios e valores sedimentados

historicamente e compartilhados socialmente, conforme aponta Ronald Dworkin: cabe ao juiz um papel de perene protetor das minorias em face das injustiças praticadas pelas maiorias, atuando no território próprio de sua democracia, de sua Constituição e de sua cultura política, de modo que a cada geração, a cada etapa histórica, seja introduzida na jurisprudência uma variante ou mesmo uma inovação, mas sempre coerente com os princípios acumulados.

O horizonte macropolítico traçado vai encontrar uma magistratura com idade média de 42 anos, com tendência à juvenilização nos cargos iniciais do concurso, como resultado direto da disseminação dos cursos universitários privados, tendência esta que será acelerada se forem introduzidas escolas preparatórias, do tipo encontrado na França.<sup>53</sup>

A carreira mostra-se atraente para o jovem da classe média, principalmente dos setores subalternos, que a visualizam como um grande mercado ocupacional em contraste com a formação de uma banca de advocacia, por se apontar esta como uma aventura longa, penosa e incerta.

Ocorre um processo de marcada presença feminina, que atualmente experimenta uma média de 19,5%, no Estado do Rio de Janeiro, mas que no extremo caso do Estado do Pará, conta com a surpreendente média de 38,7%. Tal participação tenderia a crescer, até pelo fato de a advocacia liberal ainda ser dominada pela cultura masculina.

Esta tendência de feminização encontra maior presença no ramo trabalhista, cuja média é de 33,7%, enquanto que a esfera militar conta com

---

<sup>53</sup> "Corpo e Alma da Magistratura Brasileira", o.c., 61 e segs.

percentual de irrisórios 11,8%, o que se pode creditar à longa carreira castrense, que, além de admitir em menor número mulheres, só passou a fazê-lo há poucas décadas.

A par deste processo de juvenilização e feminização, a magistratura nacional é a única, dentre as corporações estatais formadoras, que ainda enverga um processo de socialização despido de mecanismos fortes, que secudem a cultura de suas hierarquias institucionais.

Isto ocorre em virtude de o juiz recém-ingresso no concurso ser encaminhado normalmente para uma pequena comunidade, na qual vai defrontar-se com atividade jurídica nos vários ramos do Direito.

Na pequena comunidade o juiz vai criar sua consciência profissional jurídica de maneira muito particular, o que é muito importante para a manutenção da diversidade e enriquecimento da prática jurídica no País.

Esta foi uma das razões que levou Bittencourt a justificar a maior ênfase no estudo ético-filosófico e na análise do caráter dos candidatos, em detrimento das matérias desenvolvidas na universidade, pois o melhor tirocínio profissional só se alcança mesmo com a experiência no cargo.

Uma análise histórica admite a idéia de que, a adoção do concurso público, na década de 30, a expressiva ampliação dos cursos jurídicos e a valorização do papel republicano introduzida pela atual Carta, são elementos que permitem concluir por um perfil social do magistrado distante das elites fundadoras do país, com amplo campo para a inovação, pois, como se mencionou, a carreira se apresentou como um modo de progresso social para a maioria dos que ingressaram na magistratura.

Esta falta de vínculo direto com tais elites, reforçada ainda pela ausência do processo de socialização pelas altas esferas hierárquicas, e adicionada à baixa atração que a carreira possui para os filhos de empresários, que possuem uma cultura de mercado, admitiriam a idéia de que a carreira possui tendência de se afastar dos valores cultuados pelas elites.

Todavia, ao se pesquisar o grau de estudo e as ocupações profissionais dos pais dos magistrados, ambos apontam para uma tendência de reapropriação dessa atividade por setores educados, de origem social elevada.

A diferença é que tais elites não são as antigas, mas sim, as novas elites surgidas com a modernização social que traçaram uma trajetória de ascensão associada ao ingresso em cursos superiores. De sorte que se espera que a maioria dos magistrados, por ter transitado de uma estrutura familiar que se sujeitou à mudança social, não conserve uma visão de mundo sedimentada e socialmente homogênea, e possua descortino de uma sensibilidade a processos de mudanças sociais. Há ainda os que provêm de setores da elite, de atividades públicas, com descortino, ao menos, do papel social do Estado na sociedade.

Em suma, existe uma tendência ao incremento da participação percentual de setores médios educados nos concursos, a par da juvenilização e da feminização, que são variáveis interdependentes, mas que se reforçam entre si, com clara tendência à aproximação do modelo francês.

Uma questão importantíssima diz respeito ao fato de que o modo de recrutamento não é neutro, e relaciona-se muito de perto com o formato institucional buscado, assim como o modo de o Judiciário, em cada uma de suas esferas, se colocar perante os outros Poderes e a sociedade,

Deste modo a assimilação de quadros cada vez mais jovens, sem prévia experiência profissional, pode levar a magistratura a controles sistemáticos por parte de seu vértice e ser feito de maneira muito particular pelo Chefe do Executivo, o que, no limite, pode atingir a soberania do juiz.

A formação natural e paulatina do magistrado tem dado ensejo a marcado pluralismo e heterogeneidade social, de sorte a ser necessária a previsão de políticas corretivas, com o fim de preservar o desejado perfil. É necessário que entre os candidatos se adotem condições de igualdade na competição pelos cargos, como bolsas de estudo e cursos noturnos.

Outra vantagem em serem previstos cursos genéricos de preparação, dotados de bolsas de estudo e de cursos noturnos, também diz respeito ao perfil pluralista, sem laços de lealdade para com um estrato, classe ou camada definidos, que tem admitido uma magistratura despida de vínculos com a elite local, ao reverso dos Estados Unidos.

O Brasil abre uma mobilidade espacial relevante pela via do concurso público, posto que na atualidade um terço dos juízes em atividade ingressou em um Estado diferente daquele em que nasceu, ou seja, existe um mercado nacional de juízes, com tendência percentual de manutenção, talvez até de crescimento.

É certo que a realidade das vocações em cada Estado não ajuda muito a idéia de uma política uniformizadora de recrutamento, pois enquanto no Rio Grande do Sul, São Paulo e Pernambuco se arregimenta a maior parte dos respectivos magistrados dentre jovens bacharéis (sem nenhuma ou com mínima

experiência profissional); no Rio de Janeiro, o índice de magistrados em tais condições é de 21% e em Minas Gerais é de 30%.

Todavia, é inegável que, tendo o constituinte imposto o curso preparatório de ingresso, incorreta se mostra a política de o tangenciar, devendo optar-se pelas vantagens de uma dinâmica e enriquecedora formação genérica, que permita a manutenção de uma intensa mobilidade espacial dos magistrados, com prognóstico de sucesso se forem adotadas políticas corretivas, destinadas a manter um ingresso de bacharéis das mais diversas estruturas sociais.

Interessante notar que a atitude dos magistrados que ingressaram mais recentemente na carreira não difere muito daqueles que ingressaram nos últimos vinte anos, quando se trata da questão da equidade e o Poder Judiciário: assume a maioria dos magistrados um papel de protagonista na redução das desigualdades sociais, de sorte que não se pode imputar aos jovens juízes um alheamento às responsabilidades impostas pelo sistema jurídico e à sociedade em geral.

Outro aspecto a considerar é o de que os obstáculos ao ingresso sem experiências anteriores, por meio de exigibilidade de idade mínima e de comprovada experiência profissional jurídica, certamente vão afastar os talentos mais aguerridos e combativos de cada geração; ligados a outras estruturas congêneres como a advocacia, e as procuradorias, certamente terão menor empenho em ingressar na magistratura, se já acolhidos e socializados em tais carreiras.

A feliz conclusão trazida pelos sociólogos é a de que o perfil atual da magistratura mostra-se altamente compatível com as exigências de democratização do Judiciário e do acesso à Justiça.

### 2.3 – O Perfil Psicológico.

O aspecto psicológico dos juízes, ou o mecanismo interno do qual emerge a produção profissional do magistrado, mereceu estudos que são valiosos não só para se levarem em conta no momento em que se seleciona o magistrado - quando se pode afastar o joio do trigo – mas também no campo das práticas desenvolvidas pelos magistrados já em exercício, de modo a melhor avaliar o que destes pode ser exigido, aprimorado, tolerado ou tomado como irrelevante.

O cuidado com o aspecto mais profundo do ser humano, no qual se encontra estruturado e alicerçado o modo próprio do ser, não pode ser negligenciado, pois de fato é onde se encontra a matriz de percepção, avaliação e ação do ser, sua identidade mais profunda, na qual se deve buscar a deformação das consciências, que aceita como normal ou inevitável o que não tem nenhuma justificativa ética, à luz de valores seculares. Tudo isto vem a transparecer na vida política, profissional e particular, tal como se constatou na XXXI Assembléia Geral da CNBB.<sup>54</sup>

A conclusão das idéias colhidas em tal assembléia animou a realização de um seminário multidisciplinar sobre a Justiça, realizado na Universidade de Brasília, tendo como enfoque a “Ética e Justiça”. A preocupação inicial foi a de uma justiça mais eficaz e mais eficiente, na aplicação do ordenamento jurídico, que deu início a um processo plural de reflexão sobre o judiciário no Brasil,

por fazer parte de qualquer projeto de sociedade fundada em Ética, que tem Direito e Justiça como seus principais pilares.

O problema é que o arquétipo do magistrado, se tomado pelos destaques da imprensa, não favorece uma noção de que busca o trabalho jurídico movido pelos mais elevados critérios éticos; ao reverso, ele é visto como um personagem anacrônico, que trabalha sem a presteza esperada pelas partes, um ser distante, instalado em pomposos locais de trabalho, com postura rígida, inescrutável, poderoso e por essa razão, privado de humor, afabilidade e sentimento.<sup>55</sup>

A reação do juiz face àquele submetido a julgamento também possui um padrão.

O ego, ou seja a parte consciente, a parte da vontade, ao ser submetido à corriqueira situação em que o juiz reage à ilicitude daquele que será julgado, inclui dois pólos de uma mesma situação, o que é árduo para o ego, que busca uma ruptura entre os pólos, de sorte que um permanecerá inconsciente e outro poderá ser reprimido.

Como esta ruptura é um evento interior, ele permanecerá no inconsciente e será projetado sobre as partes do processo, de sorte que o magistrado poderá ser levado a crer que nada tem em comum com o réu, uma fraca criatura que vive em um mundo totalmente diverso do seu.

---

<sup>54</sup> “Ética, Justiça e Direito – Reflexões sobre a reforma do Judiciário”, organizadores Pe. José Ernanne Pinheiro, José Geraldo de Sousa Júnior, Melillo Dinis e Plínio de Arruda Sampaio, 1996, Vozes, 104, 224 e 250

<sup>55</sup> Lídia Reis de Almeida Prado, “Juiz e a Emoção” – Aspectos da Lógica da Decisão Judicial, 2003, Millenium, 43/67

Tal crença pode acentuar-se em função do isolamento e do autoritarismo. O juiz torna-se tão somente juiz, esquecendo-se que tem como possibilidade um réu dentro de si.

O ego se identifica com a *persona*, o arquétipo utilizado nas relações em sociedade, o que é muito lesivo, pois ofusca a consciência por um conteúdo inconsciente, podendo até incidir no descomedimento de se considerar a própria Justiça encarnada: uma tal identificação com as roupas talares que não mais consegue desvesti-las nas relações familiares ou sociais.

Isto se revela no notório comportamento de certos juízes de segunda instância, que se julgam superiores aos de primeira instância, além de clássicas atitudes de magistrados, que se colocam de modo intimidativo diante de advogados, das partes e dos funcionários, sendo reverenciado pelos primeiros e temido pelos demais.

Fenômeno dos mais contraditórios é o do “desejo de poder”, que às vezes assalta o juiz, a expressão da tentativa de recompor o arquétipo cindido, mais costumeiro nos juízes iniciantes, a “juizite”, que é uma tendência à soberba, à arrogância, ao complexo de autoridade.

A psique coletiva acaba por reforçar o que ocorre no plano individual, uma vez que ao juiz se outorga autoridade.

Ao se traçar o perfil psicológico dos magistrados surge o problema de ausência de estudos interdisciplinares, mas como tem aspectos

semelhantes com outras atividades que se relacionam com graves problemas humanos, nada mais natural que passe a acarretar dificuldades psicológicas, de sorte que seria de grande proveito um trabalho, já nas escolas preparatórias, a respeito dos problemas que dão ensejo às ações judiciais.

O juiz possui um “arquétipo da sombra” como qualquer homem, que consiste no reverso dos ideais pessoais e coletivos, um conjunto de características indesejáveis ou não desenvolvidas.

Merece louvor o juiz que tem consciência da própria “sombra”, um “julgador-julgado”, porque, embora o magistrado procure orientar sua vida e seu trabalho pela legalidade e pela ética, sabe que contém como possibilidade aquele condenado interior.

O entendimento destes aspectos mais sombrios da magistratura leva até à indagação do que levaria uma pessoa a procurar tal atividade, pois à pessoa mediana, tida como sociável, é preferível ficar distanciada da atividade profissional que diariamente o leva a trabalhar com desajustados e até psicopatas.

A conclusão aceitável é a de que os magistrados, mais do que outras pessoas, possuem especial fascínio por algumas polaridades básicas ao homem como justiça/injustiça, crime/inocência e licitude/ilicitude.

O ato de julgar implica em projeção, um fenômeno inconsciente, por meio do qual alguém tira de si e coloca no mundo externo (em outro ou em alguma coisa), os próprios sentimentos, desejos e demais atributos tidos como indesejáveis.

Daí por que o magistrado, mais do que qualquer profissional, deve entrar em contato com seus conteúdos sombrios, trazendo-os à consciência, de modo a projetá-los com menor intensidade.

Mais interessante ainda é o estímulo aos aspectos afetivo, intuitivo e introspectivo, pois isto lhe dará abertura para a especificidade do caso levado a julgamento em sua originalidade única.

O homem tende a reprimir estas qualidades, identificando-as como femininas, em atenção a uma espécie de cânone comportamental primitivo, ainda mais negativo se for levada em conta a milenar tradição de inferioridade da mulher no mundo, alvo concomitante da projeção dos arquétipos reprimidos.

O curioso é que a psicologia encontra como caminho para o encontro da totalidade do ser, aquilo que é posto como um objetivo da Filosofia e da Ética em Del Vecchio, a alteridade, que é próprio do respeito pelas diferenças, o arquétipo da democracia, da criatividade, do amor conjugal e do amor ao próximo, encontrada nas decisões judiciais feitas com justiça.

Em outros termos, ao se estimular o arquétipo da alteridade, pode-se vivenciar a exuberância matriarcal e a ordem patriarcal, sem ser dominado por ela.

Na sombra do psiquismo do homem, aquele que, ao longo do tempo, tem sido visto como o lado diabólico, na maioria das vezes nada mais é do que sua *anima*.

Esta *anima* é partilhada pelos homens no contexto comum da inconsciência ocidental, o que poderá influenciar as sentenças, tomando-as menos decorrentes da projeção ou de preconceitos e, portanto, mais sensíveis e criativas.

À repressão a tais características é que se podem creditar a propagação de atitudes dogmáticas, resultando num mundo pouco criativo, exageradamente racionalista e distante dos sentimentos, que, na verdade, são alvo de depreciação no mundo ocidental.

De fato, o juiz não dá muita importância ao lado emocional, porque o homem se satisfaz só com a lógica; tudo que é psíquico, inconsciente, lhe repugna, considera vago, nebuloso e mórbido, de modo que este lado precisa ser mais bem trabalhado, como uma compensação à consciência, suavizando-o, tornando-o mais criativo por experimentar simbolicamente potencialidades não vivenciadas.

Isto se refletirá na prestação jurisdicional, pois o espírito lógico do homem mostra-se incapaz de discernir os fatos ocultos ou inconscientes, vindo a psicologia ajudá-lo a identificá-los.

O conhecimento do emocional pode ser um importante aliado, porque desenvolve no homem a habilidade para os relacionamentos e possibilita que cada um seja visto como realmente é. No caso dos juízes, a integração dos predicados do *anima* viabiliza que as partes sejam consideradas em sua humanidade.

## 2.4 - Conclusões.

I – A complexidade da vida econômica, política, social e cultural contemporânea exige juízes profissionais, que a par das qualidades básicas de todo bom árbitro (razoabilidade, imparcialidade, e inteligência mediana), devem ser responsáveis pela tomada do ordenamento jurídico como meio de realizar o processo de construção de uma sociedade mais justa.

II – A escolha dos magistrados deve ser homogeneizada por regras básicas, válidas para todos aqueles que vão ingressar no Poder Judiciário, que vão desde a exigência de pública higidez moral, física e psíquica, até a edição de requisitos mais objetivos para o preenchimento dos cargos dos Tribunais, com superação dos critérios cunhados nas primeiras luzes da República, pois é contrário aos interesses da Nação que a escolha ocorra de maneira livre pelo Chefe do Executivo.

III – O magistrado tem o dever de dizer o Direito, e só o fará de maneira eficaz, eficiente e rápida, se submetido a contínuo processo de aperfeiçoamento técnico e psicológico, pois estes se refletem diretamente na qualidade da prestação jurisdicional exigida pelos indivíduos e grupos organizados em torno do Estado.

IV – O perfil do magistrado tem muito a ganhar com a generalidade do requisito de experiência mínima de três anos na área jurídica, dentre outras coisas, porque tornará mais difícil que jovens, sem qualquer vivência prática, atuem sozinhos em varas judiciais, após um curso de iniciação de poucos meses.

### **3 – DEVERES, VEDAÇÕES, PROIBIÇÕES, GARANTIAS E PRERROGATIVAS**

#### 3.1 – Os Deveres dos Magistrados.

Os deveres dos magistrados são enunciados na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Magistratura Nacional de maneira exaustiva, pois na órbita do direito de reprimir conferido à Administração não se deve tolerar a simples instauração de expediente apuratório quando a conduta não puder ser enquadrada no bojo dos referidos deveres.

Não se compadece o ordenamento jurídico da imposição de pena disciplinar, quando a lei não a autoriza. Em tal hipótese o ato administrativo pode ser atacado até por mandado de segurança, como já se pronunciou a respeito o Supremo Tribunal Federal.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> RE 84217/SP

O princípio da legalidade deve ser entendido pelo Administrador, que só estará autorizado ou com o dever de agir na existência de lei, não por qualquer norma de caráter inferior, dentro de um sentido objetivo do tema.

Esta foi a razão por que o Superior Tribunal de Justiça apontou que mesmo a simples pena de advertência só é aplicável se o ato ou omissão de conduta tiver base legal.<sup>57</sup>

Este julgado debruçou-se sobre a conduta de um Juiz de Direito ter deixado de comunicar à “Comissão Estadual de Adoção Internacional” que teria permitido a adoção de uma criança sujeita à respectiva jurisdição, por casal com residência fixa em país estrangeiro.

A Corte admitiu ser importante este tipo de controle feito pelo referido órgão; todavia, como o dever não estava amparado em norma legal, o magistrado não podia ser punido por sua conduta.

Isto implica em dizer que a norma de dever está no ordenamento antes da instauração do expediente apuratório, pois o Superior Tribunal de Justiça apontou que o magistrado não poderia ser punido por norma editada posteriormente à conduta, até porque o indiciado deve saber de antemão dos fatos e dos fundamentos jurídicos que o levam a se submeter ao processo.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> RMS 93336/SP

<sup>58</sup> RMS 7382/SP

Harmônico com tal apreço à legalidade, o Supremo Tribunal Federal, já se pronunciara em julgado de 05.04.61, a respeito da admissibilidade de imposição de pena disciplinar a magistrado paulista, justamente porque, à época, existia norma estadual que previa deveres e um procedimento prévio à imposição da pena, por meio do qual se fazia a identificação da falta à hipótese legal e a conseqüente pena pela conduta proscrita.<sup>59</sup>

A doutrina e a jurisprudência não são propriamente uniformes a respeito da estrita legalidade administrativa, quando o tema é a atividade disciplinar, prevalecendo mesmo uma idéia de que as normas disciplinares, ao reverso das normas repressivas penais, não encontram o mesmo rigor destas no emprego do princípio da tipicidade, que consiste na atividade de buscar a exata correspondência entre a moldura eleita em hipótese pelo legislador com o fato cometido pelo servidor, especialmente em condutas que levam à aplicação de reprimendas mais leves.

Aceita-se, via de regra, que nas condutas punidas com punição mais grave é que deverá existir uma delimitação objetiva, o mesmo podendo ser dito das hipóteses que trouxeram para o âmbito disciplinar condutas referidas em leis penais.

A primeira crítica a tal postura diz respeito ao aspecto filosófico do tema, pois o princípio da legalidade é a residência do princípio da tipicidade e não há motivos para que sofra um abalo em relação às condutas sujeitas a penas mais leves, pois o constituinte não abriu brecha quando no artigo 37, *caput*, da Carta Republicana, lançou a legalidade como um dos fundamentos da Administração.

---

<sup>59</sup> RE 84217/SP, no mesmo sentido STJ RMS 16752/RO

Um argumento usado para sustentar uma óptica mais aberta, parte da inquestionável existência do princípio da discricionariedade na órbita administrativa; mas a discricionariedade existe apenas no campo da fixação da pena, quando a conveniência e oportunidade devem ser manuseadas para se obter uma solução adequada, até porque, o princípio da proporcionalidade assim o impõe.

O fato de o legislador empregar conceitos vagos na formulação dos deveres não autoriza o administrador a arbitrariamente dizer se ocorreu ou não a falta de observância ao dever, mas sim, impõe ao julgador ultrapassar sua normal função de conhecimento, para conhecer a descrição do dever por meio de uma compreensão espiritual, comum ao homem médio, que lhe exige um juízo de valor da situação de fato.

De igual modo o juiz criminal não se furta de examinar a conduta típica que possui elementos normativos, ou que emprega expressões referentes a injusto ou a termos extrajurídicos.

Os termos vagos são apreendidos pelo julgador por meio da interpretação, de sorte que, no âmbito administrativo, ele também se vale do conhecimento que possui dos costumes vigentes para, com isso, estabelecer um juízo de valor destinado a evidenciar a prática da conduta ofensiva aos deveres funcionais.

Esta tarefa de manuseio dos conceitos jurídicos indeterminados, em regra, não apresenta maiores dificuldades para os corregedores, pois durante a respectiva carreira sempre os examinou, seja na área cível, seja na área

criminal, de sorte que não se pode esperar menor qualidade interpretativa e admitir discricionariedade para exercer a atividade disciplinar.

Em suma, o magistrado só pode ser punido se existir prévio dispositivo legal para tanto, mediante um processo interpretativo dos julgadores que leve em conta a descrição feita em termos restritivos, pois o princípio de liberdade anima todos os homens e a restrição às respectivas condutas indevidas deve ser vista como uma exceção a tal quadro.

A partir de tal ordem de idéias, segue-se a análise dos deveres dispostos pela Constituição Federal e pela Lei Orgânica da Magistratura, incluindo quanto aos deveres expostos na Carta, a abordagem feita por José Renato Nalini, que teceu rol a partir de uma concepção acertada de que o magistrado possui deveres como órgão de Estado, para em seguida apontar os deveres do juiz como titular da jurisdição.<sup>60</sup>

### **3.1.1 – Deveres do magistrado como órgão do Estado.**

#### 3.1.1.1 – Dever como órgão de Poder da República.

---

<sup>60</sup> “Ética e Justiça”, o.c., 26/28.

O magistrado é órgão estatal dotado do poder-dever diretamente conferido para a consecução dos objetivos da República, tal como o exposto no artigo 2º, da Constituição Federal.

Deste modo, está condicionado a operar os princípios fundamentais mencionados no artigo 1º da Carta, pois eles é que vão nortear a aplicação das normas constitucionais, em especial a concretização do Estado Democrático de Direito, com base na cidadania e na dignidade da pessoa humana.

O desenvolvimento do trabalho deve levar em conta também os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, voltada para a erradicação da pobreza e da marginalidade, redução das desigualdades sociais, com promoção do bem de todos, sem olvidar que deve agir sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, no sentido do artigo 3º, da Constituição.

#### 3.1.1.2 – Deveres como órgão do Poder Público.

O magistrado deve identificar-se com os comandos direcionados ao poder público, de modo a se sentir também responsável pela aplicação das normas afetas à administração pública, com especial ênfase nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, a par dos demais princípios lançados no artigo 37, da Constituição.

Ele deve reconhecer ser condicionado também a concorrer para o provimento da segurança pública, a seguridade social, a saúde, a educação, a cultura, o desporto e o meio ambiente, bem como a promoção e incentivo do desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica (artigos 144, *caput*; 194; 196, 205, 215, 217, 225 e 218, respectivamente, da Constituição).

Mais do que concorrer para tais objetivos, a incumbência do Judiciário fica mais evidente no trato da proteção da entidade familiar, com reconhecimento de que se trata da base da sociedade, com ênfase nos cuidados com a criança, o adolescente e o idoso, aos quais foi conferido tratamento prioritário nos direitos essenciais (artigos 226, 227 e 230, da Constituição Federal).

### 3.1.1.3 – Deveres do magistrado como funcionário público.

A Lei Orgânica fixou determinados deveres aos magistrados à época da edição, específicos do magistrado, como exercente de uma especial função pública, alguns reproduzindo deveres constantes da carta de 1967.

O constituinte atual igualmente reservou para o texto maior alguns destes deveres, pois se entendeu que o legislador complementar não poderia edificar de maneira livre o rol deles, tanto que o condicionou a inseri-los no texto inferior, a par de outros que entendesse convenientes (artigo 95, parágrafo único).

Por tal razão cuidar-se-á de falar dos deveres propostos pelos constituintes, para, em seguida, se falar dos já existentes na lei em vigor, entendendo-se desde já como incompatíveis com o primeiro aqueles que não guardarem exata

definição na legislação complementar, até porque só se aguardará idêntica reprodução quando vier a lume o “Estatuto da Magistratura”.

#### 3.1.1.3.1 - Os deveres constitucionais.

O artigo 95, parágrafo único, da Carta, possui cinco incisos que expõem claramente interdições aos juízes.

A par destas vedações, o texto também expôs outras dirigidas expressamente à atividade jurisdicional; daí por que todas as normas serão tomadas como deveres, com a ressalva de que não se igualam com estas as constantes do artigo 95, no que tange à penalidade decorrente da inobservância.

As vedações contidas no artigo 95, parágrafo único devem ser tomadas como as mais relevantes, gravíssimas, tanto que as dispostas nos incisos I a III, são claramente destacadas na lei orgânica como causas de perda do cargo público, a acreditar que deva ser mantida tal disciplina severa, apesar da norma em comento ter deixado de prever isto, tal como o artigo 109, *caput*, da Constituição de 1967.

Acredita-se que a perda do cargo deva incluir a conduta disposta no inciso IV, trazida pela Emenda Constitucional de nº 45, de 08.12.04, enquanto que a contida no artigo V, pode ser aceita como causa de exercício da advocacia com limitação, pois ainda não existe a pena de cassação de aposentadoria de magistrado, destinada a punir tal ilicitude.

A - Compatibilidade da função jurisdicional apenas com uma de magistério (artigo 95, parágrafo único, inciso I).

O magistrado está proibido de exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério, existindo uma vedação que deve ser entendida com a devida extensão, posto ter ocorrido clara mudança do texto anterior (artigo 95, inciso I).

A mais evidente é a de que não existe vedação ao magistério desempenhado, podendo ser no ensino superior ou não, ser em uma entidade pública ou particular, bem como ter a entidade o propósito de curso preparatório às carreiras jurídicas, de extensão, de pós-graduação lato ou *stricto sensu*.

A única ressalva admissível quanto ao cúmulo de um único cargo de magistério, limita-se ao desempenho do magistério em cursos oficiais preparatórios ou de aperfeiçoamento para a carreira, a cargo das escolas da magistratura mantidas pela União, pelos Estados e Distrito Federal, dado que tal espécie de magistério se trata de parte essencial da Justiça, ainda mais quando passou a ser condicionante de acesso a cargos.

Esta ressalva já era aceita sob a disciplina do artigo 118, inciso I, da Carta de 1967, tanto que a LOMAN assinalou no artigo 26, § 2º., que não

se consideraria exercício de cargo ou função docente em curso oficial de preparação para judicatura ou aperfeiçoamento de magistrados.

A ressalva deve persistir quando da edição do “Estatuto da Magistratura”, pois assim constou do projeto originalmente relatado pelo Ministro Néri da Silveira, e nada indica que os demais Poderes vão afastar tal dispositivo do estatuto.

Para aqueles que possam entender que a restrição constitucional prejudica a formação do patrimônio familiar, veja-se que em Portugal os juízes também não podem desempenhar qualquer outra função pública ou privada, ressalvadas funções docentes ou de investigação científica de natureza jurídica, mas desde que estas não sejam remuneradas (artigo 216, número 3).

B – Interdição de recebimento de vantagens em processos (artigo 95, parágrafo único, inciso II).

O constituinte teceu vedação mais genérica que o legislador complementar, pois enquanto o primeiro proibiu o recebimento de custas ou participação em processo, a qualquer título ou pretexto, o segundo limitou o recebimento de vantagens nos processos sujeitos ao despacho ou à decisão do magistrado (artigo 26, inciso II, alínea “b”).

Este dispositivo tem o claro propósito de preservar a independência e a imparcialidade do magistrado, de sorte a afastar qualquer sombra sobre eventual interesse dele no desfecho da demanda, suscetível de despacho ou decisão afeta ao próprio magistrado ou a colega deste, seja este de mesmo grau, de grau superior ou de grau inferior de jurisdição, com conteúdo ético que atinge toda a comunidade de magistrados.

A Lei Orgânica foi mais longe pois, além da atividade jurisdicional, proibiu o recebimento de quaisquer vantagens pecuniárias àqueles magistrados que estivessem em atividades claramente administrativas, como as exercidas em órgãos disciplinares ou correccionais, como se pode ver na leitura do artigo 129, no qual se admitiu apenas o recebimento de diárias para alimentação e pousada e ressarcimento de despesas de transportes, mas só quando o magistrado precisar deslocar-se da respectiva sede.

C – Interdição de se dedicar à atividade político-partidária (artigo 95, parágrafo único, inciso III).

O exercício da atividade jurisdicional tem cunho político, pois não há como negar ter sido este o objetivo do constituinte quando estabeleceu objetivos aos poderes da República e ao próprio poder público.

O que foi proibido foi a atividade político-partidária, aquela em que existe clareza na atividade do magistrado, destinada a realizar os desígnios de uma determinada agremiação partidária, com exclusão das outras.

Isso ocorreu no caso recente em que o Ministro Nélson Jobim assinalou que deixaria o Supremo Tribunal Federal para participar da convenção partidária do PMDB, com o objetivo de ser ungido como candidato ao cargo de vice-presidente da República.

Note-se também a anterior presença em atividades de difícil conexão com as desempenhadas por um ministro da Corte, mesmo com as genéricas de sua representação, como a inauguração de escola pública no interior de Sergipe, na presença de altos dirigentes partidários do PFL e de um dos postulantes ao cargo de presidente da República pelo PSDB.

O mais correto é deixar a Corte antes de exercer atividades próprias da política partidária, pois o objetivo da vedação é manter o compromisso assumido por todos os magistrados com a imparcialidade, o que de modo algum se coaduna com os compromissos partidários.

Além do mais, o constituinte seguiu uma tradição inaugurada há mais de setenta anos, para apenas proibir na sua Lei Maior, a atividade que diz mais de perto com a própria existência do pacto social, de sorte que nada pode ser apontado como justificativa para tangenciar uma regra tão sensível aos fundamentos de nosso ordenamento jurídico.

D – Interdição do recebimento de auxílio ou contribuições de terceiros, ressalvadas as exceções legais (artigo 95, parágrafo único, inciso IV).

Mais restritiva que a regra que proibiu o recebimento de vantagem econômica no âmbito de processos, a norma busca impedir que surja um sentimento de dever de retribuição em face de pessoas físicas, jurídicas, públicas ou privadas, que auxiliaram o magistrado, com potencial prejuízo a todos que se sujeitam à jurisdição desempenhada pelo magistrado, pela perda da independência deste órgão.

O constituinte partiu do pressuposto de que os subsídios recebidos pelo magistrado foram salvaguardados suficientemente pelo artigo 93, inciso V, da Carta, a ponto de não abrir caminho para a percepção de vantagens que todem o espírito do magistrado.

As exceções legais certamente devem ser concebidas para evitar que esta proibição atinja os benefícios que genericamente os cidadãos recebem pela vida em sociedade, como consumidores de bens e serviços próprios de sua condição econômica.

Merece maior cautela a disciplina dos contratos que não são padronizados, pois nestes as vantagens de parte a parte são esperadas, e exigiu uma análise mais cuidadosa para verificar se ocorreu um ganho excessivo por parte do magistrado, que poderia ser justificável apenas como um recurso destinado a embutir o auxílio ou a contribuição proscritos.

O controle que será feito destas relações do magistrado precisa ser feito com muita cautela, pois ele já é obrigado a prestar contas anuais aos órgãos da Receita Federal, como contribuinte, bem como à Administração da Justiça, na qualidade de funcionário público: a reprodução da declaração feita à primeira deve

ser tida como suficiente para os fins buscados pela segunda, pois admite ver uma progressão patrimonial inusitada.

Disposição mais severa que esta afetarà desnecessariamente a privacidade e a intimidade do magistrado, que a elas faz jus, como todo e qualquer cidadão, além de exigir uma disponibilidade de pessoas, imóveis e equipamentos para processar toda a sorte de contratos firmados, com desperdício dos escassos recursos disponibilizados à magistratura, para cumprir objetivos diversos da atividade específica e principal que é a jurisdição.

E – Interdição do exercício da advocacia perante juízo ou tribunal do qual se afastou por aposentadoria ou exoneração, pelo prazo de três anos (artigo 95, parágrafo único, inciso V).

Outra norma reforça a busca da independência do magistrado, no caso em face do colega com quem dividiu seção ou câmara de tribunal, ou mesmo a jurisdição de varas, que ora torna a estes, mas na condição de patrono de uma parte.

A rigor poderia isto ser evitado pelos magistrados em atividade pela alegação de suspeição; mas isto não evitaria também o uso da ascendência adquirida pelo magistrado afastado perante o ofício com o qual trabalhou, com esbulho dos esforços dos servidores deste em proveito do cliente, ainda que em detrimento da seqüência lógica (e normalmente cronológica) seguida pelos assoberbados cartórios judiciais.

O modo como isto será controlado dependerá da altivez não só dos magistrados, mas também dos servidores da serventia, pois a advocacia por vezes se desenvolve de maneira informal, por meio das visitas que o magistrado afastado faz na companhia do advogado constituído pela parte, ou mesmo quando leva petições para despachar, mesmo não sendo o advogado que a subscreveu, pois de fato, o contrato de patrocínio nunca foi óbice a tal tipo de atividade, até porque, qualquer um do povo pode falar com o magistrado em atividade.

Para melhor controle da proibição, o legislador bem que poderia incluir expressamente esta hipótese dentre as de impedimento previstos no artigo 30 da Lei 8.906, de 04.7.94. Para a totalidade dos advogados isto muito interessa, pois são os respectivos clientes, e por consequência eles também, que ficam prejudicados com a atividade ora proscrita.

F - Dever de residência do juiz titular na respectiva comarca, salvo se autorizado pelo tribunal (artigo 93, inciso VII).

O dever de moradia em determinada localidade sempre foi uma das obrigações mais caras ao serviço público, implantada nas mais diversas legislações funcionais com o objetivo de dar prevalência ao interesse público sobre o interesse do servidor na escolha da residência, a fim de prestigiar a localidade com um funcionário graduado, facilitar seu entrosamento, com ganho em segurança e comodidade da população, graças à permanência do servidor na própria localidade.

O constituinte original revogou o dispositivo da Lei Orgânica que permitia da moradia em outra localidade, caso autorizada pelo tribunal; mas o

derivado retomou tal regra com a EC 45/04, ao modificar o artigo 93, inciso VII, que parece de fato ser mais consentâneo com o cuidado com que se cercaram as regras de direitos, prerrogativas, restrições e deveres dos magistrados.

O juiz conta com a garantia constitucional da inamovibilidade, que impede de ser o magistrado removido ou promovido contra sua vontade, ressalvada a remoção por motivo disciplinar. Daí que, em determinadas épocas, as localidades mais modestas não recebiam magistrados em suas Varas, por conta da falta de acomodações minimamente dignas para o juiz.

Em outras épocas, o quadro se invertia, pois sem outras opções para ascender na carreira, o juiz aceitava a promoção e os órgãos corregedores fechavam os olhos para a falta de residência, seja por solidariedade, seja por interpretarem que a regra da Lei Orgânica estaria em vigor, ou ainda animados de uma forte idéia de que seria uma violação do principio da razoabilidade impor-se a moradia na localidade, justamente por questão de segurança e ausência de acomodações minimamente dignas.

Melhor fez o constituinte derivado, pois a justa prudência dos órgãos diretivos do tribunal permite ou a obrigatoriedade de residência, ou a autorização para a residência fora da sede da comarca, a aparentar que neste último caso, mais interessante a idéia de autorizar a moradia apenas em comarcas contíguas, para que se atenda ao interesse do magistrado em estar perto da sede da jurisdição, sem prejuízo do interesse do constituinte em manter o magistrado próximo para ser acionado de modo mais pronto e cômodo para os comarquianos.

A situação de proximidade entre a residência e a sede da jurisdição deve ser relevada, até porque, o inciso XII, do artigo 93, da CF, direciona a atividade jurisdicional para uma idéia de ser ininterrupta, o que de fato se apequena

quando as distâncias e os meios de transporte entre o local de moradia e a Comarca são tão exaustivos que colocam em risco o interesse público de bem servir à comunidade.

Não custa destacar que a autorização deve submeter-se a um procedimento elaborado em sessão pública e a decisão deve ser motivada, nos termos do artigo 93, inciso X., dever este que será mais explicitado no item seguinte.

G Dever de motivação das decisões administrativas dos tribunais, em sessão pública e tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros (artigo 93, inciso X)

O constituinte afastou as dúvidas a respeito da divergência doutrinária acerca do dever de motivação, pois, enquanto parte dos estudiosos entendiam que apenas as decisões tomadas em sede de atividade vinculada mereciam motivação, outros entendiam que deveriam ser apenas as discricionárias.

Todas as decisões administrativas dos tribunais devem ser motivadas e como só tribunais possuem aptidão para impor penas disciplinares a magistrados, não há como fugir ao dever de motivar a imposição de quaisquer delas, mesmo as mais brandas, seja por seu órgão pleno, seja por seu órgão especial.

Não custa destacar o relevo do liame existente entre a motivação e a necessidade de se decidir em sessão pública, pois com base no artigo 113, § 3º, da Constituição Federal de 1967, o Supremo Tribunal Federal entendeu

como desnecessário dar fundamentos à pena de remoção, por se basear em inquérito que se desenvolve mediante votação secreta,<sup>61</sup>.

O dever das decisões administrativas serem feitas em sessões públicas, por tal linha de raciocínio, afasta as dúvidas que cercam o sigilo, pois não é possível fazer-se o controle da atividade administrativa se esta se desenvolver em segredo.

Ainda neste inciso cabe destacar a revogação do requisito de presença de dois terços dos membros do órgão julgador, adotado originalmente pelo constituinte, com substituição pelo critério do voto da maioria absoluta dos membros, trazido pelo constituinte derivado a partir da EC 45/04.

O primeiro aspecto a ser ressaltado é o de que tal dispositivo tornou inútil a distinção de maior cautela feita no inciso VIII, do mesmo artigo 93, pois nele se destacavam as penas disciplinares de maior gravidade, como as de remoção, disponibilidade e aposentadoria; e agora não há como não aceitar que todas as decisões disciplinares devem submeter-se ao voto da maioria absoluta de seus membros, tal como preconiza o inciso X, o que deve ser observado pelos regimentos internos no tema das sanções de advertência e censura.

No Estado de São Paulo, a disciplina das decisões administrativas já se fazia em termos de maioria de votos, ao invés de “quorum”, mas persiste ainda a discricionariedade do constituinte paulista, que ao trazer a lume a Emenda Constitucional de nº 21, de 14.02.06. manteve a exigência de voto de dois terços dos membros do Órgão Especial, para serem tomadas as penas de remoção,

---

<sup>61</sup> RT 650/216

disponibilidade e aposentadoria, nos termos do artigo 64. Isto em nada prejudica o interessado, pois robustece a aplicação de tais graves penas e confere maior segurança e prestígio às decisões tomadas em tal campo.

Um segundo aspecto diz respeito ao gravame de nulidade imposto quando deixa de ser observada tal votação qualificada, pois os tribunais superiores sempre relevaram como essencial a observância da formalidade do quorum e tudo leva a crer que persistirá o empenho no que tange à contagem dos votos necessários para a condenação.<sup>62</sup>

H Dever de não retardar ou tentar frustrar a regular liquidação de precatórios (artigo 100, § 6º).

O constituinte teve o cuidado de impor ao Presidente do Tribunal o dever de diligência especial no tema de precatórios, ao explicitar como modalidade de prática de crime de responsabilidade, o retardo ou a tentativa de frustrar a liquidação de precatório.

A bem da verdade, a consequência da perda do cargo pela prática do crime já podia ser obtida pelo manuseio do artigo 11, da Lei de Improbidade Administrativa, que estipula o dever de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e traz nos dois primeiros incisos a prática de ato visando fim diverso do legal e o retardo na prática de ato de ofício.

---

<sup>62</sup> STF - MS 20999/DF; STJ – RMS 6384/BA, 13298/MS e EDclnaPet 1253/SP

A disposição tolhe mais expressivamente o ocupante do referido cargo à prática de eventuais condutas, com o fim de prejudicar diretamente o credor do precatório, por razões pessoais ou por ele entendidas como institucionais, mas também para favorecer, por qualquer motivo, a Fazenda Pública.

I Dever de criar Varas especializadas para o conhecimento das questões agrárias e comparecimento pessoal do magistrado no local do litígio (artigo 126 e seu parágrafo único)

O artigo 126 outorgou novo dever aos tribunais estaduais, ao lhes impor a propositura de criação de varas especializadas para conhecimento das questões agrárias, evidenciando particular preocupação com tais litígios, por envolverem, no mais das vezes, os interesses dos Estados-membros, na defesa das terras devolutas e, ou da segurança pública; grande número de interessados, de regra imbuídos de capacidade organizacional; o interesse de grandes produtores rurais e a disciplina de grandes glebas de terra.

Os conflitos de tal natureza por vezes redundam em grandes confrontos e, por isso, destacou-se o interesse, de que o magistrado compareça ao local do litígio, no qual deve fortemente atuar como elemento de pacificação dos ânimos dos interessados, na busca de um mínimo de consenso entre os presentes, tendo por norte o prestígio da Justiça e a maior eficiência de suas decisões.

O comparecimento do magistrado também revela outro aspecto das escolhas do constituinte, pois ressalta na Carta o interesse em um magistrado que sai do papel de mero espectador da luta entre as partes e vai ocupar-se de meios que permitam a solução mais rápida da controvérsia.

A Constituição Paulista minudenciou o antigo texto da Constituição da República, pois estipulou caber ao Órgão Especial a designação de juízes de entrância especial para cuidar das questões agrárias, mencionando nos parágrafos do artigo 86 que o magistrado deveria deslocar-se para o local do litígio, sempre que isto fosse necessário para a prestação jurisdicional, cuidando o Tribunal de organizar a infra-estrutura necessária para o exercício da atividade jurisdicional.

J Razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação (artigo 5º, inciso LXXVIII).

O constituinte derivado trouxe ao ordenamento jurídico direito consagrado nos mais diversos ordenamentos jurídicos, concedendo-lhe o prestígio de direito fundamental, razão esta que exige maior apreço de todas as autoridades públicas em dotar os procedimentos judiciais e administrativos de meios para que os feitos alcancem solução em prazos razoáveis.

Diversas legislações estabelecem prazos de trâmite em procedimentos e processos, que rotineiramente são ultrapassados pelas mais diversas razões e decerto, quando se alcançar um maior amadurecimento cívico em nosso País, a aplicação da regra será o fundamento para se imporem penas, não só as de prescrição de direito de punir do estado, mas também as de ordem pecuniária, tal como vem a ocorrer nos tribunais comunitários da Europa, cujo ordenamento o

estabeleceu no rol dos direitos humanos e que, por isso, se sujeitam à jurisdição do bloco.

#### **3.1.1.3.2 - Os deveres traçados pela legislação infraconstitucional.**

Os deveres traçados nas normas infraconstitucionais não são limitados aos previstos na Lei Orgânica; muito ao inverso, são também destacados pela codificação esparsa, dando conteúdo e sentido a muitos dos deveres nela constantes

De qualquer modo, eles serão arrolados sem a preocupação de exaurir o tema, até porque o destaque dado para a preparação, seleção e atividade do magistrado desenvolvidos neste trabalho traça uma sorte de deveres éticos concorrentes com os vertidos nas expressões legais, ainda que não tenham alcançado o prestígio de lei em sentido formal, e por isso sejam incapazes de motivar uma sanção disciplinar.

##### **3.1.1.3.2.1 - Os deveres traçados pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional.**

Ao se debruçar sobre os deveres do magistrado, o observador notará que vários deles são redigidos com emprego de conceitos imprecisos, conceitos estes que reclamam que os órgãos vocacionados à persecução e seus

auxiliares sejam escolhidos com especial atenção para uma aguda qualidade interpretativa, a fim de que não se deixem de apurar e punir as condutas que ao nosso tempo, se adequam à moldura legal, assim como não se busque violentar o regramento legal, com a inclusão indevida de condutas que o legislador deixou de acolher como injustas.

Dado o relevo que tais órgãos possuem no tema disciplinar, sobre eles se debruçará após arrolar os deveres, proibições e garantias dos magistrados.

Ao enveredar pelo texto legal da Lei Orgânica, cumpre verificar que, no mais das vezes, o legislador buscou enfatizar a essência da função jurisdicional, atividade em que o magistrado ganha liberdade para atuar de acordo com a interpretação e respectiva convicção, e cujos eventuais erros e desacertos serão corrigidos por meio dos recursos legais cabíveis.

Fora do âmbito processual, tais erros e desacertos podem ser examinados no âmbito administrativo disciplinar, o que impõe o exame do artigo 35 e seus incisos, além dos artigos 37 e 39, para, em seguida, examinar as vedações conferidas pelo artigo 36, todos da LOMAN, que, por sujeitarem o magistrado à mesma carga repressiva, será examinado em conjunto com os deveres, enquanto que as proibições mais severas traçadas pelo artigo 26, inciso II, por acarretarem a perda do cargo, serão examinadas em tópico próprio reservado ao tema.

A - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as decisões legais e os atos de ofício (artigo 35, inciso I).

Logo no primeiro inciso, do artigo 35, o legislador assinalou a conduta que busca no magistrado que, como agente de destaque no processo, deve também cuidar para que os respectivos atos sejam pronunciados de maneira qualificada, assim como os dos órgãos auxiliares.

A qualidade de independência diz muito ao fundamento de toda a Justiça, bem evocada na clássica imagem da balança; daí existir interesse na concessão de garantias aos magistrados para que possam realizar a função deste modo independente, e a conservar tal postura com os demais órgãos políticos, com as partes e até mesmo com os órgãos de grau superior, que, como se disse, apenas possuem competência de derrogação dos erros e desacertos, não, de ascendência para impor esta ou aquela solução.

Esta independência vem acoplada com a serenidade e a exatidão, para que o magistrado cuide de prestar a jurisdição de maneira precisa, sóbria e correta, sem se deter em provocações, destemperos ou incidentes processuais que o incomodam no curso da instrução.

B – Não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar (artigo 35, inciso II).

O dever que mais contribui para o desprestígio do Judiciário, é o atraso na prestação jurisdicional se sujeita à punição quando decorrente de desídia, ou de um comportamento irreverente ou soberbo do magistrado, pois a sobrecarga de serviços é mais regra que exceção, pelo cometimento de trabalho que supera o que razoavelmente se espera do magistrado.

A apuração do que seria razoável esperar de um magistrado necessita de estudos estatísticos, a fim de que se estabeleça uma média impessoal do que se poderia esperar do magistrado médio, no desempenho das atividades que vêm sendo atribuídas ao órgão. Parece que esta poderia ser uma das razões para a Lei Orgânica prever, no artigo 37, a publicação de dados estatísticos dos trabalhos desenvolvidos pelos tribunais, assim como no artigo 39 impôs o envio de informação ao corregedor do número de sentenças proferidas e o número de feitos nos quais excedeu o prazo para proferir despachos e decisões.

Desamparado de tais dados estatísticos o trabalho correcional pode ficar no campo da subjetividade dos órgãos disciplinares, ressalvados alguns casos específicos, em que razoavelmente seria insuperável a idéia de desídia, como foi o caso de magistrado compulsoriamente aposentado, porque em dez anos de judicatura regular só publicou quatro sentenças.<sup>63</sup> (64).

C – Determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais (artigo 35, inciso III).

Ao magistrado é cometido o dever de examinar os feitos, para que os atos processuais, em especial as audiências, as plenárias de júri e as perícias, sejam realizadas nos prazos legais, o que lhe impõe uma atitude ativa de não adiar sem fortes motivos tais atos, de cobrar o comparecimento debaixo de vara das testemunhas renitentes, punir com multa e proibir a carga de autos das partes que

---

<sup>63</sup> RMS STJ – 10268/BA

litigarem com má fé, bem como representar por providências disciplinares e criminais contra os órgãos que participam do feito de maneira desidiosa,

O processo deve ser examinado com vistas ao provimento final, o que deixa de acontecer se ocorrem distrações na falta de lavratura de mandados, cartas precatórias, editais, por vezes dando causa a tumulto processual, incidentes e recursos que só beneficiam aqueles que obtém vantagem com a demora da realização da Justiça. Daí a necessidade de uma postura atenta.

Encarece enfatizar que, enquanto as partes padecem fortemente com a perda de prazos processuais, por conta do fenômeno da preclusão, os magistrados só são suscetíveis de punição administrativa quando não providenciam o necessário para a realização dos atos processuais.

D – Tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, testemunhas, os funcionários e os auxiliares da Justiça, assim como atender a todos que o procurarem e a qualquer momento quando se tratar de providência que reclame e possibilite solução de emergência (artigo 35, inciso IV).

O magistrado deve sempre buscar uma atitude colaborativa com todos os que se ligam com a Justiça, pois assim conseguirá obter a solução mais efetiva, justa e rápida para a controvérsia que lhe foi apresentada, e isto só pode ser alcançado com tratamento cortês, cavalheiresco; pelo qual se evite criar animosidades gratuitas.

A atitude belicosa com aqueles que se ligam à Justiça deve ser evitada com apreço à dignidade da Justiça e à nobreza da jurisdição, até mesmo para não dar margem a atitudes provocativas de uma possível arguição de suspeição.

Este apreço à nobreza da jurisdição deve ser relevado também para que se atendam todos os que procuram o órgão, pois até mesmo como aspecto da cidadania, qualquer um do povo deve sentir-se apto a buscar uma providência jurisdicional. Nem que seja para simplesmente encaminhá-lo a buscar um advogado, já que não poderá judicar em feito que previamente tenha orientado uma das partes.

A atitude de usar servidores para evitar o atendimento de advogados é sinal próprio de insegurança; mas pior ainda é deixar de atender àqueles que o buscam para providências de emergência, pois a preguiça e a indiferença podem ser fatais para aqueles que deixaram de ser albergados pela decisão de emergência, como a experiência tem demonstrado na tutela dos interesses de adolescentes infratores e presos.

E – Residir na sede da Comarca, salvo se autorizado (artigo 35, inciso V).

Este dever foi tratado no item IV, deste capítulo, na parte relativa aos deveres constitucionais, para o qual se remete o leitor.

F – Comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, sem se ausentar injustificadamente antes de seu término (artigo 35, inciso VI).

O dever de assiduidade é posto com o merecido relevo, pois sem ele é difícil manter-se uma convenção de horários e de prioridades do trabalho jurisdicional; os advogados e estagiários não sabem em que horário podem encontrar o magistrado para despachar; as testemunhas para se desincumbirem da respectiva tarefa; o Promotor de Justiça para dar início à formulação de propostas de aplicação de pena alternativa; os serventuários para lhe trazer os processos que carecem de decisões.

Muito por conta dos graves transtornos causados a todos estes é que o legislador admitiu que pelo menos o advogado deixasse o recinto em que aguarda pregão para ato judicial, após trinta minutos de atraso do magistrado designado para presidi-lo, ainda que para tanto tenha de protocolar comunicação a respeito em juízo (Lei 8.906, de 04.7.94, artigo 7º, inciso XX).

G – Exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos (artigo 35, inciso VII).

A par da fiscalização a respeito dos prazos, o magistrado deve examinar a conduta dos subordinados em face de seus deveres funcionais, mas

com atenção ainda maior quanto ao recolhimento das verbas sob a forma de taxas devidas ao Estado, à Carteira dos Advogados e ao ressarcimento de diligências aos oficiais de justiça.

Isto deverá ser feito de forma rotineira e exigida a observância, sem necessidade de provocação das partes.

H – Manter conduta irrepreensível na vida pública e particular (artigo 35, inciso VIII).

A conduta do magistrado na vida pública e particular acaba por trazer reflexos no bom conceito que a Justiça deve gozar; mas o modo como se constata quando uma conduta se sujeita à repreensão é a tarefa de identificação mais árdua dentre os demais deveres.

Uma forte condicionante sempre foi o lugar em que se exerce a jurisdição, pois quanto menor a comunidade, mais direta e minuciosa é a observância do agir do magistrado, até se esvaecer esta observância na vida anônima das grandes cidades, o que pode trazer indisfarçável incômodo aos juizes, notadamente quando a maioria deles é selecionada dentre bacharéis das grandes cidades.

Outro fator delicado diz respeito ao que se toma como aceitável para o magistrado do sexo feminino, e o que é aceitável para o magistrado do sexo masculino, pois as cúpulas dos tribunais ainda são ocupadas majoritariamente por homens, muitos de idade avançada, de modo a ser esperado que,

diante de um comportamento promíscuo de uma juíza, a aflição seja maior do que a de um juiz promíscuo.

A idade e o grau da carreira também suscitam tratamento diferenciado, pois enquanto os pecados dos mais jovens nem sempre são identificados com aqueles realizados pelos filhos dos magistrados de grau superior, os pecados destes últimos são mais facilmente digeríveis pelo processo de identificação e camaradagem que normalmente ocorre nas cortes.

O magistrado em falta com o dever de vida irrepreensível não pode escorar-se no argumento de que isto não influencia seu labor jurisdicional, pois o legislador impôs sua observância, certamente sensível ao sentimento generalizado que todos desejam magistrados que apresentem um grau comparativamente maior que outros de razoabilidade para julgá-los.

Merece menção o exemplo de Dworkin, que tendo dois ladrões, um mais velho e outro mais novo a praticarem um assalto, venha o mais velho dizer para o mais novo que ele estava a fazer uma coisa errada: pois em tal situação não há como se sustentar um julgamento repressivo ao julgado, quando o julgador se apresenta como um faltoso da mesma estirpe.

I – Publicação mensal da estatística de feitos dos tribunais (artigo 37).

Apesar de não constar especificamente como um dos incisos do artigo 36, o artigo 37 traça como um dever dos tribunais a publicação de uma

estatística mensal dos feitos distribuídos a cada magistrado; daqueles recebidos na qualidade de revisor ou por motivo de vistas; o número de votos proferidos; a relação dos feitos em conclusão, cujo prazo foi excedido em decisões como votos, despachos e lavratura de acórdãos.

O legislador fez bem em determinar a publicação dos dados estatísticos dos magistrados dos tribunais, pois, ciente da dificuldade do exercício da disciplina sobre eles, operou um sistema em que os pares e a comunidade podem apurar de maneira individual e objetiva a presença de magistrados desidiosos nas Cortes.

Este dever precisa ser aperfeiçoado, pois a partir do momento em que foram proibidas as férias coletivas em segunda instância, não existe sentido para que os diversos colegiados deixem de designar ao menos uma sessão semanal, sobretudo se levado em conta o princípio da razoável duração do processo e a obrigação de assiduidade, daí que o número de sessões realizadas pelo órgão deveria ser assinalado na estatística, assim como apontada a razão pela qual deixou de participar das sessões.

O sistema não é prejudicado pelo fato de existir uma distribuição integral dos feitos imposta pela Emenda Constitucional de nº 45/04, antes enriquece a publicação, pois auxilia a interpretação do fenômeno do descompasso entre a infra-estrutura humana e material para o desempenho da função, o que antes era oculto pela distribuição limitada ficticiamente por um número eleito como ideal.

O sistema originalmente admitia a representação para o Conselho Nacional da Magistratura, que infelizmente deixou de cumprir a tarefa disciplinar; mas a operosidade demonstrada pelo atual Conselho Nacional de Justiça

decerto vai permitir com mais largueza aos cidadãos comuns de representarem contra os magistrados desidiosos que laboram a partir do segundo grau de jurisdição.

Como a distribuição dos feitos se realiza de forma automática, o magistrado terá uma esperada redução do número de votos, pois o advogado das partes de algum dos milhares de feitos até então represados, passa a peticionar diretamente com o relator a quem for distribuído o feito e, assim, este terá de despende tempo para despachar em tais demandas.

J – Remessa mensal ao órgão corregedor das informações a respeito dos feitos em poder dos juízes (artigo 39).

O dispositivo existente no artigo 39 segue o mesmo tema de controle de eventuais excessos de prazo para se proferirem despachos ou decisões; mas como existe um controle hierárquico direto do corregedor sobre o juiz, a tomada de providências contra tal conduta é muito mais ágil, pois a estrutura organizada para tanto é reconhecidamente mais capacitada para desenvolver o serviço de fiscalização.

Tal como ocorre com os magistrados dos tribunais, um magistrado que em determinada época tenha prolatado maior número de sentenças pode apresentar atrasos em despachos, o que também decorre de um fenômeno de sazonalidade com que são ajuizadas demandas cíveis e criminais, a aparentar como o melhor exemplo disso o súbito ajuizamento de centenas de milhares de ações destinadas ao desbloqueio de dinheiro decretado pelo “Plano Collor”, que notoriamente congestionou a Justiça Federal

### **3.1.1.3.2.2 - Os deveres traçados pelo Código de Processo Civil**

A lista de deveres traçados doravante será feita sem tecer maiores comentários a respeito, com o fim de estabelecer um caráter mais informativo das disposições, do que propriamente aprofundar o estudo dessas normas, que fica a cargo das outras áreas do Direito.

Deste modo, podem ser arrolados como deveres existentes no Código de Processo Civil os seguintes:

**a** – O de exercício pleno da jurisdição civil, em todas as demandas contenciosas ou voluntárias que se processem em território nacional (art. 1º).

**b** – O de não prestar tutela jurisdicional, salvo quando provocado pela parte ou interessado, o que dá conteúdo ao princípio dispositivo que só possui como ressalvas a determinação para que se abra de ofício o inventário, que se exhiba testamento, que se arrecadem bens de herança jacente e bens de ausentes (art. 2º).

**c** – Direção do processo, competindo-lhe assegurar igualdade de tratamento, solução rápida do litígio, prevenir ou reprimir ato contrário à dignidade da justiça e busca da solução conciliatória, a qualquer tempo (art. 125).

**d** – Sentenciar e despachar nos prazos legais, ainda que nas hipóteses de lacuna legal, hipóteses em que deverá se valer dos princípios gerais de direito, da analogia e dos bons costumes, só decidindo por equidade nos casos previstos em lei (arts. 126, 127 e 189).

**e** - Determinar a realização de provas necessárias para a instrução da causa, de ofício ou a requerimento das partes, vedando a produção das inúteis ou protelatórias (arts. 130 e 451).

**f** – Decidir a lide nos limites em que lhe foi proposta, a se valer do livre convencimento (arts. 128, 131 e 456).

**g** – Dar-se por suspeito ou impedido (arts. 134 e 135).

### **3.1.1.3.2.2.3 - Os deveres traçados pelo Código de Processo Penal.**

**a** - O de exercício da jurisdição penal condicionado pelos tratados, convenções e regras de direito internacional, notadamente ao Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha aderido; bem como os foros reservados por prerrogativa de função (art. 1º).

**b** – Requisitar a instauração de inquérito policial, com o fim de apurar crime de ação pública, ou enviar diretamente ao Ministério Público cópias de autos e papéis, bem como documentos para que, em sendo o caso, se proponha a denúncia (arts. 5º, inciso II e 40).

**c** – Rejeitar a denúncia ou queixa quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, já estiver extinta a punibilidade ou for manifesta a ilegitimidade da parte, ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal (art. 43).

- d** – Declarar a qualquer tempo a extinção da punibilidade (art. 61, *caput*).
- e** – Impedir a propositura da ação civil de reparação de danos quando categoricamente for reconhecida a inexistência do fato (art. 66).
- f** – Afirmar a suspeição e abster-se de atuar no feito por força de impedimento (arts. 97, 112, 252 e 254).
- g** – Prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, ainda que para tanto tenha de requisitar a força pública, ou representar ao tribunal para o desaforamento dos processos de júri (arts. 251, 424 e 497).
- h** - Determinar o seqüestro de bens, a restituição deles, resolver o incidente de dúvida a respeito do direito a eles e decretar a perda deles em favor da União (arts. 120, 122 e 127).
- i** - Proceder à verificação da falsidade e instaurar incidente de insanidade mental do acusado (arts. 147 e 149).
- j** – Determinar de ofício a realização de diligências necessárias para o esclarecimento de ponto relevante; ouvir testemunhas, ainda que não arroladas pelas partes; formular quesitos para a produção de perícias, ainda que vão se realizar por meio de precatórias (art. 156, 176, 177 e 209).
- l** – Observar ao acusado o direito de não responder as perguntas formuladas por ele e pelas partes, sem que isto lhe cause prejuízo, bem como que faz jus à assistência da família e do advogado, com nomeação de curador ou de intérprete se necessário (arts. 186, 192 e 194 do CPP e 5º, inciso LXIII, da CF).
- m** – Decretar a prisão preventiva mediante ordem escrita, bem como relaxar a custódia daquelas feitas sem respaldo legal, com ou sem fiança, assim como reconhecer ter sido ela quebrada (arts. 282, 311, 321, 322 e 328).

**n** – Prolatar sentença com expressa menção dos fundamentos de fato e de direito que levaram à sentença absolutória ou condenatória (arts. 381, 386, 387, 411 e 492).

**o** – Exercer o longo rol de atribuições conferidas ao presidente do Tribunal do Júri, que inclui desde regular a polícia das sessões, com prisão dos desobedientes, passando pela solução dos incidentes e das questões de direito até determinar a realização de diligências, com suspensão da sessão (art. 497).

**p** – Recorrer de ofício das sentenças prolatadas com sede no artigo 411 e nas concessivas de *habeas corpus* (art.574).

#### **3.1.1.3.2.2.4 - Os deveres traçados pelo Código Judiciário do Estado de São Paulo.**

O Estado de São Paulo editou o Código Judiciário por meio do Decreto-lei Complementar de nº 3, de 27.8.69, que no artigo 190, trouxe deveres muito semelhantes aos firmados na posterior Lei Orgânica, que passaram a ter respectivos contornos revogados em favor dos parâmetros trazidos por esta, dada a incompatibilidade a respeito do tema.

De qualquer modo, por não serem incompatíveis com as regras dispostas pela lei federal e em homenagem à autonomia do Estado-membro, pode se dizer que ainda valem os deveres de usar toga durante o expediente, conforme modelo aprovado pelo Tribunal de Justiça; bem como o de não freqüentar lugares onde sua presença possa diminuir a confiança pública na justiça (artigo 190, incisos III e VIII).

### 3.2 – As Vedações aos Magistrados.

O legislador lançou no artigo 36 aquelas atividades incompatíveis com o cargo de magistrado, ao descrever condutas que aparentam afetar a função desempenhada pela possível perda da imparcialidade, além de, por vezes, implicar em dispêndio da atenção e do tempo do magistrado, além de esmorecer o juramento prestado quando da assunção ao cargo

#### **3.2.1 - Exercer comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou cotista (artigo 36, inciso I).**

O magistrado só pode participar de sociedade comercial na qualidade de acionista ou cotista, mas sem os poderes de direção ou gerência, pois estes são reservados àqueles que exercem o comércio.

O dispositivo abarca o conceito de atividades industriais e de prestação de serviço, pois estas necessariamente tomam uma das formas de sociedade regidas pelas normas comerciais; bem como inclui empresas de grande, médio, pequeno e micro porte, persistindo as vedações mesmo que tenham tais empreendimentos normas regentes mais simples e formalidades mais tênues.

Outrossim, o dispositivo busca afastar o magistrado das conseqüências próprias do malogro da atividade empresarial, como as previstas na lei regente da recuperação e falência de empresa, que a rigor, podem impor a limitação do livre trânsito do magistrado, com prejuízo do interesse público, posto que, a tal título, o Tribunal pode determinar a remoção do magistrado.

O dispositivo harmoniza-se e complementa a proibição do magistrado exercer direção em instituição de ensino, dentro de uma idéia de que ele não deve ocupar-se de outras tarefas que demandem tempo e energia.

**3.2.2. - Exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração (artigo 36, inciso II).**

A vedação é consentânea com o dispositivo anterior, pois, ainda que sem o intuito de obter remuneração, o magistrado igualmente não pode exercer cargos diretivos ou técnicos em quaisquer organizações sociais, ressalvadas as de classe. Nada impede que concomitantemente o magistrado tenha cargo em entidade de cunho regional e nacional, desde que isto se faça sem remuneração.

O impedimento de exercer a direção administrativa ou técnica de estabelecimento de ensino foi lançada no campo das proibições, no artigo 26, § 1º; mas nada impedia de ser incluído afastado de tal campo, dado o alcance desta atividade dentro das expressões contidas no dispositivo ora em comento, que antes já recomendava isto, como será defendido quando se examinarem as proibições.

**3.2.3. - Manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério (artigo 36, inciso III).**

A opinião sobre processos pendentes de julgamento só pode ser feita por meio de obras técnicas ou no exercício do magistério, pois o magistrado atua em tais situações como qualquer outro bacharel em Direito, cujos argumentos científicos serão aceitos ou não, mediante a comum aferição de sua consistência.

A opinião ou o juízo depreciativo manifestados junto aos meios de comunicação trazem desprestígio institucional, por brotar na comunidade uma insegurança quanto à melhor solução dada ou a ser dada em processo judicial, além de exercer influência indevida sobre o colega, no sentido dele tomar esta ou aquela decisão.

O dispositivo não deixa margem para as opiniões dadas *in off*, prática das mais rotineiras dos magistrados lotados nos tribunais superiores, que, por meio do anonimato, fazem chegar aos meios de comunicação o que pensam a respeito de determinados processos.

O fato não só é prejudicial para o prestígio da Justiça, como também, e principalmente, adianta uma decisão que terá a incumbência de prolar, sem que previamente tenha obtido vistas do processo, que de fato é necessária para se esquadrihar na íntegra qualquer feito.

Deste modo, o juízo emitido traz uma sensação de superficialidade, que poderá ser ainda mais desastrosa diante da tendência do magistrado se vincular à primeira impressão, ao invés de adotar uma postura neutra e flexível de examinar todas provas e argumentos antes de emitir o juízo.

### 3.3 – As Proibições conferidas pela legislação infraconstitucional.

O legislador demarcou no artigo 26 da Lei Orgânica as condutas tidas como graves, pois sujeitam o magistrado vitalício à perda do cargo.

A técnica empregada foi correta para tal finalidade, pois traçou regras objetivas e claras, com baixa margem de interpretação aos interessados, como convém a tal tipo de repressão.

O primeiro destaque a ser dado nesta seara é a de que as condutas eleitas na Lei Orgânica foram prestigiadas pelo constituinte no artigo 95, nos incisos I, II e III, o que também se mostrou adequado ao tema, pois dentro do próprio texto constitucional se trabalham com os conceitos de vitaliciedade e com as causas de perda do cargo.

Sobre estas hipóteses não mais se tratará neste trabalho por terem sido examinadas na seara constitucional, mas seria adequado, para a maior

clareza do intérprete, que na própria Carta tivessem sido tais hipóteses arroladas como causas de perda do cargo, tal como ocorreu na Lei Orgânica, ao invés de as arrolarem pelo termo vedação, pois a este título já estavam sedimentadas hipóteses legais de menor ofensividade, tanto que deixaram de ser inseridas dentre as causas de perda do cargo.

De antemão, precisa ficar esclarecido que o juiz não-vitalício pode perder o cargo por meio de procedimento administrativo, pois a reserva de prévio processo judicial só foi deferida claramente ao juiz vitalício, pelo artigo 95, inciso I, da CF, que atribuiu à deliberação do tribunal tal perda.

É certo que esta deliberação será precedida de um processo administrativo, no qual sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, de acordo com o artigo 5º, inciso LV, da CF, bem como será tal deliberação motivada, em sessão pública e tomada pelo voto da maioria absoluta de seus membros, nos termos do artigo 93, inciso X, da Carta.

Nada impede que os regimentos internos dos tribunais sejam elaborados de forma a contemplarem um amplo processo administrativo semelhante ao padronizado pela Lei Orgânica; antes até se recomenda, pois o modelo já foi amplamente examinado nos âmbitos judicial e administrativo, a resultar em um estado de familiaridade benéfica a todos os interessados.

O Supremo Tribunal já teve oportunidade de analisar a demissão de magistrado não-vitalício e, na época, entendeu-se que no estágio probatório este goza de mera estabilidade relativa.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> MS 14533/MG

Enquanto isso, o Superior Tribunal de Justiça vem se pronunciando a respeito do marco de dois anos para se alcançar o vitaliciamento, a existir entendimento pacífico de que o processo administrativo susta a garantia constitucional para além do biênio<sup>65</sup>.

Por outro vértice, aos magistrados vitalícios cabe assinalar que o citado artigo 95, inciso I, bem destacou a necessidade de sentença judicial com trânsito em julgado para o juiz perder o cargo, porque existe Lei Orgânica o inciso I, do artigo 26, que a perda também pode ocorrer por força de crime de responsabilidade.

A perda de cargo por crime comum deve ser adequada ao tratamento ordinário deferido pelo Código Penal, qual seja, não podem ser motivadores de demissão do magistrado crimes apenados com sanções até singelas como são, por exemplo, os crimes de injúria, de lesão corporal culposa ou de violação de correspondência, quanto mais as contravenções, que sequer foram admitidas pelo legislador quando adotou a expressão “crime comum”.

Deste modo, a perda do cargo deve ser analisada mais propriamente como um efeito específico da condenação e só pode ser imposta aos crimes praticados com abuso de poder, descrito na Lei 4.898, de 09.12.65, ou por crimes praticados com violação de dever para com a Administração Pública, capitulados no Título XI, do Código Penal, que abrange as condutas descritas nos respectivos artigos 312 a 359.

---

<sup>65</sup> RMS 4012/MG e RMS 14998/MS

Um problema que poderia ser levantado é que se estaria a operar uma analogia *in mellius*, pois o Código Penal inclui os crimes praticados com abuso de poder, a par dos de responsabilidade e os comuns, como passível de pena de demissão, todavia, isto foi superado pela jurisprudência, que assinalou a integral recepção da referida norma pela atual Carta, daí que tendo a genérica redação do artigo 5º dela incluído os magistrados, não há dúvida de que eles se submetem a tal caderno, que tem dentre suas sanções administrativas a demissão e a demissão a bem do serviço público.

O segundo problema é que na dinâmica do Código Penal, a sanção aplicada deve ser superior a quatro anos, de sorte a se poder aceitar que a prática de vários crimes graves deixam de levar o magistrado à perda do cargo, como nos casos de peculato, extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento; emprego irregular de verbas ou rendas pública; a concussão; corrupção passiva; facilitação ao contrabando ou descaminho; prevaricação, condescendência criminosa; advocacia administrativa e violação de sigilo profissional.

A razão para não levar à perda do cargo diz respeito ao fato notório de que o julgador é fortemente balizado pela pena mínima, e sem circunstâncias agravantes ou causas de aumento de pena. a serem reconhecidas, graças ao tradicional perfil que se espera de um magistrado, pode se admitir como muito difícil de ocorrer a perda do cargo com fundamento na prática de crime.

O crime de responsabilidade é que de fato admite um caminho mais curto para a perda do cargo do juiz, pois pode ser reconhecido pelo seu próprio Tribunal, enquanto os membros do Tribunal vão ser julgados pelos crimes comum e de responsabilidade junto ao Superior Tribunal de Justiça.

Os Ministros deste são julgados pelo Supremo Tribunal Federal, até chegar aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que são julgados por seus pares nos crimes comuns e pelo Senado Federal nos crimes de responsabilidade, conforme fixou o constituinte republicano nos artigos 52, inciso II; 102, inciso I, alíneas “b” e “c”; 105, inciso I; 108, inciso I, alínea “a”; enquanto o constituinte estadual cuidou de estipular isto no artigo 74, inciso II.

As figuras típicas contidas na Lei de Responsabilidade nem sempre são vertidas em termos objetivos, tais como as previstas no artigo 10, ou mesmo dentre as contidas no artigo 39, números 3 e 5, que traz as expressões de “patente desídia” e de procedimento “incompatível com a honra, dignidade e decoro do cargo”, valendo aos intérpretes as cautelas necessárias para a adequação de tais conceitos imprecisos às condutas em exame.

O alcance subjetivo de tais normas é restrito aos ministros do Supremo Tribunal Federal; aos presidentes dos Tribunais Superiores, Regionais Federais, do Trabalho, Eleitorais e de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, além dos Juízes Diretores de Foro ou de função equivalente no primeiro grau de jurisdição.

Por conta de tantas restrições, a perda do cargo tornou-se uma pena de rara incidência, dando espaço maior do que seria esperado e exigido para as penas de disponibilidade e de aposentadoria, que, ao menos, atendem à finalidade de desligarem o magistrado da carreira.

Frise-se que o artigo 26, § 1<sup>a</sup>, da Lei Orgânica não inclui as penas aplicáveis com base na lei de improbidade administrativa, em especial a de perda do cargo e indisponibilidade para as funções públicas, o que infelizmente também é utilizado como fundamento para afastar os magistrados de tal norma,

quando seria interessante incluí-los em tal órbita, no mínimo, por lidarem com orçamentos muito mais expressivos que os da maioria dos agentes públicos e, no máximo, pela mesma razão que o julgador não pode julgar os atos alheios tidos como ilícitos, quando ele próprio os comete.

### 3.4 – As Garantias Constitucionais.

Os órgãos da Magistratura gozam de garantias sediadas na Constituição Federal, necessárias para a manutenção da independência e imparcialidade, tão caros à vida em sociedade, pois como já se disse, de nada adiantaria escolher bons juízes, se estes pudessem sofrer algum tipo de represália por conta de decisões jurisdicionais que tomasse, razão esta que justificou a necessidade de cercá-los com reais garantias.

As garantias foram sintetizadas por Hamilton, que como se disse, apontou que o magistrado não poderia ser independente, se por conta de decisões tomadas ou que fosse tomar, pudesse perder o cargo; ter de se mudar do local em que reside; ou ainda padecer a inquietude de ver a diminuição de seus vencimentos.

Dentre as garantias constitucionais, a vitaliciedade foi a que sofreu mais evidentes e graves violações ao longo de nossa história, apesar de ter sido dogmaticamente contemplada nas cartas constitucionais, daí poder ser dito que o concreto respeito a esta e às demais garantias revelam a existência de uma Administração e de uma cultura política mais amadurecida e estável.

#### **3.4.1 – Vitaliciedade (artigo 95, inciso I).**

A vitaliciedade consiste no vínculo que o magistrado possui com o cargo, que é vocacionado para perdurar por toda a vida funcional desse, só admitindo nosso ordenamento que a perda ocorra por força de sentença judicial transitada em julgado.

A garantia não impede a extinção do cargo, pois em tal hipótese o funcionário passa para a disponibilidade, com todos os vencimentos.<sup>66</sup>

A vitaliciedade importa em prestígio para o magistrado também no aspecto de que diante da extinção do próprio cargo, o magistrado não precisa admitir o aproveitamento em outro indicado pela administração do tribunal, pois pode entrar em disponibilidade remunerada e aguardar o aproveitamento em cargo que lhe seja de interesse no próprio grau de jurisdição, dada a prioridade que passa a ter de escolha sobre os cargos colocados a título de merecimento ainda que os subsídios passem a ser pagos em proporção ao tempo de serviço.

A regra para a obtenção da garantia é a de que no primeiro grau o magistrado só a adquire após dois anos de exercício, desde que no período não tenha sido previamente instaurado processo disciplinar ou ação penal que importe em perda do cargo, hipóteses em que tal prazo é suspenso até a deliberação administrativa do tribunal, como se apontou na referência de nº 55.

---

<sup>66</sup> Súmula 11 do STF

No segundo grau ela é obtida pelo simples ingresso na corte, ressalvados os integrantes dos tribunais eleitorais que ali foram postos na condição de juristas, pois os servem pelo prazo de dois anos no mínimo e no máximo por dois biênios seguidos, nos termos do artigo 121, § 2º, da CF.

A garantia não alberga a perpetuidade, pois ao reverso dos países do *common law*, em que os magistrados permanecem no cargo *during good behavior*, ou em outros termos, desde que não cometa um *misbehavior*; a má conduta funcional consiste em nosso País apenas uma das situações clausuladas de perda do cargo, sendo regra de perda do cargo a aposentadoria pelo alcance da idade limite de setenta anos, conforme pacífica jurisprudência a respeito do tema e pelas disposições constitucionais contidas nos artigos 93, inciso VI; e 40, § 1º, inciso II, respectivamente.<sup>67</sup>

A par da conduta funcional, a própria lei orgânica assinalou no artigo 26 serem causas de perda do cargo as decretadas em ação penal, por crime comum ou de responsabilidade.

### **3.4.2 – Inamovibilidade (artigo 95, inciso II).**

A garantia diz respeito ao óbice que a Administração Judiciária possui de remover ou promover o magistrado de uma para outra Vara ou Comarca, sem que antes manifeste expressamente o intento de ser promovido ou removido para uma outra Vara ou Comarca.

---

<sup>67</sup> Súmula 36 do STF.

A garantia existe em face da administração da corte em que o magistrado está vinculado, pois compete privativamente aos tribunais dispor sobre a competência e o funcionamento dos órgãos jurisdicionais, o provimento dos cargos de juízes de carreira e a propositura de criação de novas varas judiciárias, nos termos do artigo 96 da Constituição Federal.

A mudança não pode dizer respeito tão somente à denominação da vara, ou mesmo do município que abrange a vara, pois diz respeito também à região na qual está estabelecida a vara, nas comarcas que abrigam foros regionais.

Mais do que isto, o rol de matérias abrangidas por determinada vara, a rigor, não pode ser reduzido, majorado ou modificado sem que o magistrado tenha a oportunidade de se manifestar a respeito.

A redução, majoração ou modificação de matérias deve ser feita tão somente em nome de princípios que animam todos os atos administrativos, em especial os da racionalidade, da proporcionalidade e o de maior efetividade, em decisão administrativa motivada e tomada em sessão pública, ainda que a pedido dos magistrados envolvidos.

Note-se que se ao mais modesto dos trabalhadores se ampara a dignidade quando o protege de uma demissão indireta, o que não dizer de um magistrado que perde, ganha ou tem modificadas competências afetas à vara judiciária, em favor de outra já criada ou de outra recém criada, daí a necessidade de se expor claramente razões pelas quais se fez isto, como a majoração do número de feitos distribuídos à comarca e demanda que melhor assimila a especialização ou modificação de competências.

Este cuidado com o conteúdo diz muito mais em relação à própria comunidade do que ao magistrado, pois este pode ter trabalhado em matéria penal por mais de uma década e a corte entender que deva ser extinta a vara criminal para dar ensejo à criação de uma vara cível, o que, guardadas as devidas proporções seria o mesmo que afastar do ambiente de trabalho um médico especializado em psiquiatria, para que passasse a ter de trabalhar como cardiologista.

A resistência do magistrado diante do interesse público só pode ser contornada pela disponibilidade com vencimentos integrais ou pela aposentadoria voluntária, pois a remoção por interesse público só se justifica diante do cometimento do ilícito administrativo, ou seja, pela prática de atos não recomendáveis em determinada vara, comarca, sessão ou câmara.

No caso da disponibilidade voluntária, o magistrado não possui o direito líquido e certo de ser aproveitado, havendo um juízo de conveniência da administração para tanto.<sup>68</sup>

### **3.4.3 – Irredutibilidade de subsídio.**

Os subsídios dos magistrados não podem ser reduzidos, ressalvados os descontos destinados a contribuições previdenciárias e impostos gerais, não se admitindo a redução por meio de convenção ou acordo coletivo.

---

<sup>68</sup> Súmula 39 do STF

A garantia tem caráter nominal, de sorte a não estar protegida da corrosão inflacionária, mas estes subsídios são fixados por meio de lei e vinculados nacionalmente mediante os percentuais estabelecidos pelo artigo 37, inciso X, da CF, que foi o modo de se assegurar a dignidade do magistrado e a qualidade da prestação de serviços para o meio social, o que a falta de disciplina nacional a respeito do tema expunha a risco, sendo certo que os bons vencimentos atraem talentos para a Magistratura, enquanto que os maus vencimentos resultam não só em menor atração destes talentos na disputa dentre as demais carreiras jurídicas públicas, assim como estimula que a iniciativa privada os atraia para fora da carreira.<sup>69</sup>

A hipótese de disponibilidade compulsória tem sido aceita de forma unânime pela jurisprudência como hipótese de redução do subsídio, por se entender inexistir incompatibilidade entre a norma constitucional e o artigo 42, inciso IV, da lei orgânica, que a prevê como pena disciplinar, cujo subsídio é pago em proporção ao tempo de serviço.<sup>70</sup>

### 3.5 - Prerrogativas dos Magistrados

As prerrogativas previstas na lei orgânica se destinam ao interesse público, como meio de não perturbar o bom andamento dos trabalhos

---

<sup>69</sup> STF MS 21659/DF, AI 486548 AgR/RJ, RE 372855 AgR/MT e RE 293578/PR

<sup>70</sup> STF RE 76055/MA, TRF 3ª R MS 92.03.083025-1/SP, TJSP MS 66390-0/SP

forenses ou para não expor a risco a segurança do magistrado, enquanto órgão do Estado que em regra dispensa proteção pessoal ininterrupta.

**3.5.1 – Ser ouvido como testemunha em dia, hora e local previamente ajustados com a autoridade ou juiz de instância igual ou inferior (artigo 33, inciso I).**

A prerrogativa é extensiva a outras autoridades, tal como o previsto no artigo 411 do Código de Processo Civil e 221 do Código de Processo Penal, como deferência própria às elevadas funções públicas exercidas, que se interrompem com prejuízo considerável da comunidade que deles se serve, daí porque o mais conveniente é que este serviço sofra o menor prejuízo quando razoavelmente ajustado entre as autoridades.

O bom senso e a cortesia recomendam que o magistrado busque respectiva oitiva no tempo mais breve possível, porque também deve avaliar que respectiva demora prejudica o bom desempenho do serviço público da outra autoridade, servindo-se isto de guia para as oitivas realizadas perante autoridades de quaisquer dos Poderes.

**3.5.2 – Não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do Órgão Especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado (artigo 33, inciso II).**

A prisão de magistrado deve ser controlada de imediato pelo Tribunal a que se encontre vinculado, como meio de garantir a independência e a dignidade do cargo por ele ocupado.

O procedimento da prisão em flagrante por crime inafiançável retoma a feição original do *habeas corpus* concebida na Inglaterra, pois o magistrado preso é obrigatoriamente apresentado ao Tribunal ou respectivo Órgão Especial, enquanto que no sistema do Código de Processo Penal a apresentação consiste em faculdade prevista no artigo 656.

A analogia com o instituto do *habeas corpus* se mostra mais importante ainda na hipótese em que o magistrado estiver impossibilitado de comparecer por conta de enfermidade, pois aí os órgãos do Tribunal, ou respectivo Órgão Especial, devem se deslocar até o local em que estiver o preso.

**3.5.3 – Ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do Órgão Especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final (artigo 33, inciso III).**

O simples fato de ser portador de diploma em curso superior habilitaria à prisão especial, mas em reforço às disposições do artigo 295, incisos VI e VII, do Código de Processo Penal, a lei orgânica cuidou de especificar este dispositivo dentre as prerrogativas do magistrado.

José Raimundo Gomes da Cruz cuidou bem de definir que a prisão especial se distinguiria da comum a que são recolhidos os presos em geral, de sistema celular (presídios e penitenciárias) e coletivo (cadeia pública), enquanto que a sala especial do Estado-Maior seria aquela em que o grupo de oficiais que prestam assessoria a certo comandante estariam cuidando da fiscalização da execução de atividades militares<sup>71</sup>.

A prerrogativa é limitada até o julgamento final, todavia, a cautela e o pouco número de magistrados que cumprem pena corporal tem levado ao cumprimento da sanção nas mesmas condições acima mencionadas.

---

<sup>71</sup> “Lei Orgânica da Magistratura Nacional Interpretada”, Editora Juarez de Oliveira, fls. 59, 2ª edição.

**3.5.4 – Não estar sujeito a notificação ou a intimação para comparecimento, salvo se expedida por autoridade judicial (artigo 33, inciso IV).**

A prerrogativa consiste em complemento à existente no inciso I, dando como suprema a atividade jurisdicional frente às próprias atividades administrativas do Judiciário, ou àquelas próprias ou impróprias desenvolvidas pelos demais Poderes.

O bom senso tem comandado este tipo de restrição e feito com que os magistrados compareçam aos atos de interesse de outros Poderes, em especial o Legislativo, ainda que a título de convite.

**3.5.5 – Portar arma de defesa pessoal (artigo 33, inciso V).**

O dispositivo guarda coerência com as demais prerrogativas, pois cerca de cuidados a função jurisdicional, de molde a permitir que o magistrado tenha serenidade para o cumprimento das respectivas funções, o que por vezes implica em exercê-las em locais perigosos, ou ainda que normalmente os locais não sejam perigosos, as situações políticas, sociais ou pessoais demandem a posse da arma, sem que se corra o risco do pedido ser rejeitado pela autoridade administrativa, o que em outros termos implica em dizer que o juízo da necessidade é feito pelo próprio magistrado e não pela autoridade administrativa.

A norma harmoniza-se com a Lei 9.437, de 20.02.97, a guardar relação de regra especial em face da regra geral, de sorte que a simples condição de magistrado, vitalício ou substituto, já o habilita a portar armas de fogo, mas apenas as categorizadas como de defesa pessoal, pois as que não se inserem em tal classificação, não admitem o porte ora em comento.

**3.5.6 – Envio dos autos de investigações civis ou militares ao Tribunal ou Órgão Especial competente para julgamento, quando existirem indícios de envolvimento de magistrado, a quem doravante competirá o prosseguimento das investigações (artigo 33, parágrafo único).**

A autoridade civil ou militar não possui atribuição para indiciar magistrado, pois diante dos indícios de envolvimento dele, deverá enviar os autos para o prosseguimento das investigações.

Em crimes praticados em concurso de agentes, o Órgão Especial ou Tribunal deve examinar com cautela a conveniência de passar a compartilhar informações e a estimular diligências com as autoridades que até então exerciam a investigação, pois se por um lado se deve preservar a serenidade do magistrado, por outro lado, a concorrência do magistrado para a prática do ilícito por vezes pode se mostrar coerente com uma organização mais complexa, e chefiada por pessoas estranhas à magistratura.

Nesta trilha, o melhor é que não se perca o norte da investigação, nem tampouco o objetivo de preservar a serenidade do magistrado; daí que talvez fosse da maior prudência que se prosseguissem com liberdade as

investigações em face dos demais agentes estranhos ao quadro da magistratura, com proveito da experiência e do tirocínio na tarefa investigatória em que são profissionalmente especializados.

Por conta desta regra, o magistrado que praticar delito em Estado-membro diverso daquele a que está vinculado, estará sujeito ao exame ao Órgão Especial, ou ao Tribunal, com o qual possui vínculo disciplinar.

**3.5.7 – Designação dos membros do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral e do Tribunal Superior do Trabalho pelo título de ministros e dos membros dos Tribunais de Justiça pelo título de desembargador, sendo o de juiz, privativo dos integrantes dos outros Tribunais e da magistratura de primeira instância (artigo 34).**

O artigo merece atualização à luz da atual Carta, que extinguiu o Tribunal Federal de Recursos e criou o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, conferindo aos membros do primeiro o título de ministros e de juízes ao segundo.

Os membros dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais do Trabalho modificaram regimentalmente a denominação de seus membros, para que sejam chamados de desembargadores; enquanto que os regimentos internos dos Tribunais de Justiça conferiram o título de desembargador aposentado aos membros que passam para a inatividade.

As medidas são inconstitucionais, pois ao proceder à grande reforma judiciária por meio da EC 45/04, o constituinte derivado manteve as denominações conferidas pelo legislador complementar, como se pode ver na leitura dos artigos 107, 115 e 125 da Carta. Não cabe ao administrador desigualar situações que foram igualadas, notadamente por terem sido conferidas competências clausuladas para serem disciplinadas por meio de regimentos internos, nos termos do artigo 96 da CF

Contra as resoluções administrativas dos cinco tribunais regionais foi proposta ação original perante o STF, mas o Ministro Celso de Mello entendeu ser inadmissível o conhecimento da controvérsia na Corte, à luz da competência constitucional fixada pelo artigo 102, inciso I.<sup>72</sup>

### 3.6 Conclusões.

I – As punições disciplinares só podem ser impostas por meio de prévia disposição legal, pois a particular conduta do magistrado insere-se dentro do princípio de liberdade, que só admite obrigações decorrentes de lei.

II – Os conceitos vagos contidos na legislação disciplinar só admitem interpretação, não existindo espaço para o desempenho de discricionariedade no processo administrativo, salvo no momento da eventual aplicação de pena.

---

<sup>72</sup> AO – QO 993/DF

III - As clássicas garantias da magistratura apreciaram um processo histórico construtivo, pelo qual, direitos e deveres foram incorporados ao regime estatutário dos magistrados, com o objetivo de assegurar-lhes a independência e a imparcialidade.

#### **4 – AS PENAS DISCIPLINARES.**

O legislador complementar antes de se debruçar sobre o rol das penalidades, cuidou de balizar no artigo 40 que a atividade censória de Tribunais e Conselhos deve ser exercida com o resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado. Isto mostra-se de acordo com a preocupação de se preservar a serenidade do magistrado durante as atividades desempenhadas pelos referidos órgãos, ao qual se inclui o Conselho Nacional de Justiça que, como se falará oportunamente, detém atividade censória paralela aos demais órgãos.

O resguardo à dignidade e à independência não inclui o sigilo em desfavor do magistrado e daquele juridicamente interessado, a parte que o representou perante os órgãos correccionais, assim como respectivos patronos, entendimento jurisprudencial que foi reproduzido expressamente neste trabalho e que trará implicações quanto à análise oportuna da subsistência de sessões secretas, e o acesso ao fundamento das decisões tomadas no processo disciplinar.

Outrossim, o legislador assinalou no artigo 41 da LOMAN que o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar, ou pelo teor das decisões que proferir, limitando tal liberdade se ocorrer excesso de linguagem ou impropriedades.

O que seria o excesso de linguagem já chegou a ser examinado no Supremo Tribunal Federal, merecendo reprodução parcial neste trabalho o voto do Ministro Ari Franco, que em julgado de 05.4.61 referendou pena administrativa aplicada a juiz de São Paulo, que teria utilizado-se de linguagem imprópria, em “estilo chocarreiro e ofensivo”, ao invés de empregar expressões “parlamentares” quando do julgamento de demanda indenizatória promovida por

agricultor contra companhia ferroviária. O trecho da sentença que deu fundamento a tal voto ora é reproduzido:

*“A besta foi embarcada em condições normais. Era saudável. Morreu porque teve pela frente burros, que não souberam encabrestá-la”.*<sup>73</sup>

Assinale-se que o tema das opiniões não aceita uma liberdade cerceada tão somente pela impropriedade e excesso de linguagem, pois como já foi dito, o magistrado deve se abster de emiti-las quanto a processos pendentes de julgamento, ou mesmo lançar juízo depreciativo sobre atos judiciais, ressalvado se isto for feito nos autos, em obras científicas ou no exercício do magistério.

Adicione-se ainda que a regra se harmoniza com o dever de tratamento urbano com aqueles com quem se relaciona, o que já seria desejável em termos éticos de prestígio à função jurisdicional, mas que ganhou corpo legal como parte da técnica do seu mister.

Ainda que aparecessem como uma questão intuitiva, as penas disciplinares conservam em relação às faltas disciplinares uma relação de proporcionalidade, não tão exata quanto a “lei de talião”, mas informada pelos princípios de impessoalidade, moralidade e razoabilidade, tudo a impor que a pena disciplinar seja aplicada na exata medida da falta.

O constituinte só entregou atividades administrativas que possam ser desenvolvidas pelo critério da discricionariedade, pela clara dificuldade

---

<sup>73</sup> RMS 7382/SP

de descrever exhaustivamente cada uma das condutas ilícitas, mas nem por isso abdicou de exigir um ótimo resultado na interpretação normativa, pois a comunidade só tem interesse público pelo melhor que possa ser feito pelos respectivos órgãos.

Esta distinção deve ser feita antes da análise das penas, com o objetivo de facilitar o adequado entendimento delas, merecendo destaque que a jurisprudência evolui no sentido de acolher em nosso estágio de desenvolvimento jurídico a proporcionalidade como princípio apto ao reexame jurisdicional.

O Supremo Tribunal Federal pronunciou-se a respeito do que seria apto à tutela jurisdicional sob o ambiente normativo da Carta de 1967, tendo o Ministro Moreira Alves apontado como hipóteses: a aplicação de pena por quem não tinha o poder para aplicá-la, a aplicação de pena que a lei não tinha autorizado aplicar, e quando houvesse preterição de formalidade essencial estabelecida em lei, com o fim de se apurar fato punível.<sup>74</sup>

O Ministro Celso de Mello reiterou tais motivos frente ao ambiente constitucional em vigor, tanto que seriam passíveis de análise em sede de mandado de segurança, assinalando que a nova Carta consagrara a limitação dos poderes da Administração Pública, em contrapartida à intensificação da proteção jurisdicional, quando garantiu ao indiciado em processo administrativo a garantia do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.<sup>75</sup>

O esmo caminho é seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, que aponta o controle jurisdicional à regularidade do procedimento, à luz do

---

<sup>74</sup> RE 84217, no mesmo sentido RMS 2320

<sup>75</sup> RMS 20999/DF

contraditório e do devido processo legal, sem exame do mérito do ato administrativo.<sup>76</sup>

Aquilo em que consiste a matéria de mérito administrativo foi dado pelo Ministro Celso de Mello no referido julgado, a saber, a conveniência, a utilidade, oportunidade e a necessidade da punição.

O que se propõe neste estudo é que, com maior veemência e como elemento próprio da fase da aplicação da pena, a rigorosa observância do princípio da proporcionalidade, o qual possui definição normativa conferida pelo legislador federal como sendo a adequação entre os meios e os fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (artigo 2º, parágrafo único, da Lei 9.784/99).

Em outros termos poderia ser dito que o administrador não pode estabelecer uma desproporção entre os meios utilizados para a obtenção de determinados fins, mesmo porque, o administrador deve respeitar as finalidades que levaram o legislador a lhe entregar determinada competência.

O princípio da proporcionalidade muito bem se acopla com a razoabilidade, que impõe o estabelecimento de critérios aceitáveis ao discernimento comum, o que parece ser obtido ao longo dos tempos, por meio da formação de uma jurisprudência administrativa, tema que será melhor desenvolvido quando se observar o papel reservado ao Corregedor-Geral da Justiça.

---

<sup>76</sup> RMS 6861/DF

A proporcionalidade e a razoabilidade acabam também por convergir para o campo da impessoalidade, pois balizado pelas decisões administrativas anteriores, o administrador fica tolhido no indevido intento de ser mais severo ou mais tolerante com a prática de um ilícito, em que circunstancialmente se submete a julgamento um magistrado por quem se nutre antipatia ou simpatia.

O Superior Tribunal de Justiça inicialmente pronunciava-se por meio de seu Ministro Vicente Cernicchiaro, em julgado da Sexta Turma, como indevida a discussão sobre proporcionalidade para a reforma de pena de demissão, pois as esferas jurisdicional e administrativa possuem comunicação limitada à observância dos julgados da primeira pela última, mas apenas nas hipóteses de absolvição pela falta de provas da autoria e ou da materialidade.<sup>77</sup>

O Ministro Fernando Gonçalves, em voto da Terceira Seção, assinalava com mais consistência de argumentos e à luz da Lei 8.112/90, ser necessária a estrita observância ao princípio da proporcionalidade, ou seja, a devida correlação na qualidade e quantidade da sanção, com a grandeza da falta e o grau de responsabilidade do servidor é imposta à autoridade administrativa, máxime em se tratando de demissão, com minuciosa verificação da natureza da infração, os danos para o serviço público, as circunstâncias atenuantes ou agravantes e os antecedentes funcionais do servidor.<sup>78</sup>

O Ministro Jorge Scartezzini veio trazer mais sofisticação à operacionalidade do princípio em comento, pois em julgado da mesma Seção, pontificou que a inobservância ao princípio consiste em desvio de finalidade, até porque, a dosagem da pena se submete ao princípio da individualização da pena,

---

<sup>77</sup> MS 4561/SP, j. 11.3.96.

<sup>78</sup> MS 6663/DF, j. 13.9.00.

descrito no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, que impõe adequar a punição disciplinar à falta cometida.<sup>79</sup>

A partir de então, o princípio foi invocado como fundamento para a anulação de decisões disciplinares que deixaram de observar o princípio, inclusive em processos de cassação de mandato de deputado estadual e na aposentação compulsória de magistrado, o que, para os fins deste trabalho, descarta qualquer objeção à obrigatória incidência nos processos disciplinares de magistrados.<sup>80</sup>

Assinale-se que os Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina já se pronunciaram pela inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade no âmbito disciplinar.

O primeiro no sentido de que o Judiciário não poderia ingressar sobre a imposição de uma pena mais rigorosa do que a recomendada pela comissão processante, notadamente através de mandado de segurança, que está não pode rever material fático, principalmente quanto à culpabilidade ou responsabilidade do servidor público.<sup>81</sup>

O segundo anotava que o mandado de segurança não seria o veículo adequado, pois o artigo 5º, inciso III, da Lei 1.533/51, assinala que o ato

---

<sup>79</sup> MS 7005/DF, J. 04.02.02.

<sup>80</sup> RMS 14170/AP e RMS 13346/BA

<sup>81</sup> MS 7453/DF, julgado a 04.10.04.

disciplinar não pode ser atacado por este remédio, salvo se praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.<sup>82</sup>

Contudo, eles mudaram o entendimento, pois passaram a votar pela incidência do princípio com chegada do Ministro Quaglia Barbosa, ainda que no campo do mandado de segurança, pois a partir do julgamento ocorrido em 10.11.04, sedimentou-se na Terceira Turma o entendimento de que a proporcionalidade deveria constar da motivação, em especial nas hipóteses de faltas disciplinares insignificantes, que não poderiam ser punidas com a pena máxima de demissão, postura que permanece constante até nos julgados mais recentes, datados de 06.02.06.<sup>83</sup>

#### 4.1 Advertência (artigo 42, inciso I, da LOMAN).

Esta pena é destinada aos casos de negligência no cumprimento dos deveres do cargo, sendo aplicada em caráter reservado e por escrito, tendo o nítido caráter moral de admoestar o magistrado, com vistas a emendá-lo.

Ela se aplica apenas aos juízes de primeiro grau, uma distinção inadequada feita pelo legislador no âmbito da teoria da necessidade das penas.

---

<sup>82</sup> MS 9506/DF, julgado a 14.6.04.

<sup>83</sup> MS 8496/DF, 8845 e MS 10827.

Esta distinção foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, que assinalou reiteradamente a recepção pelo ordenamento jurídico dos dispositivos referentes à aplicação das penas de advertência e censura apenas aos magistrados de primeiro grau, através de um procedimento disciplinado pelo regimento interno do Tribunal, não aceitando que Conselhos Estaduais o estipulassem.<sup>84</sup>

Se a todos os magistrados é exigida a observância de todos os deveres expostos no artigo 35, a possibilidade de negligência a algum deles afigura-se como admissível que quaisquer deles possam incorrer em tal falta, e por conseqüência, deveriam todos se sujeitar à pena de advertência.

A forma como foi redigido o artigo 35, inciso VI, é bastante eloqüente a tal respeito, pois instituiu como dever do magistrado a pontualidade, de sorte a estar presente do início ao término da sessão.

A reiterada negligência ou a prática de procedimento incorreto sujeitam os juízes de primeira instância à pena de censura, o mesmo ocorrendo no caso de procedimento incorreto que não o sujeitassem a punição mais grave.

O que se verifica então é que mesmo sendo negligentes de maneira reiterada aos deveres afetos a todos os magistrados, aqueles assentados na segunda instância não se sujeitam a tal tipo de sanção.

---

<sup>84</sup> ADI 2580/CE, ADI 612-QO, ADI 709-MC e ADI 2370-MC

A interpretação sistemática aponta que o magistrado que ocupasse a segunda instância estaria sujeito à punição gravíssima de disponibilidade, a qual não poderia advir da negligência reiterada, pois a esta se aplica a censura, não se mostrando adequado, repise-se, que aos magistrados de 1ª instância se imponha por tal conduta uma sanção muito menos severa que se aplicaria a um magistrado de 2ª instância.

Outrossim, a prática de uma das condutas previstas nas alíneas do inciso II, do artigo 26, da mesma Lei, não poderiam ser aplicadas aos magistrados de 1ª ou 2ª instância, pois a estas condutas se impõe a perda do cargo.

Apesar de hipoteticamente ser prevista a remoção compulsória aos órgãos de segundo grau, tal medida melhor se aplica a magistrados que causaram tal sorte de transtorno na comunidade em que judicam, que para resguardo do magistrado e prestígio da magistratura, mostra-se conveniente que ele seja de lá removido, ainda que o próprio magistrado não o deseje.

Acrescente-se a tanto o argumento político da inadequação do tratamento não isonômico, pois se um magistrado de segunda instância estiver faltando com os deveres que dele são exigidos pelo artigo 35, o cidadão sentirá pouco estímulo em representar contra o magistrado de grau superior, pois observará impotente a ausência de uma medida censória a atos de negligência de órgão público.

O Direito Penal apresenta grande similitude com o Direito Disciplinar, tendo os criminalistas apontado que além da pena surgir como conseqüência da conduta tipificada, ela se presta a servir de advertência ao resto da comunidade.

Com isto ocorre um processo ordenador, no qual os demais membros desta comunidade, cientes da punição em concreto, abstenham-se de ofender o bem jurídico, o que robustece a consciência social sobre o valor deste bem e potencializa as normas que o protegem.

Na medida em que o magistrado de segundo grau deixa de se sujeitar às penas brandas, os deveres afetos a todos os magistrados claramente se esvaecem.

O objetivo do constituinte aparenta não ter sido este, pois ao editar a EC 45/04, ele impôs a distribuição imediata de todos os feitos, o que ao correr do tempo permitirá observar quais órgãos são mais expeditos e quais são mais lentos, até se chegar a uma análise de a partir de quantos votos se pode formular um juízo de negligência dos últimos.

Convencido por estes e por outros argumentos que se poderiam tecer, o fato é que o relator do “Estatuto da Magistratura” no Supremo Tribunal Federal, o Ministro César Peluso, apontou que o texto irá contemplar as mesmas penalidades para os diferentes graus de jurisdição.<sup>85</sup>

#### 4.2 – Censura (artigo 42, inciso II, da LOMAN).

---

<sup>85</sup> II Encontro Nacional de Juízes Estaduais, 11.10.04, realizado na Câmara Americana de Comércio de São Paulo.

A pena de censura será igualmente aplicada por escrito, por reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo, ou por procedimento incorreto, se a infração não justificar punição mais grave.

O legislador traçou como primeira hipótese de incidência desta pena, a reiteração de condutas ofensivas aos deveres, a qual aparenta ser mais bem qualificada na hipótese da manutenção da conduta negligente, após a aplicação da pena de advertência.

A segunda hipótese é a de procedimento incorreto, mas como em nenhuma parte do texto fala o que seria procedimento incorreto e como a legalidade só admite a aplicação de penas pela inobservância de deveres, vedações ou proibições, o procedimento incorreto só pode ser admitido como uma inobservância a deveres, deveres estes que não incluam especialmente uma idéia de negligência ou ainda a inobservância a vedações, pois estas não admitem uma repressão pela branda pena de censura, pela falta de referência a elas no artigo 43 da Lei Orgânica.

A aplicação da pena de censura implica em deixar de figurar o magistrado na lista de promoção por merecimento, pelo prazo de um ano, mas não é de se duvidar que neste espaço de tempo a Corte recuse a promoção também no critério de antiguidade.

A recusa dá-se pelo voto de dois terços dos membros, com amparo no artigo 93, inciso II, alínea “d”, da Constituição Federal, já tendo o Supremo Tribunal Federal assinalado que a recusa se trata mesmo de uma garantia ao Judiciário, no caso, para a formação adequada dos tribunais.<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> RE 102188/AM

É certo que o Tribunal ou o Órgão Especial deste terá de se harmonizar a ponto de obter quorum tão qualificado que foi reservado para fundar ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria que, tal como este, ainda terá de previamente admitir a ampla defesa, na qual será bem provável que se pondere a respeito do limite da sanção ter sido claramente estipulado pelo legislador, para então motivar a recusa.

Esta recusa pode ser animada pela avaliação de que a conduta foi tão grave que uma promoção daria uma idéia de prêmio ou de prestígio a quem não os merece, ainda mais nos casos de repercussão, pois aquela comunidade que fosse receber o apenado unguido com a promoção ficaria sobressaltada com a prestação jurisdicional que passaria a receber.

A casuística do Tribunal de Justiça de São Paulo aponta que já se admitiu a imposição da pena de censura em hipótese na qual se identificou a prática de um ato administrativo com desobediência à lei ética da instituição, ainda que tenha sido invocado como legal, por se relevar o princípio da moralidade administrativa, que neste ponto se harmoniza com o da legalidade da punição.<sup>87</sup>

Outro exemplo foi o de magistrado que insultou colega por criticar decisão que lhe tinha desagradado, na qual foi tido como irrelevante o fato de a ofensa ter sido proferida pelo magistrado em situação em que não agia no exercício

---

<sup>87</sup> JTJ 248/377

direto de suas funções, pois é dever do magistrado a conduta irrepreensível na vida pública e particular.<sup>88</sup>

Coerente, o Órgão Especial puniu com censura magistrado que portava arma de fogo municuada, em audiência de processo administrativo instaurado contra ele, apesar de claramente não estar no exercício da função.<sup>89</sup>

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça deu relevo ao fato do magistrado ter tido a conduta repreensível durante um processo administrativo, pois considerou que nesta hipótese ele tinha de ser analisado como parte, razão pela qual afastou a pena de advertência que lhe fora imposta, aparentando que esta Corte não andou bem em tal raciocínio, pois a parte só pode atuar nos limites da licitude, não sendo o caso de se admitir o porte de arma do magistrado, se isto for voluntariamente externar o constrangimento de outros, pois a coação no curso do processo é vedada.<sup>90</sup>

A experiência aponta que seria mais interessante que fosse prevista pena autônoma de suspensão do magistrado, ao invés da censura, pois nessa existe uma repressão que sai da esfera funcional, para a esfera patrimonial do magistrado, pois pode ser convertida em pecúnia, levando o punido a uma situação de maior respeito às funções que desempenha, pois a reiterada negligência ou o cometimento de falta grave causa-lhe um gravame mais proporcional à falta.

#### 4.3 – Remoção compulsória (artigo 42, inciso III, da LOMAN).

---

<sup>88</sup> RT 828/200

<sup>89</sup> MS 102.132-0/6

<sup>90</sup> RMS 6720/SP

Pena que atinge frontalmente a garantia da inamovibilidade, ela só pode fundar-se com o quorum de maioria absoluta dos votos, salvo no Estado de São Paulo, que exige serem tomadas por dois terços dos membros do Órgão Especial.

Ela melhor se adequa à hipótese de magistrado que causou grande problema em determinada Comarca, a ponto de abalar o prestígio que a Justiça deve gozar em todas as comunidades.

Ela deixou de ser reservada em exclusividade aos órgãos de primeiro grau, assim como o legislador fez com as penas anteriores, deste modo, nada obsta que os magistrados de segundo grau possam causar tal tipo de transtorno na comunidade em que judicam, a ponto de ser recomendar a remoção, todavia, como ainda não foram criadas as Câmaras regionais autorizadas pelo artigo 125, § 6º, da Constituição da República, a pena se mostra vazia de operacionalidade, tanto que foi afastada de incidência aos órgãos de segundo grau por meio do Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

Diga-se a favor desta excludente trazida pelo regimento que a transferência de uma seção ou câmara para outra de pouco serviria para o prestígio da Justiça, dado que os tribunais estaduais funcionam junto às respectivas capitais, aonde possivelmente teria ocorrido o ilícito administrativo, ressalvada de tal regra a sede do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas, mas mesmo esta exceção antes confirma a regra, dado que os Tribunais Regionais do Trabalho existentes não possuem uma ascendência disciplinar de um sobre o outro para imporem a recepção do magistrado removido para a área territorial do outro.

A bem da verdade, a aplicação da pena de remoção compulsória a magistrados de segundo grau não se deve amparar em mau relacionamento com os colegas de Câmaras ou Turmas, pois a uma conduta repreensível no âmbito público só deveriam ser simetricamente aplicadas as penas de advertência ou censura.

A casuística de motivos para justificar a remoção compulsória neste Estado traz um caso que ganhou notoriedade, pois foi veiculado no “Jornal Nacional” como a “Lojinha do Judiciário”, episódio em que o magistrado teria confiado a pessoas estranhas à magistratura a alienação de bens penhorados em processos que tramitavam perante o Juizado Especial Cível, tendo tais pessoas cuidado da remoção de bens, lavratura de certidão nos autos, além de adjudicação em favor dos próprios alienantes.<sup>91</sup>

No Estado de Minas Gerais foram colhidos como fundamentos da pena, dentre outros, a posse de um caráter sabidamente questionável, dificuldade de caráter do magistrado que traria risco para toda a sociedade; daí por que não o aproveitarem em pedido de remoção para determinada comarca.<sup>92</sup>

Este julgado faz menção à oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre importante elemento da pena, qual seja, decretada a punição, quando juridicamente seria aceitável que ocorresse o aproveitamento do magistrado em outra comarca, tendo o Ministro Célio Borja muito bem pontificado que o período de dez anos do caso que lhe fora apresentado, se equivalia a uma

---

<sup>91</sup> MS 097.256-0, j. 26.3.03.

<sup>92</sup> P 1.0000.00.172406-1/00 (1)

disponibilidade, tendo sido uma das razões que o levaram a impor o aproveitamento imediato do juiz.<sup>93</sup>

O primeiro motivo foi posto pelo Ministro Célio Borja naquele julgado, pois se mostrava altamente censurável que em um País com notória carência de juízes, se deixasse um magistrado sem concorrer para o enfrentamento do trabalho jurisdicional e ainda ficasse a receber subsídios enquanto não fosse aproveitado.

Outro motivo bastante forte é o fato de que se um magistrado é apenado com a remoção compulsória, é que ele não deveria ser apenado com a pena mais severa da disponibilidade ou da aposentadoria compulsória, pois o que se acredita é que atualmente deve existir um apreço ao princípio da proporcionalidade; daí configurar ofensa à dignidade do magistrado lançá-lo no limbo jurídico da falta de exercício jurisdicional, sem que tenha sido desligado do cargo.

A discricionariedade do aproveitamento não oferece ensejo ao desprezo da finalidade para a qual foi conferida a outorga da competência ao órgão administrativo, na medida em que o aproveitamento deve ocorrer sem tardança, existindo apenas direito de escolha da Corte para qual Comarca deve ser feito tal aproveitamento.

O magistrado removido compulsoriamente deveria ser aproveitado de imediato; mas caso o interesse público se inclinasse em alojar o magistrado e família em uma comarca mais próxima do local de residência do magistrado, ou ao reverso, em uma mais distante do local onde ocorreram os fatos,

---

<sup>93</sup> RE 114.796/MG

seria razoável se deixar para uma próxima remoção o aproveitamento em comarca com tais características, mas nada além disso, pois a abertura de vaga com tais ou quais características é absolutamente aleatória.

Outro caso foi o de Magistrado que deixou de fornecer lanche a mesários, apesar de ter recebido verba para tal fim do Tribunal Regional Eleitoral; ter contraído elevadas dívidas em várias instituições financeiras; ter em uma delas ofertado como garantia uma fazenda que não era de sua propriedade, inclusive dos semoventes que ali existiriam, a par de ter procurado colegas de Comarca, com o objetivo de favorecer partes em processos que estavam sob a competência destes<sup>94</sup>.

Episódio que suscitou viva controvérsia quanto à necessidade da remoção com o recebimento do processo administrativo, foi o de uma Juíza que possuía um terreno vizinho ao do Promotor de Justiça da Comarca e, desgostosa com a construção de um muro por este, onde até então havia uma cerca de arame farpado que lhe permitia avistar integralmente respectivo roseiral, resolveu derrubá-lo a marretadas. Com a chegada da polícia, o Promotor de Justiça teria efetuado disparos para cima, ante o fato dos milicianos terem se aproximado da Magistrada antes de se inteirarem com ele a respeito do ocorrido, o que levou o Promotor de Justiça, ao final do episódio, a promover representação criminal contra a Juíza, por conta dos danos e das possíveis lesões corporais que poderiam sofrer quem estivesse próximo do muro.<sup>95</sup>

4.4 – Disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço (artigo 42, inciso IV, da LOMAN).

---

<sup>94</sup> TJMG P 1.0000.00.251719-1/000 (1)

<sup>95</sup> TJMG P 1.0000.00.250567-5/00 (1)

Esta pena consiste no afastamento do magistrado das respectivas funções, por conta de interesse público, o que só pode ser fundado em decisão do voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, diante de fatos mais graves que os puníveis pelas as sanções anteriores, mas sem alcançar a aposentadoria compulsória, quanto mais as hipóteses da pena capital de perda do cargo e do direito a subsídios ou proventos de aposentadoria ou pensões, que como se disse, são tarifadas legalmente.

Ocorre desligamento do órgão das respectivas funções e o tempo em que estiver em disponibilidade será contabilizado para fins de aposentadoria por tempo de serviço, não para promoção por antiguidade, nem para licença-prêmio.<sup>96</sup>

Trata-se de ato complexo, que se constitui com o decreto governamental.<sup>97</sup>

A melhor noção a respeito da autonomia do Judiciário é a de que a carência de ato de órgão do Executivo só é aceitável nos casos em que a nomeação é feita por este, pois, como já se aceitou no Superior Tribunal de Justiça, quem possui competência para prover tem o de nomear e de demitir.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> STJ MS 4237/MS, STF MS 79629/DF e STF MS 14094/SP

<sup>97</sup> STJ MS 328/SC

<sup>98</sup> AI no MS 462/MG

Esta pena é tida como perpétua, segundo a mesma Corte, pois dispensa fundamentação a falta de aproveitamento do magistrado, pois esta decisão é subordinada à conveniência administrativa, aplicando-se ao tema a Súmula 39 do Supremo Tribunal Federal, a qual diz que na falta de lei, o funcionário em disponibilidade não pode exigir judicialmente seu aproveitamento.<sup>99</sup>

A questão de que a nova Carta não impediu o pagamento dos subsídios de forma proporcional já foi pacificada nos tribunais nos tribunais superiores, que apontaram ter ocorrido recepção da disciplina feita pela Lei Orgânica.<sup>100</sup>

Por fim, merece destaque a solução dada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à hipótese de um magistrado que perdeu o cargo por força de condenação criminal, mas foi absolvido em sede de processo revisional, pois os ministros aceitaram a idéia de que fosse reintegrado ao cargo, no qual permaneceria em disponibilidade até oportuno aproveitamento.<sup>101</sup>

4.5 – Aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço. (artigo 42, inciso V, da LOMAN).

---

<sup>99</sup> MS 318/PA

<sup>100</sup> STF 143776/SP e STJ MS 1151/PR

<sup>101</sup> RE 143776/SP

Pena mais severa, aplicável por meio de processo administrativo, a aposentadoria compulsória desliga de maneira definitiva o magistrado vitalício, impedindo seu reaproveitamento.

Tem como vantagem comparativa para a administração do Tribunal e dos magistrados em atividade, que a respectiva Vara ou Comarca passa a admitir o preenchimento pelos critérios de remoção ou promoção, enquanto que a disponibilidade impede isto, pois só se desliga o sancionado das funções desempenhadas.

Com tal pena cessam as proibições que incidem para os magistrados, pois o punido deixa de ter cargo, sem que ele e seus dependentes percam o direito a uma remuneração proporcional, por meio de proventos de aposentadoria ou de pensão.

Acerca dos proventos proporcionais valem as noções relativas ao tema apontadas quanto à disponibilidade, qual seja, a norma foi recebida pela atual carta e não fere a garantia da irredutibilidade de salários.

O Superior Tribunal de Justiça já externou o reconhecimento de que o magistrado aposentado compulsoriamente faz jus à contagem de tempo prestado perante outros tribunais, mas valem as restrições trazidas pelo artigo 40, da Constituição Federal que, no parágrafo segundo, limita o valor de ganho, caso exceda a remuneração do respectivo servidor, bem como impede no parágrafo sexto a percepção de mais de uma aposentadoria à custa do regime geral previdenciário.<sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> MS 1982/MS

Como casuística de hipótese em que se sancionou magistrado com a aposentadoria compulsória, lembre-se o caso de magistrado que determinou a prisão do Procurador do Município, mas esta pena acabou por ser revertida no Superior Tribunal de Justiça.

A razão para tanto foi que o decreto prisional decorreu de situação concreta, de forma motivada, de aparente desobediência a ordem judicial, sem que se tenha demonstrado a má fé do magistrado, assim como a alegada falta de fiscalização dos respectivos serviços cartorários, a qual teria sido reavivada para dar suporte à pena, quando anteriormente tinham sido consideradas como satisfatórias as razões apresentadas pelo pretense faltoso ao Presidente do Tribunal de Justiça.<sup>103</sup>

Em arremate a estas considerações, os proventos não são majorados caso o cargo no qual foi aposentado venha a subir de entrância, pois com a punição decretada, ele perdeu o vínculo com a função jurisdicional que, até então, desempenhava.<sup>104</sup>

#### 4.6 – Demissão (artigo 42, inciso VI, da LOMAN).

---

<sup>103</sup> RMS 13346/BA

<sup>104</sup> RE 69384/SP

O processo de demissão pela via administrativa só é cabível contra juízes não-vitalícios, pois como já foi dito no âmbito da vitaliciedade, contra o juiz vitalício só caberá a pena disciplinar mais grave quando obtida por meio de processo judicial, na clara redação do artigo 95, inciso I, da CF.

A aquisição da vitaliciedade é adquirida pelo juiz pelo simples exercício da função por dois anos, o que levou o STJ a decidir que um tribunal estadual não poderia suspender das funções o magistrado, concluindo que isto resultaria na suspensão do período do estágio, no aguardo das conclusões de sindicâncias instauradas contra o magistrado. O que poderia fazer era ter instaurado o processo administrativo dentro do biênio, pois assim ficaria admitida a pena aplicada, ainda que o desfecho ocorresse após o período de estágio, diante do disposto no artigo 17, § 2º, da LOMAN.<sup>105</sup>

O juiz não-vitalício sujeita-se à pena disciplinar pelo cometimento de faltas graves, nos termos do artigo 47, inciso II, da LOMAN, o que necessariamente afasta os argumentos de negligência, ainda que reiterada, ou mesmo um procedimento incorreto, que são tidas como faltas leves, tanto que o infrator se sujeita às penas de advertência ou censura.

A demissão exige o quorum de maioria absoluta dos membros do tribunal, com fundamentação no voto de dois terços dos membros, nos termos do artigo 93, inciso X, da CF; e

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça prevê que, ao final do biênio, será formada uma comissão destinada a emitir parecer sobre a idoneidade moral, a capacidade intelectual e a adequação ao cargo pelo juiz vitalício, que é encaminhado ao Órgão Especial, no qual será produzida uma resolução a

---

<sup>105</sup> RMS 14998 / MT

respeito da falta de indicação para vitaliciamento por parte dos membros, cabendo ao Presidente do Tribunal de Justiça considerar findo o exercício do juiz substituto (artigos 247 a 250).

O Regimento desta corte admite que o candidato que sofrer restrição apresente defesa escrita, instruída com rol de testemunhas, que serão ouvidas em um processo incidente que correrá pela Corregedoria, com produção de provas, admitindo-se que, ao final destas, o interessado apresente uma manifestação final (artigo 251).

O desempenho insatisfatório não é admitido, em regra, como causa de dispensa antes de alcançado o vitaliciamento, pois Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região traz no artigo 11, inciso II, letra “h”, a admissão para que tão somente que se instaure e se decida pela perda do cargo, nas hipóteses previstas em lei, que atualmente se resume à falta grave.

A cautela apresentada pelo Tribunal Regional mostra-se mais consentânea com a linha de prestígio deferido ao magistrado em estágio probatório, cujo desligamento da carreira é previsto na LOMAN apenas pela prática de falta grave, parecendo que, enquanto não ficarem definidos critérios legais de satisfatório desempenho da função, nem tampouco autorizada a dispensa com base em tal critério, o legislador não teria facultado à Corte a demissão fundada em tal motivo.

Caso venha a ser admitido tal critério de dispensa, poderia ser igualmente incluída uma previsão estatutária, inspirada no artigo 172, da Lei 8.112/96, com o objetivo de proibir a exoneração a pedido, pois caso se evidenciem insatisfatórias as condições do estágio, não se devia dispensar o juiz não vitalício, mas sim, demiti-lo.

Em complemento às causas legais de perda do cargo, merece destaque o fato do STJ ter admitido em julgamento datado de 13.02.06, que o magistrado que alcançou a aposentadoria se sujeita a tê-la cassada, caso o desfecho do processo criminal, instaurado quando ainda estava em exercício, admitisse a perda do cargo, sem que tal solução importe em violação a direito adquirido ou a ato jurídico perfeito.<sup>106</sup>

#### 4.7 – Conclusões.

I – As penas administrativas devem ser previstas como proporcionais à falta cometida, e impessoais em face daqueles a quem se dirige, o que implica em dizer que todas as penas devem ser aplicáveis a qualquer magistrado.

II – Dentre as penas cabíveis, adequada seria a previsão das penas de suspensão e de cassação de aposentadoria, esta última não só para alcançar claramente a prática de crimes praticados no exercício da função, que sujeitariam o magistrado à perda do cargo, como, e principalmente, para dar uma sanção compatível à conduta de advogar perante o órgão do qual se afastou, no período de quarentena constitucional.

III – O desligamento de juiz não-vitalicío deve se fundar apenas no cometimento de falta grave, não em desempenho insatisfatório das funções, à míngua de autorização legal para o exercício de tal discricionariedade.

---

<sup>106</sup> RMS 18763 / RJ

**5 – O EXPEDIENTE APURATÓRIO.**

A fundamentação para se instaurar o procedimento disciplinar normalmente encontra substância em um procedimento pré-processual, ora denominado expediente apuratório.

A expressão expediente apuratório será adotada com o objetivo de evitar equívocos, pois a legislação já assimilou as expressões inquérito civil e sindicância, a primeira como investigação que pode ser feita antes do ajuizamento da ação civil pública, e a segunda como procedimento sumário reservado à imposição das penas mais brandas no âmbito do funcionalismo federal (artigo 8º, § 1º, da Lei 7.347, de 24.7.85; e artigo 133 da Lei 8.112, de 11.12.90).

No tema do expediente apuratório serão explorados o desenvolvimento propriamente dito, e desde já os temas da prescrição, suspeição e impedimento, por entender que sejam passíveis de alegação já em tal seara.

Neste capítulo será examinado o procedimento pré-processual sob uma óptica genérica, assim como no capítulo seguinte os processos judiciais para a perda do cargo, pois no último capítulo serão examinados os órgãos jurisdicionais, e as diferenças existentes em termos de expediente pré-processual e de processos judiciais que variam de uma para outra Corte, notadamente pelas regras dispostas nos respectivos regimentos.

## 5.1 – O desenvolvimento do expediente apuratório.

O tribunal não está submetido ao regime da Lei 8.112/90, que impõe no artigo 143 que de imediato se instaure sindicância para apurar a irregularidade no serviço público, uma vez que esta legislação dispõe ser um procedimento destinado a aplicar as sanções mais brandas, ou uma etapa para a instauração do processo administrativo destinado a aplicar as penas mais severas.

Tampouco se encontra balizado pelas normas regentes do inquérito policial, pois o Código de Processo Penal só terá regras aproveitadas se compatíveis, e no silêncio da lei orgânica.

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional estipulou um processo administrativo destinado a apurar as faltas sujeitas a penas mais brandas, cujo rito é fixado por cada tribunal, e que claramente não constitui etapa para a instauração do processo administrativo (artigos 27 e 48, da LOMAN).

A bem da verdade, nada impede que, instaurado o processo para a apuração das faltas sujeitas a penas mais brandas, o administrador verifique no seu curso tratar-se de hipótese de imposição de pena mais severa, caso em que, cuidará de anular o feito e de encaminhá-lo ao Órgão Especial ou Tribunal, para se deliberar a respeito do início do processo que decreta a pena mais severa.

Aceito o cabimento do expediente apuratório, a operacionalidade dele é feita no âmbito estadual por meio de Juízes de Direito, lotados na Corregedoria-Geral da Justiça, e com delegação para coligirem provas para a efetivação da responsabilidade de magistrados de primeira instância, tendo o

Tribunal de Justiça assinalado com todas as letras a validade desta delegação de instruir, que é feita com respaldo no artigo 295, § 4º, do Regimento Interno.<sup>107</sup>

Executada tal tarefa, tais provas serão tomadas como subsídios para o Conselho Superior da Magistratura instaurar o procedimento pertinente, nos termos do artigo 221, inciso I, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

Caso o Corregedor apure no curso da investigação indícios da prática de crime, a investigação passará a ser presidida pelo Presidente, pelo Primeiro Vice, e pelo Corregedor Geral, respectivamente, com ciência ao Procurador Geral da Justiça (artigo 314, § 2º, do RITJSP).

A situação é diferente quando, no curso de qualquer investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, pois a autoridade policial, civil ou militar cuidará da remessa dos autos para o Tribunal de Justiça, para prosseguimento da investigação, que será presidida por relator sorteado, com ciência ao Procurador Geral de Justiça (artigo 314, § 1º, do RITJSP).

Ao cabo das investigações, o Órgão Especial decidirá a respeito da existência de crime em tese, caso em que remeterá os autos para o Ministério Público; mas em caso contrário, será dada ciência ao Chefe do Ministério Público e à autoridade que iniciou as investigações, para que, em sendo o caso, dê prosseguimento às investigações (artigo 314, § 3º, do RITJSP).

O Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região atribuiu ao Corregedor-Geral a determinação de abrir e realizar inspeções e

---

<sup>107</sup> JTJ 248/377

sindicâncias, podendo delegar competência para um dos Desembargadores Federais, preferencialmente que seja membro do Conselho da Justiça Federal, nos termos do artigo 23, inciso II, do Regimento Interno.

No entanto, a delegação da atribuição deverá ser precedida de solicitação do Corregedor-Geral ao Presidente, que, caso a acolha, emitirá ato próprio para tal fim, tal como prevê o parágrafo único, deste mesmo artigo 23.

Certamente a situação acima disciplinada será modificada em breve, pois dada a necessária expansão do quadro de magistrados da Justiça Federal, em face das demandas sociais para tanto, o Corregedor terá de se valer de um correspondente incremento da estrutura disponível para o desempenho das respectivas tarefas.

Outrossim, é conveniente que se estipule um número mínimo de correições anuais em Varas da Justiça Federal, tal como existe no âmbito estadual, pois com tal parâmetro objetivo, os jurisdicionados provavelmente estariam próximos de alcançarem o ideal de regularidade do serviço jurisdicional e forense.

Os magistrados e funcionários mais facilmente procedem com habitual correição, caso estejam certos de que terão os respectivos atos reexaminados regularmente.

Feitas estas colocações a respeito da fase imediatamente anterior à instauração do expediente investigatório, cabe anotar que iniciado este, não se exige o respeito ao direito de defesa, dado que o sindicado não tem contra si uma acusação, ou se sujeita a uma punição.

Isto implica em dizer que não existe uma formalidade a regular o andamento do feito, a dispensar que todas as diligências sejam pormenorizadas e explicitadas em portaria de instauração, com justificação da necessidade de serem produzidas, a seqüência em que isto será feito ou mesmo explicitadas datas de oitivas do interessado, das testemunhas e do averiguado.

Contudo, a explicitação do encaminhamento é recomendável, pois o administrador não possui vontade própria e por isto deve externar a linha de trabalho lógica que desenvolverá, que só pode ser a vocacionada para se formar um juízo a respeito dos fatos que chegaram ao conhecimento da Administração.

O expediente não se sujeita a alegações de nulidade, pois o modo de encaminhamento das investigações e da fixação das provas não compromete com nulidade o eventual processo disciplinar, pois o caso instaurado, só admitirá no julgamento aquelas provas que passarem pelos filtros depuradores da ampla defesa e do contraditório, com abertura do espaço para serem ou não ratificados os elementos colhidos no expediente apuratório.<sup>108</sup>

Por questão lógica e de controle do órgão correcional, a representação do interessado, a notícia de jornal, rádio, televisão ou qualquer outro elemento informativo deve ser autuado, precedido por uma portaria inaugural do expediente, com numeração e registro em livro próprio, a fim de que os órgãos auxiliares do Corregedor não ganhem autonomia indevida para arquivarem, na prática, o procedimento já no nascedouro.

---

<sup>108</sup> STJ –MS 8130/MS

A cautela recomenda que as diligências que possam ser prejudicadas pelo averiguado sejam produzidas de imediato, tais como a oitiva de pessoas idosas, enfermas e que possam mudar-se para o estrangeiro; a busca e apreensão de documentos; o bloqueio de bens e valores; a quebra do sigilo bancário e telefônico; dentre outras que a casuística evidenciar.

As últimas diligências são de maior rigor, pois interferem na disponibilidade patrimonial e na intimidade do sindicado, de modo que devem ser justificadas expressamente, pois se sujeitam a controle jurisdicional todas as decisões administrativas que invadam a seara privada do indivíduo.

Neste ponto cabe fazer um corte no tema desenvolvido, a fim de nos debruçarmos sobre aspectos relevantes e específicos do expediente apuratório e do próprio processo administrativo: o sigilo, a prescrição, e as exceções de suspeição e impedimento.

## 5.2 – Sigilo.

O contraste entre os valores constitucionais implantados pela atual Carta, com os valores existentes na Lei Orgânica e nos regimentos internos, aponta que a disciplina do sigilo contida na legislação infraconstitucional deve ser atenuada, até porque, não há como se ter controle da legalidade do processo administrativo quando as decisões são tomadas em segredo, o que a jurisprudência tem cuidado de fazer.

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de examinar a controvérsia e não se furtou a se pronunciar a respeito em tal sentido, no REsp nº 1.799/RJ, publicado em RSTJ nº 8, de abril de 1.990, 502/505, cuja ementa é ora reproduzida:

**MAGISTRADO. Sigilo. O processo disciplinar corre em segredo de Justiça. Terceiros não podem tomar conhecimento da fundamentação, provas e circunstâncias. Diferente, porém, quando se trata do interessado. O sigilo não o alcança. Direito público subjetivo ao conhecimento e respectivas certidões, constantes do processo administrativo ou de outros assentamentos.**

Em tal decisão, o relatório do Ministro Vicente Cernicchiaro expressa o entendimento unânime da 2ª Turma daquela Corte, no sentido de que “o sigilo é resguardado na Constituição da República, coerente com a moderna preocupação em preservar a intimidade. Cumpre, no entanto, ressalvar o direito de conhecimento do feito, quando nele se cuidar de interesses que afetem o direito de alguém, ou seja o protagonista do mesmo”.

Consentâneos com tal linha de pensamento estão julgados da mesma corte, a apontarem que o julgamento secreto se mostra incompatível com o processo administrativo.<sup>109</sup>

Por ser mais explícito e didático, cabe também reproduzir a ementa do julgado da 5ª Turma da mesma Corte, no RMS 17078/SP, em que foi relator o Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado a 23.06.04, publicado no DJ a 30.08.04, p. 0309:

---

<sup>109</sup> RMS 1013/PR, 1745/SP e 4686/SP

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. RECLAMAÇÃO CONTRA ATO DE MAGISTRADO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR. VISTA DOS AUTOS NEGADA. DIREITO DO RECORRENTE. PARTE NO RESPECTIVO PROCESSO. Considerando que o respectivo procedimento disciplinar foi movido pelo impetrante e que envolve seu interesse na apuração de possível impropriedade em feito judicial, ao recorrente deve ser concedida vista dos autos e devolução do prazo recursal.**

Em síntese, a melhor interpretação da norma constitucional é a de que interessado em expediente apuratório ou processo disciplinar instaurado contra magistrado, portanto, legitimado para neles atuar, é todo aquele que tem um direito passível de ser afetado pela atividade do averiguado ou acusado, ou teve respectivo direito já afetado pela atividade dele, pois seja a conduta culposa, seja a dolosa, haverá a possibilidade de reparo indenizatório, além da obtenção de subsídios necessários para o ajuizamento de ação rescisória e ação revisional (artigo 5º, inciso LXXV, da CF; artigo 49 da LOMAN; artigo 133 e artigo 485, inciso I, ambos do CPC; e artigo 630 do CPP).

O sigilo deve ser observado desde a instauração do expediente, como um empecilho ao conhecimento de terceiros, a encontrar respaldo para tanto no artigo 5º, inciso LX, da CF, bem como no artigo 27, parágrafos 2º, 6º ; e artigo 40; e artigos 43, 44 e 45, todos da LOMAN.

O que se verifica na prática disciplinar é que o sigilo vem sendo observado, sem necessidade do protagonista invocá-lo nos autos.

Cabe ressaltar que nas hipóteses de se processarem conjuntamente magistrado e funcionário, não é razoável que só se dê publicidade restrita à parte relativa ao último, pois deste modo se burla a reserva conferida ao primeiro

A razão disso é que não só a intimidade do funcionário deve ser preservada, pois a restrição à publicidade processual constitui um benefício disposto em favor de todos, como também, e, principalmente, o Órgão Corregedor estaria por via oblíqua a inviabilizar a manutenção da intimidade que legalmente foi disposta em favor do magistrado.

Cabe destacar que o sigilo foi voltado em favor da defesa da intimidade do protagonista e não, do Órgão Corregedor, de sorte que se o primeiro tiver ciência, por qualquer meio, que se instaurou o expediente, ele terá direito a vista por si, ou por advogado constituído, pois o advogado não possui o direito autônomo de verificar os autos sem mandato, dada a existência de sigilo (artigo 7º, inciso XIII, da Lei 8.096, de 04.7.94, que dispôs a respeito do “Estatuto da Advocacia”).

O STF abona tal entendimento, pois entendeu como do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado, a prerrogativa do advogado acessar os autos de inquérito policial.<sup>110</sup>

O Ministro Sepúlveda Pertence ao relatar o feito não se furtou de conciliar os interesses da investigação e o direito do investigado às informações, a externar o entendimento de que as diligências investigatórias já concluídas devem ser incorporadas ao feito, enquanto que as diligências ainda em

---

<sup>110</sup> HC 82.354-8/PR

curso, ou mesmo as determinações para a realização de outras, cujo prévio conhecimento possa ser frustrado, a explicitar que a interceptação telefônica é o caso mais eloqüente de diligência que não se deve facultar ao indiciado (ou advogado), enquanto não estiver documentada, ou sedimentada nos autos apartados referidos no artigo 8º da Lei 9.296, de 24.7.96.

O prazo para vista pode ser o de cinco dias, em harmonia com os prazos admitidos pela legislação processual, mostrando-se recomendável que seja dada vista em cópia autenticada do feito, quando a carga representar prejuízo para o curso das investigações, quando conter títulos de crédito originais, ou mesmo conter documentos passíveis de exame pericial, a fim de evitar prejuízo por conta de extravio (artigo 185, do Código de Processo Civil; e artigo 133, § 2º, da Lei 8.112/90).

Além do acesso, nada impede que ele proponha a produção de provas, mesmo que ainda não tenha o direito de o fazer, assim como de contraditar as existentes e as que forem feitas, cabendo o Corregedor deverá verificar a necessidade delas, e desde já produzir as pertinentes e afastar as impertinentes.

Repise-se que na busca da verdade real, o Corregedor não atua animado pela noção de vigiar e punir, mas sim, pelo interesse público de buscar elementos conclusivos da existência ou inexistência de uma falta prevista legalmente.

Outrossim, até por medida de economia processual, recomenda-se que, desde logo, sejam fixadas as provas pertinentes, pois enquanto que no expediente apuratório, o lapso temporal para conclusão estará vinculado tão somente aos prazos prescricionais; enquanto no âmbito do processo administrativo são previstos prazos em dias e horas para a instrução do processo disciplinar.

### 5.3 - Prescrição.

As ponderações feitas quanto à fase pré-processual admitem que o averiguado, desde já, alegue a prescrição, pois se a cautela informou ser necessária a instauração do expediente e de produzir as provas pertinentes à formação de um juízo de culpa, nada mais correto do que abortar o quanto antes um processo inviável ou inútil.

O prazo para a instrução do processo administrativo disciplinar dos magistrados, segundo os cálculos do STF e STJ, é limitado a 140 dias, que, caso ultrapassados, justificam a retomada da contagem do prazo de prescrição, que fora interrompido tão logo se instaurou o feito. <sup>111</sup>

Caso seja anulado o processo administrativo, a hipótese de interrupção do prazo prescricional desaparece, passando a ser feita a contagem a partir da data em que o fato tido como ilícito foi conhecido pela Administração. <sup>112</sup>

O marco inicial da prescrição deve ser o momento em que o fato se tornou conhecido, não necessariamente na data em que a Autoridade Administrativa tomou ciência da falta, apesar da lei paulista ainda situar o marco inicial a partir do momento em que inequivocamente a autoridade tomou conhecimento do ilícito (artigo 142, § 1º, da lei 8.112/90; e artigo 261, parágrafo único, da Lei Estadual de nº 10.261, de 28.10.68).

---

<sup>111</sup> STF MS 23436/DF e MS 27728/PR; STJ MS 8418/DF, MS 4549/DF e MS 13439/MG.

<sup>112</sup> STJ MS 7081/DF

Quando a conduta encontrar tipicidade penal e administrativa, o prazo prescricional segue o estipulado para o crime, merecendo menção o fato de que o marco inicial da prescrição, nos crimes continuados ou permanentes, foge da regra geral e ocorre quando cessar a continuidade ou permanência (artigo 111, inciso III, do Código Penal; artigo 142, § 2º, da Lei 8.112/90; e artigo 261, inciso III, da Lei 10.261/68).

Cretella Júnior aponta o absurdo da fixação da data de início coincidir com o da inequívoca ciência, pois nos ilícitos administrativos mais graves, aqueles que a conduta tipifica crimes, o prazo prescricional tem início com a data do fato, de modo a existir um favorecimento do funcionário sujeito a punição por tal falta, pois, em regra, o lapso terá início com a consumação do crime, enquanto que o funcionário sujeito à falta leve, fica à mercê da autoridade administrativa para o resto da vida <sup>113</sup>

O artigo 240 da Lei 10.261/68 previu prazos prescricionais aplicáveis aos funcionários públicos, sendo de dois anos para todas as penas, salvo as penas de demissão, demissão a bem do serviço público ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade, cujo prazo foi estipulado em cinco anos.

O artigo 142, da Lei 8.112/90 aponta expressamente que as penas disciplinares mais graves prescrevem em cinco anos, a de suspensão em dois anos, e em cento e oitenta dias a de advertência.

---

<sup>113</sup> RT 544/11

Na falta de disposições expressas na LOMAN, a analogia é que vai fornecer os prazos prescricionais.

A distinção do critério de início da contagem do prazo prescricional, bem como a diferença dos prazos prescricionais para as penas mais brandas, impõem a escolha da aplicação de uma das duas regras, quando a falta for cometida por magistrado estadual; em tal hipótese deve se fazer a opção pelas regras trazidas pela legislação federal, isto porque, a estrutura da Magistratura foi editada em termos nacionais, de sorte que não se pode admitir que a falta deva ser analisada em conformidade com o vínculo do averiguado ou acusado em face da União ou dos Estados-membros, como majoritariamente vem entendendo o STJ.<sup>114</sup>

#### 5.4 - Impedimento e Suspeição.

Também poderão ser alegadas, desde já, as exceções de suspeição ou de impedimento do Corregedor, em razão de ter atuado em processo jurisdicional incidente sobre os fatos tratados no expediente apuratório. Todavia, tais exceções causam certa polêmica no processo administrativo, o que justifica que desde já sejam examinadas.

A primeira regra a ser disposta é a de que as causas de impedimento e suspeição dispostas nos códigos processuais são de obrigatoria

---

<sup>114</sup> REsp 13439/MG, MS 6566/SP e RSTJ 94/362; em sentido contrário: EDcl no RMS 11584/SE

observância no âmbito administrativo, como, aliás, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, com força no entendimento de que as inibições contidas nestes diplomas são assimiladas aos feitos materialmente administrativos, por existir presunção de parcialidade *jure et jure*, estendidas a tal âmbito mediante os princípios da impessoalidade e moralidade impostos pelo artigo 37, *caput*, da CF (artigos 134 e 135, do CPC; e 252 e 253, do CPP).<sup>115</sup>

O STJ já se pronunciou no sentido de que o desembargador sorteado para funcionar como relator no processo crime não está impedido, ainda que tenha atuado no processo administrativo.<sup>116</sup>

O mesmo entendimento foi expresso quando se analisou a falta de impedimento para conhecer do mandado de segurança, na hipótese em que o desembargador havia atuado na esfera administrativa, no que encontrou apoio em decisão do STF, no sentido de que não teria de se reconhecer impedimento ou suspeição dos membros em sede de mandado de segurança, por conta da LOMAN ter estipulado a competência do próprio tribunal para julgar originariamente este remédio constitucional seus atos e de seu órgãos (artigo 21, inciso VI).<sup>117</sup>

No entanto, o STJ também se pronunciou no sentido de que o magistrado que atuou no processo administrativo, no qual, aliás, propôs e obteve a pena disciplinar, é impedido de atuar no processo crime, tendo sido fundamento desta decisão, a idéia de não se desvirtuar a autonomia entre as esferas administrativa e judicial, com reconhecimento de que a pronúncia de fato ou de direito em outra

---

<sup>115</sup> MS 21814/RJ

<sup>116</sup> HC 40053/MT

<sup>117</sup> STJ - MS 11.794/SP e STF – 103970/RS

instância, prevista no artigo 252, inciso III, do CPP, engloba o conceito do processo disciplinar<sup>118</sup>

O entendimento mais esclarecedor a respeito do tema foi dado em julgamento de *habeas corpus*, que se processou perante o STJ, pois diante de um processo no qual o desembargador tinha atuado como juiz de primeiro grau, cuidou-se de verificar quais atos desempenhara, para que, diante de atos de mero expediente, se afastasse a tese do impedimento, pois a nulidade pressupõe a prática de atos de cunho decisório ou de apreciação e valoração de provas.<sup>119</sup>

O tema do impedimento não aparenta que irá sedimentar-se logo, pois não é fácil advogar pela completa independência entre as decisões administrativas e criminais, pois umas e outras podem ser prolatadas pelos mesmos órgãos, de modo a ser muito provável a hipótese do órgão ter formado o juízo a respeito da culpa logo no primeiro processo que conheceu.

A melhor via de se obterem decisões absolutamente imparciais, pois é disso que se cuida quando se debruça sobre o tema do impedimento e suspeição, é o de tomar por analogia as disposições dos artigos 252, 253 e 254 do CPP, para não só aplicá-las no processo penal, mas também no processo administrativo disciplinar.

A conseqüência é que o magistrado que atuou na instrução do expediente apuratório, como Corregedor, não pode votar, nem no processo administrativo, nem do processo criminal, caso tenha cuidado de enviar o expediente

---

<sup>118</sup> REsp 255457/MG

<sup>119</sup> . HC 18599 / RS

apuratório para fins de análise da prática do ilícito, ao invés de se postar pelo arquivamento.

O Delegado de Polícia realiza um procedimento pré-processual, sem caráter decisório de mérito, mas emite opinião a respeito da existência de elementos da prática do ilícito, que caso convergentes em face de determinada pessoa, justifica o ato de indiciamento.

O Corregedor envolve-se de maneira mais forte com a controvérsia, pois preside a um procedimento pré-processual e pode optar pelo arquivamento, ou pelo encaminhamento destinado à instauração do processo disciplinar, o que tem muito mais peso que o indiciamento feito pelo Delegado de Polícia, pois neste caso, o procedimento só será arquivado se o Ministério Público entender não existirem indícios suficientes para a denúncia.

Neste ritmo, deve ser reconhecido como impedido de atuar no processo administrativo disciplinar todo magistrado que atuou como testemunha no inquérito policial, ou no expediente apuratório; quem atuou como Delegado de Polícia, ou como perito no inquérito instaurado a respeito.

Também aquele que atuou no processo criminal como órgão do Ministério Público, auxiliar da justiça ou perito; assim como parentes de até terceiro grau; parentes estes que não podem ter interesse jurídico na solução do conflito; o mesmo se aplicando ao Corregedor em face do expediente apuratório, quando respectivos atos puderem ser traduzidos em atos de cunho decisório ou de apreciação e valoração de provas.

Esta linha de raciocínio mais restritiva não conta com a simpatia da Corte Paulista, que não considerou impedidos de atuarem no processo administrativo os membros do Conselho Superior da Magistratura, por terem participado de decisão do Órgão Especial, ainda no âmbito da sindicância.<sup>120</sup>

O Supremo Tribunal Federal também não assinala apreço pela extensão do conceito de impedimento e suspeição, pois em hipótese de afastamento disciplinar de juiz eleitoral, não considerou impedidos ou suspeitos os membros do Tribunal Regional Eleitoral que a pronunciaram, para julgarem mandado de segurança interposto contra tal decisão, ainda que para tanto se tenham valido do artigo 21, inciso VI, da LOMAN, para fundamentarem a decisão.<sup>121</sup>

Mais claramente, a Suprema Corte pronunciou-se por meio do voto do Ministro Rodrigues Alckmin, que em julgamento datado de 31/08/1976, formulou entendimento no sentido de que não está impedido de participar de julgamento de apelação proposta para anular aposentadoria compulsória, o Corregedor que presidiu o inquérito administrativo.que deu ensejo à pena.<sup>122</sup>

É necessário salientar que este voto é anterior ao advento da LOMAN que, no citado artigo 21, inciso VI, só atribuiu à própria corte o julgamento de mandado de segurança interposto das próprias decisões ou na de seus órgãos, o que impede a exceção de suspeição ou impedimento, na medida em que normalmente os próprios órgãos que tomaram a decisão atacada pelo remédio são aquelas que o decidirão.

---

<sup>120</sup> MS 58.549-0/4-00, 79257-0/5, 77.732-0 e 097.256-0.

<sup>121</sup> AO-QO 968/AM, no mesmo sentido AO AgR 813/CE

<sup>122</sup> RE 79865 / GO

A contrário senso, o legislador deixou de apontar a competência da própria corte para o conhecimento das demais medidas judiciais, de modo que, nas outras hipóteses, nada impede que se alegue impedimento ou suspeição dos órgãos, por conta deles já terem se manifestado a respeito dos fatos, por meio de atos de cunho decisório ou de apreciação e valoração de provas.

### 5.5 – Conclusões

I – O sigilo no expediente apuratório não alcança o interessado, o averiguado, nem o advogado destes, devendo ser-lhes facultada a análise dos autos, ressalvado quando o conhecimento da diligência a ser determinada puder frustrá-la, ou quando estiver em curso a documentação da mesma.

II – A prescrição das penas disciplinares dos magistrados deve seguir as disposições da Lei 8.112/90, ainda que o magistrado seja vinculado a tribunal estadual.

III – O expediente apuratório deve ser a sede em que a maioria das provas será feita, até mesmo as solicitadas pelo interessado ou pelo averiguado, estas, se pertinentes, porque só carecem ser de imediato instaurados aqueles processos cujo prazo prescricional está próximo.

IV – O sigilo do expediente apuratório, da sindicância ou do processo administrativo não pode ser imposto ao interessado, ou ao averiguado,

V – Suspeição ou impedimento podem ser opostas ao Corregedor já no expediente apuratório, caso este já tenha, em atividade jurisdicional, emitido atos de cunho decisório ou de apreciação e valoração de provas, salvo se tiver sido chamado para atuar em mandado de segurança que incidiu sobre os fatos em análise administrativa.

## **6 – A SINDICÂNCIA E O PROCESSO DISCIPLINAR.**

A Constituição Federal conferiu autonomia aos tribunais, a fim de que pudessem disciplinar os assuntos do interesse próprio, vindo o legislador complementar a atribuir às Cortes a competência para que se fixassem as regras destinadas ao procedimento disciplinar referente às penas de advertência ou censura, por meio dos respectivos regimentos (artigo 96, da CF; e artigo 48, da LOMAN).

Estas penas aplicam-se tão somente a magistrados de primeiro grau, cujos tribunais superiores delas não tratam nos respectivos regimentos internos, a ficar atribuída a análise da disciplina dos juízes ao Conselho Nacional de Justiça, ou aos respectivos tribunais, sendo certo que neste estudo só serão examinados os feitos disciplinares que tramitam perante o CNJ, o STJ, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

A análise deixará de ser feita no âmbito do STF, pela simples razão de ser omissa o regimento a respeito de penas disciplinares sobre os respectivos membros, sequer ao respectivo Plenário, a existir menção tão somente de uma atividade disciplinar prevista no artigo 8º, inciso II, no sentido do Plenário e as Turmas poderem censurar ou advertir juízes das instâncias inferiores, mas tal previsão se fazia a par da competência do Conselho Nacional da Magistratura, de sorte que esta competência pode ser tida como insubsistente em face da atual ordem jurídica, pois ao deferir de autonomia aos tribunais na matéria disciplinar, o constituinte só admitiu compartilhamento com o Conselho Nacional de Justiça.

As penas de remoção, disponibilidade e aposentadoria seguem o procedimento semelhante ao processo judicial de demissão, nos termos do artigo 46, da LOMAN; o que será tratado com mais vagar quando for analisado o processo cível de demissão de magistrado, cabendo tão somente fazer neste momento o destaque ao fato do procedimento exigir o quorum de maioria absoluta, tomado pelo voto da maioria simples dos membros, nos termos do artigo 93, incisos VIII e X, da CF.

Um importante elemento que cabe destacar, antes da análise propriamente dita dos processos administrativos, diz respeito ao papel atribuído ao interessado, que nos termos do artigo 9º, da Lei 8.974, de 29.1.99, consiste naquela

pessoa física ou jurídica, que seja titular de direitos ou interesses individuais, ou mesmo organizações ou associações representativas, no tocante a interesses coletivos, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada.

A ele cabe a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo da oficialidade, de sorte que a Administração é quem tem de cuidar de obter os documentos ou respectivas cópias (artigos 36 e 37, da Lei 8.974/99).

O interessado deve receber intimação dos atos processuais, podendo na fase de instrução juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo, que serão considerados na motivação do relatório (artigo 38, *caput*; parágrafo primeiro; e artigo 41).

Tal como se dá na esfera processual penal, não se deve admitir que o co-réu venha a cumprir o papel de interessado em face de outro magistrado, pois em tal hipótese ele já é parte na demanda (artigo 270, do CPP).

## 6.1 – A Sindicância e o Processo Disciplinar perante o Conselho Nacional de Justiça.

O procedimento disciplinar em termos gerais inicia-se com o recebimento de uma reclamação escrita e dirigida ao Ministro-Corregedor, contendo

notícia de irregularidade cometida por membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive dos serviços auxiliares judiciais ou extrajudiciais, com a identificação e o endereço do reclamante e confirmação da autenticidade (artigo 72, e seu primeiro parágrafo; e artigo 73, do Regimento Interno).

O órgão cuidará de examinar se o fato não se enquadra como infração disciplinar, ou ilícito penal, mas, mesmo quando se configurar, se já não estaria prescrito, pois em tais hipóteses cuidará de arquivar a reclamação sob a idéia de ausência de condição de procedibilidade, com o cuidado de comunicar a decisão ao reclamante (artigo 72, § 2º, do Regimento Interno).

O reclamante que não se conformar com o arquivamento poderá provocar a instância revisora do Plenário, mediante recurso administrativo, mas da decisão do Plenário não mais caberá recurso (artigo 19, inciso XX, do Regimento Interno).

Caso admitida a reclamação, o Ministro-Corregedor cuidará de instaurar sindicância para apurar as irregularidades denunciadas e, para tanto, poderá delegar isto aos demais Conselheiros, ou a magistrados requisitados (artigos 73 a 75, do Regimento Interno).

O prazo para a instrução da sindicância deixou de ser exposto no regimento interno; assim, a analogia com o disposto no artigo 145, parágrafo único, da Lei 8.112/90, conduziria à realização do procedimento dentro do prazo de trinta dias, prorrogáveis por igual período, a juízo do Ministro-Corregedor

As normas regentes da sindicância serão formuladas pelo “Estatuto da Magistratura”, mas nada impede que desde já sejam tomadas as normas

procedimentais das Leis 8.112/90 e 9.784/99, explicitadas como legislação subsidiária no artigo 83, do Regimento.

O prazo acima exposto é mais indicativo, do que uma regra para ser rigidamente seguida, pois o interesse público reclama uma minuciosa investigação dos fatos narrados na reclamação disciplinar, o que pode demandar vários meses para a sedimentação da prova, como na hipótese de se fazer escuta telefônica para apurar o concurso do magistrado com organização criminosa.

Após a sedimentação das provas é que o investigado deve ser ouvido, momento a partir do qual surge o prazo de quinze dias, para que sindicado apresente alegações de defesa, com apresentação de provas, para se demonstrar, em sendo o caso, a improcedência da reclamação (artigo 76, do Regimento Interno).

O encerramento da instrução da sindicância impõe a elaboração de um relatório, incumbindo-se então o Ministro-Corregedor de propor ao Plenário do Conselho o arquivamento, a aplicação das penalidades de advertência ou suspensão, ou a instauração de processo disciplinar (artigo 77, do Regimento Interno).

O Plenário pode deliberar pelo arquivamento, mas caso decida pela imediata aplicação das penalidades de advertência ou suspensão, o procedimento destinado à apuração das penas mais brandas é encerrado (artigo 77, do Regimento Interno)

Caso se decida pela instauração de processo disciplinar, o Plenário desde já poderá deliberar que a sindicância constitua parte integrante do

processo disciplinar, com base na existência de fundados indícios de infração grave, o que deverá ser a regra, pois sendo o fato insusceptível de pena mais branda, a hipótese tratada exhibe elementos de uma grave infração (artigo 78, do Regimento Interno)

Na última hipótese é feita a distribuição imediata a um Conselheiro, que passará a atuar como relator do feito (artigo 82, do Regimento Interno)

O Relator poderá julgar-se suspeito ou impedido logo após a distribuição, mas deverá declarar isto por escrito nos autos, para oportuna devolução à Presidência do Conselho; este cuidará da redistribuição, enquanto que qualquer outro Conselheiro que se julgar impedido ou suspeito deverá averbar isto apenas na sessão de julgamento. (artigo 5º, inciso III; artigo 101, parágrafo único; do Regimento Interno).

O Relator seguirá o rito estabelecido pelo “Estatuto da Magistratura”, mas enquanto este não for aprovado, cuidará de empregar a Lei Orgânica e subsidiariamente as referidas leis federais (artigo 83, do Regimento).

Fixado o Relator, os interessados poderão ter vista dos autos (artigo 45, inciso II, do Regimento).

O Relator pode determinar que venham ao processo disciplinar os autos originais dos feitos disciplinares já instaurados, caso isto já não tenha sido deliberado pelo Plenário, bem como poderá determinar que venham aqueles que com eles guardem relação de conexão ou dependência, mas desde que já estejam findos.

Caso os processos não tenham se encerrado, eles virão compor o processo administrativo sob a forma de traslado, cópia ou certidão, dado que o Regimento Interno teve o cuidado de não admitir que o Relator requisitasse autos em andamento, com o fim de não esvaziar a competência para avocar processos, que por ser uma decisão delicada, que teve respectiva ponderação confiada ao Plenário (artigo 45, inciso V; e artigo 19, inciso IV).

O Relator poderá promover o arquivamento liminar do feito, mas só quando a matéria for flagrantemente estranha às atividades do Conselho, mas caso não o faça, a partir de então passará a instruir o processo, mediante a realização dos atos e diligências tidas como necessárias, tendo o Regimento Interno admitido que se delegue a colheita de provas, mas desde que o faça a magistrado, o qual poderá perder a delegação a qualquer tempo (artigo 45, incisos I, VIII e X; do Regimento; artigo 14, § 2º, da Lei 8.974/99).

Este Conselheiro é incumbido de apresentar relatório sucinto no prazo de trinta dias, com os dados necessários para a decisão do Plenário, sendo certo que nos feitos disciplinares, ao contrário de todos os demais, o processo disciplinar não se sujeita à redistribuição pela ausência do Relator por mais de três dias ou pelo afastamento temporário por mais de trinta dias, tal como o feito em processos de outras classes (artigo 44, e artigo 45, inciso VI, ambos do Regimento).

A propositura, a admissão e a produção das provas afetas ao Conselho seguem a legislação sobre processo disciplinar, que no caso dos magistrados são as duas leis federais citadas, em especial a Lei 8.974/99, que nos termos do artigo 38, estipulou serem admitidas na fase de instrução todas as solicitações de diligências e perícias, bem como a juntada de documentos e a adição de alegações, que só poderão ser recusadas se ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

As audiências serão designadas pelo Relator, com prévia intimação de três dias úteis, nos termos do artigo 41, da Lei 8.974/99, que nos processos disciplinares serão presididas normalmente sob caráter reservado, só com a presença dele, do interessado (acusado e pessoa física ou jurídica com interesse jurídico), dos advogados e do representante do Ministério Público.

Pode ser dito que esta será a tônica das audiências, em virtude de se aceitar esta reserva legal no caso dos magistrados, nas hipóteses de sigilo constitucional, previstas no artigo 5º, inciso XXXIII (segurança da sociedade e do Estado), da Constituição Republicana; mas, mesmo que assim não fosse, ainda haveria o argumento de que a preservação do direito à intimidade recomendaria isto.

A mencionada reserva também será observada nas sessões em que serão apresentados o relatório e os votos. Todavia, os fundamentos para a reserva são reduzidos às hipóteses de preservação da intimidade e do sigilo constitucional, sendo certo que este balizamento da reserva se estenderá para o interessado, pois só poderá obter certidão do que foi decidido, com ressalva dos dados e documentos protegidos nos mesmos termos, tal como o admitido pelo artigo 46, Lei 8.974/99.

Após a instrução, o artigo 44, da Lei 8.974/99, admite que o interessado se manifeste no prazo de dez dias.

A respeito ainda das sessões, nelas se admitiu a sustentação oral, sucessivamente, ao interessado, recorrente ou peticionário e ao réu ou recorrido, além da manifestação do Procurador-Geral e do Presidente do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, seguindo-se as manifestações dos Conselheiros, até ser

feita a tomada dos votos, competindo ao Presidente proclamar a decisão (artigo 57, e seus parágrafos; e artigo 60, do Regimento).

Cabe ainda frisar que o Regimento Interno entendeu de firmar no artigo 80, um procedimento especial para averiguar a falta funcional de injustificado excesso de prazo, que se faz chegar ao Ministro-Corregedor por meio de uma representação dirigida ao Ministro-Corregedor. Este não entendendo ser o caso de indeferimento sumário, solicitará informações ao magistrado, para que ele apresente defesa em quinze dias, com indicação das provas, a cuidar do envio disto ao Plenário, para fins de instauração do procedimento disciplinar cabível, salvo se observar ter ocorrido a perda do objeto, pois em tal hipótese poderá extinguir o feito.

## **6.2 – O Processo Disciplinar perante o Superior Tribunal de Justiça.**

O Regimento Interno do STJ só prevê a competência para a aplicação das penas disciplinares de disponibilidade e aposentadoria por interesse público, declarando no artigo 290, que por escrutínio secreto e pelo voto de dois terços de seus membros, o Tribunal poderá aplicar uma destas sanções a um de seus membros.

Sem traçar quaisquer parâmetros para a operacionalidade do processo propriamente dito, a lógica indica que o Presidente da Corte, ao receber uma representação fundamentada, deverá convocar uma sessão extraordinária do Plenário, pois tal órgão é que foi incumbido de decidir sobre disponibilidade e aposentadoria dos Ministros, para que dentre seus membros seja sorteado um relator,

que também se incumbirá do preparo do feito disciplinar (artigo 21, inciso IV, do RISTJ).

Caso se mostre necessário, o relator é quem cuidará de promover um expediente apuratório, com o fim de suprir eventuais dúvidas, ou levantar outros pontos que lhe pareçam relevantes, para então encaminhar as peças informativas ao Plenário, com o fim de deliberar-se a respeito da instauração do processo.

A instauração do processo permite que o relator cuide de ordená-lo e dirigi-lo e, para tanto, poderá determinar às autoridades judiciais ou administrativas sujeitas à respectiva jurisdição, a tomada de providências relativas ao andamento e à instrução do feito (artigo 24, incisos I e II, do RISTJ).

O rito então passaria a ser exposto no artigo 27, da LOMAN, com oportunidade para a defesa prévia, com produção de provas acompanhada pelo Ministério Público, alegações finais, e decisão em escrutínio secreto, com eventual imposição de uma das penas, desde que exista quorum de deliberação, com presença da maioria absoluta dos membros, aos quais caberá aplicar a pena, desde que tomada por maioria absoluta de votos. Não há mais a necessidade de se tomar a decisão por maioria de dois terços dos votos, pois o constituinte federal não conferiu liberdade para a Corte deliberar por uma votação mais exaustiva.

### **6.3 – A Sindicância e o Processo Disciplinar perante o Tribunal de Justiça de São Paulo.**

O procedimento disciplinar previsto pelo CNJ conta com uma sindicância, que faz as vezes de expediente apuratório e de procedimento para a aplicação das penas mais brandas, mas pode ser tomado como uma parte da instrução do processo disciplinar, caso o Plenário entenda que a falta cometida é grave (artigos 72 a 78, do Regimento do CNJ).

O Tribunal de Justiça regulou a apuração das faltas disciplinares por meio de dois procedimentos muito diversos:

#### 6.3.1 – A sindicância.

O primeiro procedimento verifica-se quando os fatos trazidos até o Tribunal revelam indícios de uma falta leve, cometida por magistrado de primeira instância ou por juiz substituto em segundo grau (artigos 299 a 305, do RITJ).

Os fatos noticiados podem carecer de apuração pelo Corregedor Geral, caso em que, cuidará de apurá-los por meio de um expediente, ao cabo do qual, encaminhará as peças informativas para o Conselho Superior da Magistratura que, diante de indícios veementes de infração, concederá dez dias para que o magistrado se defenda (artigo 300 e 301, do RITJ).

A defesa pode ser rejeitada de plano, caso em que o Conselho impõe a pena cabível, ou caso demande instrução, o Corregedor Geral a conduzirá no prazo assinalado pelo Conselho, com possibilidade do sindicato apresentar razões escritas, no prazo de cinco dias, contados do encerramento da instrução, para em seguida o Conselho proferir a decisão (artigo 301 e 302, do RITJ).

A pena imposta pode ser impugnada por meio de recurso administrativo ao Órgão Especial, figurando como relator do recurso o Corregedor Geral (artigos 304 e 305, do RITJ)

Este rito sumário merece ser adaptado às regras mínimas constitucionais, que impõem a motivação das decisões, a ampla defesa e o contraditório, pois caso deixem de ser observados, podem ser anulados pela via judicial (artigo 5º, inciso LV; e artigo 93, inciso X, da CF).

#### 6.3.2 – O processo administrativo.

Um segundo procedimento existe quando as peças informativas dão conta da prática de falta grave, pois neste caso, de ofício, o Conselho Superior da Magistratura fará a indicação para o Órgão Especial, ou este poderá atender a informação de desembargador, ou a representação do Ministério Público, ou dos Conselhos Seccional ou Federal da OAB (artigos 292 e 293).

O Órgão Especial reúne-se em sessão secreta para autorizar a instauração do processo disciplinar, oportunidade em que também se decidirá pelo afastamento do magistrado. Caso se instaure o processo, o magistrado tem a faculdade de examinar os autos e de se afastar por três dias de suas funções, tudo para que possa realizar com mais tranqüilidade a defesa prévia, dentro do prazo de quinze dias estipulado pela Lei Orgânica (artigos 294 a 296, do Regimento).

O restante das regras regimentais segue as do processo disciplinar estipuladas pela Lei Orgânica, apenas com a distribuição de atribuições entre os órgãos componentes do Conselho Superior, pois caso o processo seja contra desembargador, o Presidente atuará como relator e preparador em todas as fases. Nos demais casos, o Corregedor-Geral cuidará da preparação do feito até a sessão em que se aprecia a defesa prévia que, caso afastada, imporá que a tarefa passe a ser feita pelo Primeiro Vice-Presidente (artigo 295, § 3º, do Regimento).

O procedimento do CNJ mostra-se mais consentâneo com a idéia de imediatidade, pois caso o Corregedor deixe de arquivar de imediato a reclamação, ele desde já cuida de instaurar sindicância a respeito, com apuração dos fatos até verificar que o feito se encontra maduro para a oitiva do investigado. Esta oitiva será o marco inicial da fase em que se admitem a ampla defesa e o contraditório, só levando o feito para o Plenário decidir pelo arquivamento, pela aplicação das penas mais brandas, ou pela instauração do processo administrativo..

Ele confere mais autonomia ao Corregedor-Geral, segue uma linha lógica já consagrada pela da Lei 8.112/90, e foi concebido para bem se adaptar ao Estatuto da Magistratura que, ao prever penas disciplinares para todos os magistrados, certamente levará as Cortes a adotarem um procedimento único para a imposição de penas disciplinares, seja para os juízes, seja para os desembargadores, ao invés de um tão sumário que até dispensa o exercício da ampla defesa para esses, no caso da rejeição sumária da defesa prévia..

O Regimento Interno prevê ainda procedimentos próprios para o vitaliciamento do magistrado e para o reaproveitamento destes, que merecem menção.

O primeiro admite que os membros do Conselho Superior e um advogado, designado pela OAB, formem uma “Comissão do Concurso de Títulos”, que noventa dias antes do término do biênio elaborará um parecer a respeito de cada um dos juízes não-vitalícios, com base nos dados do prontuário do candidato, a fim de verificar a idoneidade moral, a capacidade intelectual e a adequação ao cargo (artigo 248).

Caso exista alguma restrição, esta é levada ao conhecimento do candidato que, no prazo de quinze dias poderá apresentar defesa escrita, com fornecimento de rol de testemunhas, dando margem à instrução que se processará perante o Corregedor Geral (artigo 251)

Caso os títulos sejam considerados insuficientes, os membros do Órgão Especial poderão emitir resolução, pela qual o Presidente considerará findo o exercício (artigo 249 e 250).

Este procedimento é cercado de subjetivismo, aparentando ser melhor que o término do exercício só ocorra por motivo de comprovada falta grave, pois se aos magistrados vitalícios se admite o desligamento da carreira quando a praticam, com maior razão isto deve servir para desligar o juiz não-vitalício.

Outro procedimento digno de nota é o de reaproveitamento do magistrado, ao qual foi aplicada a pena disciplinar de disponibilidade, pois os artigos 306 a 311, do Regimento, admitem que passados dois anos da publicação do ato, o magistrado solicite o aproveitamento em cargo de mesma entrância, no critério de merecimento, instruindo desde já o pedido com rol de testemunhas, que será processado a critério do Conselho Superior.

O julgamento ocorrerá em sessão secreta do Órgão Especial que, decidindo favoravelmente, submeterá o efetivo aproveitamento em alguma vaga; mas caso tenha decidido desfavoravelmente, o pedido poderá ser renovado decorrido um ano da intimação pessoal do magistrado.

#### 6.4 – A Sindicância e o Processo Disciplinar perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

As mesmas distinções do procedimento adotado pelo CNJ em face do Regimento Interno do Tribunal de Justiça se aplicam ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região: são previstos dois procedimentos, um destinado à apuração das penas mais brandas, e outro às penas mais graves.

##### **6.4 1 – A sindicância.**

O procedimento para a apuração de faltas, puníveis com advertência ou censura, terá início por determinação do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, mediante proposta de qualquer dos membros do Tribunal, ou representação do Corregedor-Geral, nos termos do artigo 331 do RITRF.

Acolhida a proposta ou a representação, o Conselho da Justiça Federal da 3ª Região determinará a instauração da sindicância, com garantia de defesa, esclarecendo-se que tal Conselho é integrado pelo Presidente do Tribunal, pelo Vice-Presidente, pelo Corregedor-Geral e por dois Desembargadores Federais eleitos dentre os integrantes do Órgão Especial (artigo 7º e 332, do RITRF).

O Corregedor-Geral procederá à instrução, notificando o magistrado a apresentar defesa prévia no prazo de dez dias, cuidando, em seguida, de realizar as diligências no prazo de quinze dias, prazo este que a razoabilidade e a ampla defesa justificam a dilação, caso necessário (artigo 332, parágrafo único, e artigos 333 e 334, todos do RITRF).

O sindicado poderá apresentar alegações finais e o Conselho reunir-se-á para conhecer das provas colhidas, podendo absolver, impor a pena pelo voto da maioria absoluta dos membros, ou ainda comunica ao Tribunal para que tome as providências necessárias ante a notícia de conduta mais grave (artigos 335 e 337, do RITRF).

A providência de comunicar a prática de fato mais grave apurado na sindicância, consiste em uma abertura para que o procedimento disciplinar se desenvolva em fases, o que é alentador para se evitar procedimentos disciplinares estanques.

#### **6.4 2 – O Processo Disciplinar.**

O processo disciplinar para a aplicação das penas mais graves é comum a todos os magistrados, sejam juízes não-vitalícios, sejam juízes vitalícios, sejam Desembargadores, com fundamento nas condutas previstas na Constituição Federal e na legislação própria, tendo por início determinação do Tribunal, de ofício, ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (artigos 325 a 327, do RITRF).

O procedimento inclui a perda do cargo pelo juiz não vitalício, sem margem para a averiguação de títulos necessários para se alcançar o vitaliciamento e conseqüente encerramento do exercício do cargo, tal como o admitido no âmbito do Tribunal de Justiça; mas não alcança a perda do cargo pelos demais magistrados, como a redação do artigo 325 admite, pois a perda só pode ocorrer por processo administrativo.

O procedimento desenvolve-se segundo o rito previsto no artigo 27, da LOMAN, inclusive com o sorteio do relator do feito, apresentando-se apenas uma distinção quanto ao escrutínio, que se desdobra, de modo que em um primeiro se decide pela procedência da demanda, enquanto no segundo se delibera a respeito da pena (artigo 326, parágrafos 9º e 10º, do RITRF).

#### **6. 5 – Conclusões.**

I – O procedimento administrativo disciplinar existente junto ao Conselho Nacional de Justiça deve ser tomado como padrão pelos tribunais, ainda que afaste os Conselhos Superiores do poder de decidirem a respeito das penas de advertência ou censura, pois partilha com a mais alta instância da corte a decisão a respeito do arquivamento das representações, a imposição de penas mais brandas, ou a instauração de processo para se imporem as penas mais severas.

II – Os regimentos internos do STF e STJ deveriam prever um procedimento administrativo disciplinar, pois em regra aos tribunais foi atribuída a análise da postura ética de seus membros, que é complementada pela atividade censória do CNJ.

III – O regimento interno do TJSP tinha de afastar a previsão de cessação do exercício dos juízes substitutos, com base na insuficiência de títulos extraídos do prontuário contendo dados acerca da idoneidade moral, da capacidade intelectual e da adequação ao cargo pelo candidato, por abrir margem a desnecessário subjetivismo, ao invés de se apoiar em critério objetivo, e previamente escolhido.

IV – Ao juiz não-vitalício não deveria ser condicionada a perda do cargo à prática de conduta prevista na Constituição, ou em Lei, bastando a prática de falta grave, pois se magistrados vitalícios se sujeitam ao desligamento do cargo, sempre que praticam falta grave, com mais motivo deve ser desligado o juiz não-vitalício, posto manter mero vínculo de estágio probatório com a Corte.

## **7 – O PROCESSO JUDICIAL.**

A primeira regra a ser estabelecida no tema do processo judicial, diz respeito ao fato de que só a pena de demissão de juízes vitalícios carece de ser precedida de decisão judicial, com trânsito em julgado, nos termos do artigo 95, inciso I, última parte, da CF.

A segunda é que pode ocorrer a perda por decisão gerada de processo cível ou criminal, mas sempre ela será uma decisão produzida por um colegiado, composto pela totalidade dos membros do tribunal, ou por meio do órgão especial, com quorum de maioria absoluta.

O veredicto será firmado por voto fundamentado de dois terços de seus membros, nos termos da Lei Orgânica, ante o silêncio do constituinte a respeito do tema (artigo 93, incisos IX a XI, da CF, e 27, § 3º, da LOMAN).

A falta de observância de quaisquer destas regras causa nulidade, sem se indagar da existência de prejuízo ao acusado, admitindo o STF que para cumprimento do quorum se valha o tribunal da convocação de juiz de primeiro grau.<sup>123</sup>

A inversão da ordem legal de produção das provas demanda análise do efetivo prejuízo, pois caso irrelevante, não justifica o decreto de nulidade, todavia, a supressão de fase é causa de nulidade, em especial a falta de oferecimento da defesa prévia à instauração do processo administrativo.<sup>124</sup>

Inicialmente falar-se-á do processo de índole cível, para em seguida ingressar no processo criminal, tomando o cuidado de traçar em um e outro a linha genérica, para em seguida apontar as eventuais peculiaridades trazidas pelos regimentos internos a respeito do tema.

## 7.1 – O Processo Judicial Cível.

O magistrado pode perder o cargo por meio da ação cível, apenas pela prática das infrações descritas nos incisos I a IV, parágrafo único, do artigo 95, não se incluindo a conduta prevista no inciso V, a advocacia no período de

---

<sup>123</sup> STF AO 106/MT, AO 238/PE, MS 3520/SE, RHC 6033/MS e STJ RMS 6384/BA

<sup>124</sup> STJ RMS 9144/SP e, RMS 9501/MS e 7977/SE.

quarentena, dada a ausência da pena de cassação de aposentadoria por falta cometida após a saída do cargo.

O rito para a imposição das pena de demissão segue o descrito no artigo 27, da LOMAN; a notícia da falta é levada à Corte, ou a seu Órgão Especial, vindo o magistrado a ser notificado da acusação, passando a contar com quinze dias para apresentar defesa prévia, na qual poderá desde logo evidenciar a negativa da autoria, a inexistência dos fatos, a atipicidade da conduta e a prescrição (parágrafo primeiro).

O Presidente convocará a Corte, ou o Órgão Especial, para examinar a acusação e a defesa prévia, caso tenha esta sido produzida, para que em sessão secreta se decida a respeito da instauração do processo. Se ao final dos trabalhos se decidir pela instauração, o processo será distribuído para um dos membros, que atuará como relator (parágrafo segundo).

Vale a idéia de que a sessão secreta apenas delimita o acesso ao público em geral, conceito no qual se incluem terceiros sem interesse jurídico no feito, pois o acusado e o interessados podem acompanhar os trabalhos, em companhia dos seus advogados.

O modo proposto para a ampla instrução do expediente probatório confere um acervo probatório quase exaustivo dos fatos, e permite aos membros da mais alta instância da Corte, a oportunidade de se debruçarem, desde já, sobre a falta de mérito da acusação, pois a sessão em comento não se destina a fazer um juízo da existência dos fatos e de indícios da autoria, como se fala no âmbito criminal, mas sim, se existem elementos que autorizam a demissão do magistrado, caso venham a serem confirmados no âmbito do contraditório.

Poderá nesta sessão deliberar-se pelo afastamento do magistrado, o que também poderá ser feito no curso da lide, no termos do parágrafo terceiro, sendo certo que o afastamento não implica em prejuízo dos vencimentos, e pode se prolongar até a decisão final (parágrafo terceiro).

A instrução do feito é iniciada com a análise das provas que serão produzidas, cabendo ao relator determinar aquelas que entenda úteis, e indeferir aquelas requeridas que se mostrarem impertinentes ou protelatórias, disso cientificando o Ministério Público, o magistrado ou o procurador constituído, para que possam participar da produção (parágrafo quarto).

Nada impede que o interessado sugira provas ao relator, formule quesitos a peritos, ou perguntas às testemunhas, cabendo ao relator examinar a pertinência em nome do interesse da instrução, contudo, como ao interessado ainda não foi deferida legalmente a participação na produção das provas, não lhe deve ser dada a palavra, como se daria a um assistente da acusação, nem tampouco vistas dos autos, caso isto importe em prejuízo para o regular andamento do feito.

O prazo legal para a produção das provas é de vinte dias, mas é apenas indicativo, pois a razoabilidade justifica que o relator cuide para que sejam produzidas todas as provas úteis, ainda que isto demande mais tempo do que foi conferido ao relator.

A idéia de que o prazo é indicativo reforça-se em face do direito à ampla defesa e contraditório, pois tendo sido conferidos aos acusados nos termos do inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal, não há como se aceitar um balizamento temporal que importasse em prejuízo de tais valores.

Ao cabo da instrução, o Ministério Público e o acusado terão prazo de dez dias, sucessivos, para apresentarem razões, apresentando-se esta fase para o último desenvolver as teses de defesa, que se foram insuficientes para impedir o processamento do feito, agora devem ser adicionadas da análise das provas produzidas durante a instrução, para ver se convencem do melhor acerto da absolvição, ou da aplicação de pena mais branda.

Nova sessão secreta é convocada, que se inicia pela leitura do relatório, e caso exista quorum de deliberação, maioria absoluta, serão tomados os votos dos membros que, por dois terços do colegiado podem impor a aplicação da pena de demissão, ou quaisquer outras mais brandas, estas, por voto da maioria absoluta (parágrafo sexto).

Os votos serão tomados em escrutínio secreto, o que quer dizer que a votação se faz em urna, tal como no júri, sem que se possa identificar quem votou pelo acolhimento e por quais motivos, o que é válido, pois a votação apesar de envolver pena disciplinar, desenvolve-se no âmbito de jurisdição, ao qual não se aplicam as regras dispostas no artigo 93, inciso X, do CPC.

A decisão tomada receberá publicidade apenas da conclusão, o que é harmônico com o sigilo deferido a certas demandas judiciais, mesmo porque isto em nada prejudica o acusado, ou o interessado (parágrafo oitavo).

O legislador ainda apontou que a decisão seria levada ao conhecimento do Poder Executivo, para fins de formalização do ato, mas isto não mais se aplica aos órgãos do Judiciário, pois desde a edição da atual Carta que os

tribunais obtiveram autonomia privativa para proverem os cargos da magistratura, logo, também possuem poder para demitir os magistrados (parágrafo oitavo).<sup>125</sup>

## 7.2 – O Processo Judicial Criminal.

O tema inicialmente será examinado sob os aspectos do foro privilegiado propriamente dito, e do papel reservado àqueles que possuem interesse jurídico no desfecho do tema, para então se subdividir quanto ao modo como foram tratados os processos-crime originais no STF, Senado Federal, STJ, TJSP, e TRF da 3ª Região.

### 7.2.1 O Foro Privilegiado.

O processo criminal contra magistrados apresenta uma grande diferença em relação aos processos criminais comuns, o foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, que ressalvados os Ministros do STF, terá como arena o Tribunal situado no posto superior da hierarquia existente na magistratura.

Nesta linha, enquanto os juízes são julgados pelos respectivos tribunais, os desembargadores são julgados pelo STJ, os ministros dos tribunais superiores pelo STF, ficando como evidente exceção o foro dos Ministros

---

<sup>125</sup> STJ – AI no RMS 462/MG

do STF, que são julgados por seus pares nos crimes comuns, enquanto o Senado Federal os julga nos crimes de responsabilidade (artigo 52, inciso II; artigo 102, inciso I, alíneas “b” e “c”; 105, inciso I, alínea “a”; 108, inciso I, alínea “a”, todos da CF; artigo 74, inciso II, da CE; e 556 a 562, do CPP).

O foro privilegiado, mais do que afastar a competência geral do juízo de primeira instância, por conta da pessoa que se submete ao julgamento, afasta as distinções relativas a crimes apenados com reclusão, detenção, prisão simples ou multa; de natureza culposa, dolosa, contra a vida, hediondo, de imprensa, tóxicos, etc.

A distinção existe tão somente entre o crime de responsabilidade ou comum, e assim mesmo, na esfera de órgãos de cúpula do Poder, pois ao primeiro foi atribuído um julgamento pelo Senado Federal, quando forem réus Ministros do STF ou Conselheiros do CNJ, (artigo 52, inciso II, da CF e; artigo 41 e seguintes, da Lei 1.079, de 10.4.50).

O sistema deve ser preservado da força centrípeta de atração de órgãos de poder ao seu regime, em especial, de órgãos do Poder Executivo, a fim de que não se vulgarize o sistema, tal como ocorreu com o sistema da prisão especial que, restrito às hipóteses expostas pelo artigo 295, do CPP, vem englobando mais e mais pessoas a tal recolhimento, como oficiais da marinha (Lei 5.606, de 09.9.70), dirigentes sindicais e ocupantes de cargo de administração sindical (Lei 2.860, de 31.8.56), pilotos de aeronave mercante (Lei 3.988/61), professores de primeiro e segundo grau (Lei 7.172, de 14.12.83).

A falha que existe no foro privilegiado foi o de atribuí-lo aos Conselheiros do CNJ, quando se tratar de crime de responsabilidade, com o mesmo grau de prestígio dos Ministros do STF; mas, nos crimes comuns manteve a regra

geral, de sorte que os advogados escolhidos pelo Conselho Federal da Ordem, e os cidadãos indicados, um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal, se sujeitam ao juízo de primeira instância, com o qual mantém ascendência disciplinar.

O melhor seria ter coerência com o tratamento dado ao crime de responsabilidade, de modo que o conselheiro se sujeitasse à jurisdição criminal comum do STF, tal como os Ministros desta Corte e dos Tribunais Superiores, ainda que isto só valesse enquanto estivesse no cargo, o que em nada se distinguiria do tratamento reservado aos demais sujeitos ao foro privilegiado.<sup>126</sup>

Aliás, graças ao entendimento de que o foro privilegiado só persiste durante o exercício do cargo, o STF concedeu medida liminar contra a Lei 10.628, de 24.12.02, porque se pretendia a manutenção de competência dos tribunais, mesmo com o término do exercício do cargo, além de impossibilitar que as normas da lei de improbidade administrativa estabelecessem foro privilegiado, ainda que com isso os Ministros tenham afastado a possibilidade da perda de cargo de magistrado vitalício ocorrer por motivos diversos daqueles elencados na Constituição Federal.<sup>127</sup>

Ainda no tema da competência cabe frisar que o tribunal de justiça, ou o tribunal regional federal, mantém competência para o conhecimento e julgamento dos processos criminais de seus juízes, ainda que o crime tenha ocorrido em unidade da Federação diversa da competência da Corte.<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> Súmula 451, do STF

<sup>127</sup> ADIN 2797/DF

<sup>128</sup> RT 412/113, 499/302, 534/389 e 712/442.

### 7.2.2 O Assistente.

O interessado no processo administrativo é o mesmo que pode atuar como assistente da acusação; no entanto, a atuação deste mostra-se mais ampla, o que se justifica pela proporção dos interesses públicos afetados, em um e em outro feito.

O assistente também pode obter subsídios para reverter uma decisão judicial, por meio da rescisão ou revisão, ou mesmo uma para obter um reparo na órbita cível; mas o assistente terá em seu favor um título executivo judicial, caso o magistrado receba a condenação definitiva, que permitirá ao assistente ingressar na órbita cível sem o ônus de discutir a responsabilidade, pois lá pode enveredar diretamente na questão do montante que é devido (artigo 91, inciso I, do CP; 63, do CPP; e 935, do CC).

O assistente tem papel mais importante que o interessado, pois na desídia do Ministério Público, ele próprio pode dar início ao processo criminal, com o papel de efetiva parte no processo. No entanto, não tem sentido falar-se em assistente no processo de ação privada, pois nesta hipótese, o assistente já é parte, tanto que sequer é prevista tal figura na disciplina das ações privadas (artigo 100, § 3º, do CP; e 268 a 273, do CPP).

Todavia, ele também não pode interpor recursos nas hipóteses em que a decisão judicial reconhece a extinção da punibilidade, ou absolve o magistrado, pois, no procedimento regulado pela Lei 8.038, de 28.5.90, que regulou a ação penal originária perante o STF e STJ, não foi dada abertura para tal

possibilidade, podendo ser dito o mesmo em face dos demais tribunais, por força da norma de extensão trazida pelo artigo 1º, da Lei 8.658, de 26.5.93.

### **7.2.3 - O Processo Criminal no STF.**

O processo criminal tratado pela Lei 8.038, de 28.5.90, recebe pouca disciplina do Regimento Interno do STF, pois quando deste se tratou nos artigos 230 a 237, com ele se harmonizou, ao disciplinar de maneira idêntica o processo, ou quando não o fez, melhor especificou a competência dos órgãos. Isto quando não trouxe norma que deve ser tida como revogada pela lei em comento, ou pela própria Constituição Federal.

A tramitação normalmente inicia-se pelo encaminhamento de inquérito policial à Corte, que se incumbirá de sortear um Relator, a quem se admitiu o poder de arquivar as peças, ou desde já pronunciar a extinção da punibilidade, após a oitiva do Procurador-Geral da República (artigos 231 e 232, do RISTF; e artigos 2º e 3º, incisos I e II, da Lei 8.038/90).

Caso apresentada denúncia ou queixa nos termos da legislação processual penal, o magistrado recebe notificação, ainda que por edital, com o objetivo de apresentar resposta, que junto com as peças do feito, será levada para o Plenário decidir a respeito do recebimento da peça acusatória, ou a improcedência, se a decisão não depender de outras provas, que deixaram de ser produzidas, apesar de úteis, para evitar a quebra da prisão do acusado (artigo 231 a 234, do RISTF; e artigos 1º, 5º e 6º, *caput*, da Lei 8.038/90).

Esta sessão deliberativa admite debates , tendo o artigo 234, § 4º, do Regimento Interno estipulado que a parte deliberativa fosse secreta, no sentido de que sequer o Procurador-Geral, o acusado, o querelante e assistente pudessem acompanhar. Todavia, esta regra foi claramente revogada não só pelo artigo 6º, § 2º, da Lei 8.038/90, como também pelo artigo 93, inciso X, da CF, de sorte que por estas disposições fica claro que o Presidente poderá deliberar quem permanecerá no recinto, mas terá de fazer isto de maneira motivada.

Aceita a acusação, o Relator cuidará de citar o magistrado e eventuais co-réus para o interrogatório; mas, caso não encontrados ou se ocultem, será expedido edital, nomeado defensor dativo e dado regular andamento à demanda, não se aplicando a norma subsidiária do artigo 366, do CPP que, em conformidade com a redação dada pela Lei 9.271, de 17.4.96, determina a suspensão do feito e do lapso prescricional, pois a regra claramente não se harmoniza com a especial, que por isso deixa de ser por ela revogada (artigo 2º, *caput*, da Lei 8.038/90).

O réu que comparecer a qualquer tempo será interrogado, prova esta que se desenvolverá em conformidade com as disposições da legislação processual, nos termos do artigo 235, do RISTF, com destaque às disposições dos artigos 186 e 188, do CPP, as quais apontam que o interrogatório do réu preso será feito no estabelecimento penitenciário, bastando que este ofereça segurança; ato que poderá ser delegado a autoridade judiciária da área; aplicando-se também a , e que ao final das perguntas relativas à qualificação do réu, e aos fatos, será dada oportunidade para as partes formularem perguntas complementares (artigo 239, § 1º, do RISTF).

Encerrado o interrogatório, defere-se a produção de defesa prévia em cinco dias, contados do interrogatório, passando a obedecer ao

procedimento comum do CPP, o qual estipula oitiva de até oito testemunhas para cada uma das partes, a começar pelas arroladas pela acusação (artigos 238 e 239, do RISTF; artigos 8º e 9º, da Lei 8.038/90; e artigos 396 e 398, do CPP).

Ao final das oitivas, as partes poderão pleitear diligências, no prazo de cinco dias, em razão de circunstâncias ou fatos apurados durante a instrução (artigo 21, inciso I, do RISTF; e artigo 10, da Lei 8.038/90).

Realizadas as diligências, ou dispensadas estas pelas partes, elas terão quinze dias, sucessivos, para apresentarem alegações escritas, sendo comum o prazo do acusador e do assistente, assim como dos co-réus (artigo 241, do RISTF; e artigo 11, da Lei 8.038/90).

O Relator poderá ordenar outras diligências para sanar nulidade ou suprir falta que prejudique a apuração da verdade, para então lançar relatório, que será passado ao Revisor, que cuidará de pedir ao Presidente que designe data para a sessão de julgamento (artigos 24, 25, 242 e 243, do RISTF; e artigos 11, § 3º, da Lei 8.038/90).

A sessão de julgamento poderá admitir a oitiva de testemunhas arroladas pelas partes, desde que o Relator admita e seja protocolado rol com antecedência mínima de quinze dias (artigo 244, do RISTF; e artigo 12, *caput*, da Lei 8.038/90).

A sessão terá início com a apresentação do relatório, que poderá ser emendado ou retificado pelo revisor, passando-se para a oitiva de testemunhas e peritos, com realização de eventuais diligências, antes de ser dada a

palavra para as partes se manifestarem por uma hora, prorrogável pelo Presidente, assegurado ao assistente um quarto do tempo da acusação, enquanto que ao Ministério Público, nos casos de ação privada, o tempo de trinta minutos (artigos 25, inciso II, e 245, do RISTF; e artigo 12, inciso I, da Lei 8.038/90).

Com o encerramento dos debates, o Tribunal passará a proferir o julgamento, podendo o Presidente limitar a presença no recinto tão somente às partes e seus advogados, ou somente a estes, se o interesse público o exigir, não se mostrando compatível com o atual ordenamento jurídico a disposição do Regimento que afastava a presença das partes e do Procurador-Geral, para então se proclamar o resultado em sessão pública (artigo 93, inciso IX, da CF; artigo 245, inciso V, do RISTF, artigo 12, inciso II, da Lei 8.038/90).

#### **7.2.4 - O Processo Criminal no Senado Federal**

O constituinte reservou ao Senado Federal a competência para o julgamento de Ministro do STF, e de Conselheiro do CNJ, por meio do artigo 52, inciso II, a silenciar a respeito de maiores dados.

O primeiro problema que surge diz respeito ao fato da Lei 1.079, de 10.4.50, estipular figuras típicas de crimes em conformidade com cada uma das pessoas nela indicadas: atribuindo ao Presidente da República aquelas descritas no artigo 4º; aos Ministros de Estado aquelas descritas no artigo 13; aos Ministros do STF, as figuras descritas nos artigos 39; aos Presidentes do STF, dos demais Tribunais e Diretores de Foro, aquelas descritas no artigo 10; e, por fim, no artigo 40 estipulou aquelas atribuídas ao Procurador Geral da República, Advogado-Geral da

União, Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça, estes dois últimos, quando no exercício de atividade de chefia.

Como a analogia em matéria criminal se choca com o princípio da legalidade, pode ser dito que atualmente os Conselheiros não se sujeitam à perda do cargo pela prática de crime de responsabilidade, em obediência ao disposto no artigo 5º, inciso XXXIX, da CF e; artigo 1º, do CP. Parece ser boa medida que o legislador ordinário cuide de incluir isto no texto legal, a prever figuras específicas, ou incluindo os Conselheiros junto com os Ministros do STF no artigo 39, *caput*, e seu Presidente no extenso rol do artigo 39-A, o que guardaria coerência com os demais órgãos que se encontram estruturados no Judiciário..

O Presidente do STF sujeita-se ao reconhecimento da prática dos crimes descritos no artigo 10, que dizem respeito a crimes contra a ordem orçamentária, bem como àqueles descritos nos incisos do artigo 39, nos termos do artigo 39-A, *caput*.

A todos os Ministros se veda a alteração de decisões ou votos proferidos em sessão do Tribunal, salvo se por via de recurso, ou em outros termos, enquanto não encerrada a sessão. Mas nada impede, ou antes se recomenda, que o Ministro modifique o respectivo voto, sempre que ficar convencido de melhores argumentos expostos pelos pares.que lhe seguiram na votação, ou por meio dos debates travados durante a discussão da demanda.

O Ministro também não pode proferir julgamento quando legalmente suspeito na causa, merecendo inclusão em tal figura penal as causas de suspeição e impedimento arroladas pela legislação processual, só podendo ser aceito que a expressão suspeito se refere às duas situações. Seria um abandono da lógica

jurídica reconhecer o crime em caso de suspeição, de verificação por vezes subjetiva, sem incluir as hipóteses de impedimento, que são objetivamente verificáveis e, tal qual as hipóteses de suspeição, também impõem o afastamento do magistrado do exame da lide.

A desídia patente aos deveres do cargo também consiste em figura típica, assim como proceder de modo incompatível com a honra e a dignidade e decoro de suas funções.

A par destas figuras típicas de observância geral pelos Ministros, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, ou seu substituto, ainda incorre em crime de responsabilidade se desatender à legislação orçamentária: quando não apresentar a proposta orçamentária nos dois primeiros meses de cada sessão legislativa; exceder, transportar, estornar, contrair empréstimo, realizar operação de crédito, ou outras atividades sem respaldo legal para tanto.

A denúncia contra o Ministro pode ser feita por qualquer cidadão, ficando estipulado que o processamento se desenvolverá nos termos da comentada Lei 8.038/90, nos termos dos artigos 41 e 41-A, da Lei de Crimes de Responsabilidade.

A denúncia deve ser feita por escrito, com firma reconhecida, e, em sendo o caso, já instruída de documentos e com eventual rol de testemunhas, mas só será processada se o denunciado ainda não tiver deixado em definitivo o cargo (artigos 42 e 43, da Lei de Responsabilidade).

A Mesa do Senado fará a leitura no expediente da sessão seguinte e providenciará o encaminhamento para uma comissão especial, eleita para

opinar sobre a denúncia, que terá 48 horas para se reunir, com eleição de seu presidente e relator, cuidando de proceder às diligências necessárias, com solicitação direta de documentos, em sendo o caso, para em seguida emitir parecer no prazo de dez dias (artigo 45, da Lei de Responsabilidade e artigo 142, do Regimento Interno do Senado Federal).

A comissão será formada por um quarto dos membros do Senado, seguindo-se a regra da proporcionalidade dos blocos partidários, cujos membros são indicados pelos líderes, que a qualquer tempo, podem substituí-los (artigos 79, 80, 81 e 380, todos do Regimento Interno do Senado Federal).

O parecer é lido junto com as demais peças em uma sessão, com apenas uma discussão, com votação nominal, considerando-se aprovado se reunir a maioria simples de votos; caso contrário, o feito será arquivado (artigos 46 a 48, da Lei de Responsabilidade).

Se a denúncia for aprovada, o denunciado receberá cópia de todo o processado pela Mesa. Mas caso se encontre fora do Distrito Federal, quem se incumbirá disso será o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado em que estiver; caso se encontre no estrangeiro ou em local incerto e não sabido, será publicado edital com prazo de sessenta dias, contando a partir disso o prazo de dez dias para resposta (artigo 49 e 50, da Lei de Responsabilidade).

Findo este prazo, tenha ou não resposta do denunciado, os autos tornarão para a comissão temporária emitir parecer em dez dias pela procedência da demanda, podendo denunciante e denunciado comparecer à comissão para acompanharem as diligências e a colheita de testemunhos. Podem também,

ambos, inquirir, reinquirir, contestar testemunhas e requerer acareação (artigos 51 e 52, da Lei de Responsabilidade).

Valem aqui as colocações relativas ao prazo ser indicativo, pois a celeridade não pode importar em prejuízo para uma completa discussão da causa, não só pelos altos interesses em discussão, mas porque a todo réu é conferido o contraditório e a ampla defesa, nos exatos termos do artigo 5, inciso LV, da CF.

O parecer será lido e, entendendo os Senadores que existem elementos para o acolhimento da denúncia, o magistrado será suspenso e perderá até a sentença final, um terço dos vencimentos (artigos 55 e 57, da Lei de Responsabilidade)

O denunciante é intimado para produzir o libelo acusatório, cuidando de o instruir com rol de testemunhas, do qual será dada vista ao denunciado e seu defensor, para oferecer contrariedade e rol de testemunhas (artigos 58 e 59, da Lei de Responsabilidade).

Caso não produzido, a própria comissão se encarregará de produzir o libelo, como ato final de seus trabalhos, providenciando a anexação ao feito, que é entregue ao Presidente do Senado Federal, para que cuide de o encaminhar ao Presidente do STF, com convite para a presidência da sessão de julgamento, salvo se não for ele o próprio acusado, hipótese em que os autos serão encaminhados para o substituto legal (artigo 52, parágrafo único da CF; artigos 58, 59 e 72, da Lei de Responsabilidade; e artigo 380, incisos II e III, do Regimento Interno do Senado Federal).

A sessão de julgamento poderá ser adiada por uma vez, na ausência do denunciado, enquanto a ausência do denunciante em nada prejudica os trabalhos, pois sequer dá margem a perempção (artigos 61 e 62, da Lei de Responsabilidade).

Nesta etapa é admitida a exceção de impedimento, que poderá ser feita pelo acusado, pelo acusador e invocado por qualquer Senador, segundo os parâmetros desta norma especial, ou seja, não funcionará como juiz o Senador que tiver prestado testemunho de ciência própria, ou aquele que tiver parentesco consangüíneo ou afim, com o acusado, em linha reta; em linha colateral, os irmãos cunhados, estes enquanto durar o cunhadio, assim como os primos co-irmãos (artigos 36 e 63, da Lei de Responsabilidade).

Constituído o Senado com ao menos a vigésima parte de seus membros, o Presidente dará abertura à sessão e determinará a leitura dos autos, para então serem ouvidas, uma a uma, as testemunhas arroladas, que serão inquiridas pelo Presidente do STF, com reperguntas do acusador e acusado, que poderão contestá-las e submetê-las a acareação (artigos 63, 64 e 65, da Lei de Responsabilidade; artigo 155, do Regimento Interno do Senado Federal).).

Seguem-se debates orais, ultimados, as partes se retirarão do recinto e será aberta uma discussão única dentre os senadores, fazendo o Presidente um relatório resumido dos fundamentos das razões das partes e das respectivas provas (artigos 66 e 67, da Lei de Responsabilidade).

O julgamento será feito por meio de votação nominal dos senadores desimpedidos, que serão indagados pelo Presidente a respeito da pergunta “se o acusado cometeu ou não o crime que lhe é imputado e deve ser condenado à

perda do cargo”, obtendo-se a condenação por ao menos dois terços dos votos do Senado Federal, que se prestará a impor a imediata destituição do cargo, com inabilitação para o exercício de funções públicas, pelo prazo de oito anos, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis (artigo 52, parágrafo único, da CF; artigo 70, da Lei de Responsabilidade).

#### **7.2.5 - O Processo Criminal no STJ.**

Os processos de ação penal originária desenvolvem-se perante o Órgão Especial do STJ, a Corte Especial, que é formada por vinte e um membros, presidida pelo Presidente do Tribunal e integrada pelo Vice-Presidente, pelos seis Ministros mais antigos de cada uma das três seções. O critério para se apurar a antiguidade será o tempo contado a partir do ingresso no Tribunal, além do Coordenador-Geral da Justiça Federal (artigos 2º e 217, do RISTJ).

O Coordenador-Geral é o Ministro mais antigo dentre os eleitos para comporem o Conselho da Justiça Federal, órgão do STJ a quem coube a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus; que é integrado pelo Presidente, Vice-Presidente e três Ministros eleitos por dois anos, junto com os Presidentes dos Tribunais Regionais Federais (artigo 23).

O processo pouco difere da ação penal originária ajuizada

perante o STF, pois o Ministério Público terá o prazo de quinze dias para oferecer denúncia ou arquivamento do inquérito ou das peças informativas, quando o averiguado estiver solto, prazo este interrompido quando são solicitadas diligências (artigo 217, do RISTJ).

A diferença passa a surgir no papel reservado ao Relator, pois ele poderá declarar a extinção da punibilidade, determinar o arquivamento do feito antes da denúncia, a requerimento do Ministério Público, ou submeter esta decisão à Corte Especial, assim como deferir as diligências complementares solicitadas pelo Ministério Público nos casos de réu preso, podendo neste caso determinar de ofício o relaxamento da prisão (artigo 218, do RISTJ).

O Relator recebeu a expressa incumbência de proceder como um juiz da instrução, tendo em mira as regras dispostas no Regimento Interno e no Código de Processo Penal, o que na prática implica em dizer que poderá submeter diretamente ao colegiado as questões surgidas durante a instrução (artigo 218, parágrafo único, do RISTJ).

Ele cuidará do envio de notificação prévia para que o acusado possa se defender no prazo de quinze dias, a conter esta notificação a cópia da denúncia ou queixa, dos documentos que a instruem e o despacho do Relator (artigo 220, do RISTJ).

O Relator aguardará a resposta pelo prazo estipulado e caso esta venha instruída com novos documentos, será dada vista à parte contrária para se

manifestar, com abertura de vistas ao Ministério Público na hipótese de ação penal de iniciativa privada (artigo 221, do RISTJ).

Ele então solicitará ao Presidente que designe sessão da Corte Especial, para que esta julgue acerca do recebimento ou rejeição da denúncia ou da queixa, ou desde já sobre a improcedência da acusação, mas só se para tal veredicto for dispensável a produção de outras provas. (artigo 222, *caput*, do RISTJ).

A sessão de julgamento será reservada aos Ministros do colegiado, Ministério Público, interessados, ou só aos advogados destes, ocasião em que será facultada a sustentação oral por quinze minutos, primeiro à acusação e em seguida à defesa (artigo 222, § 1º, do RISTJ).

A sessão de julgamento que concluir pelo recebimento da denúncia ou da queixa levará o Relator a designar dia e hora para o interrogatório, com citação do acusado ou querelado e intimação do Ministério Público, do querelante ou assistente (artigo 223, do RISTJ).

O Relator poderá interrogar o acusado ou querelado junto com a parte contrária, a defesa e o Ministério Público, ou delegar tal tarefa a Juiz ou membro de Tribunal do local de cumprimento da carta de ordem, caso se encontre o magistrado, que poderá submeter-se a interrogatório em qualquer fase do processo (artigo 223 e 225, do RISTJ).

Após o interrogatório o acusado ou querelado terá prazo de cinco dias para apresentar defesa prévia, passando-se para a oitiva das testemunhas eventualmente arroladas e requerimento de diligências e realização de diligências,

para ao final serem intimadas a acusação e a defesa para, sucessivamente, apresentarem alegações finais por escrito, no prazo de cinco dias, sendo comum o prazo dos co-réus, bem como do acusador e do assistente, com posterior abertura de vistas ao Ministério Público nas demandas de iniciativa privada (artigo 224, do RISTJ).

O Relator poderá, após a apresentação destas alegações, determinar, de ofício, a realização de provas reputadas imprescindíveis para o julgamento da causa ou desde já dará vista às partes para requererem o que considerarem conveniente para a sessão de julgamento (artigo 226, do RISTJ).

Os requerimentos serão examinados e o Relator cuidará de deferi-los ou não, antes de lançar relatório e pedir dia de sessão de julgamento para o Presidente, a quem se incumbiu disto e da intimação das partes e das testemunhas admitidas pelo Relator (artigo 227, do RISTJ).

A sessão de julgamento ocorrerá quando a Corte Especial reunir ao menos dois terços dos membros, excluído o Presidente, sendo certo que com a ausência injustificada do querelante será declarada a perempção, o que poderá ocorrer em quaisquer das demais situações dispostas na legislação processual penal (artigo 229, inciso I, do RISTJ).

O Regimento Interno admitiu a ação penal pública subsidiária e expressamente remeteu a disciplina ao artigo 29 do Código de Processo Penal, qual seja, nas hipóteses em que o Ministério Público deixou de denunciar no prazo legal, o querelante poderá intentar queixa.

Esta queixa sujeita-se a aditamento ou repúdio do órgão ministerial, que nesta última hipótese terá de oferecer denúncia substitutiva. Mas,

caso não o faça, ainda fica com a faculdade de intervir em todas as fases processuais, fornecer prova, interpor recurso e a qualquer tempo retomar a ação como parte, no caso de negligência do querelante.

Será feita a leitura do relatório, com resumo das principais peças dos autos e da prova produzida, com leitura integral dos autos e de parte deles a requerimento de algum dos Ministros, para então se passar à oitiva das testemunhas admitidas e às diligências que o Relator ou o Tribunal tiver determinado (artigo 229, inciso II, do RISTJ).

Os debates são iniciados pela sustentação oral do querelante, ao órgão do Ministério Público e ao acusado, ou ao defensor deste, por uma hora, com admissão de sustentação oral por parte do assistente pelo tempo de quinze minutos, logo após a acusação (artigo 227, inciso V, do RISTJ).

Com o fim dos debates ocorrerá o efetivo julgamento, com limitação da presença no recinto às partes e a seus advogados, ou somente a estes, se isto for uma exigência de interesse público, com lavratura de acórdão pelo Relator, salvo se vencido, pois será incumbido da lavratura o Ministro designado pelo Presidente, que não necessariamente será o primeiro Ministro com voto vencedor (artigo 227, inciso VI, do RISTJ).

#### **7.2.6 - O Processo Criminal no TJSP.**

O Regimento Interno observou a linha exposta pela Lei 8.038/90, aplicável aos Juízes de Direito por força da Lei 8.658/93, tendo apenas trazido algumas peculiaridades já radicadas na Corte.

O acusado que estiver em local incerto, ou se ocultar, será citado por edital, com determinação para que compareça em cinco dias ao Tribunal de Justiça, para que tenha vista dos autos por quinze dias (artigo 540, § 2º).

As deliberações de recebimento da denúncia e de julgamento foram atribuídas ao Tribunal, mas deve se entender que não se conferiu isto ao Plenário, mas sim ao seu Órgão Especial, que nos termos do artigo 177, inciso II, recebeu com mais lógica esta atribuição: contando esta Corte com mais de trezentos membros, a operacionalidade e celeridade do julgamento seriam muito prejudicados, pois cada um deles teria a faculdade de inquirir as testemunhas, nos termos do artigo 555.

Além disso, foi admitida uma estrutura que permite aos membros do Órgão Especial julgarem a ação originária, mas com a tranquilidade de não terem distribuição de outros processos jurisdicionais, o mesmo não ocorrendo com os demais desembargadores que, para se colocarem a par de todo o julgado e participarem das sessões de julgamento, teriam de atuar em prejuízo das partes de todos os demais processos jurisdicionais em que atuam.

O artigo 549 aponta que o Relator cuidará de ao final da instrução lançar o respectivo relatório, tendo ou não as partes produzido alegações finais, com envio ao revisor, que lançará o visto e pedirá que o Presidente designe data de julgamento. Mas, na verdade, o papel do revisor não é tão singelo, pois ao ser analisado este artigo em conjunto com o artigo 554, a conclusão é que se segue a

mesma linha de trabalho mencionada no RISTJ, pois nos termos do artigo 208, inciso I, ele se incumbe de representar ao Relator, a sugerir retificação do relatório, juntada de petição ou a realização de diligência conveniente ao julgamento.

A ausência justificada das partes na sessão de julgamento admite adiamento, a critério do Órgão Especial, enquanto a ausência de testemunha notificada, que já prestou depoimento nos autos, não será causa de adiamento, o mesmo não ocorre se a testemunha ainda não ouvida se ausentar, pois insistindo a parte na oitiva e esclarecendo a necessidade do depoimento, a parte contrária é ouvida, podendo o Órgão Especial adiar a sessão, caso se convença da necessidade, mas determinará neste caso, que a testemunha faltosa seja conduzida (artigo 553).

Uma última característica é lançada quanto aos termos da proclamação do resultado, pois ao invés de se individualizarem os votos vencedores e vencidos, o artigo 558, § 2º, aponta que será apenas declarado se a votação foi por unanimidade ou por maioria de votos, em cada uma das questões suscitadas.

### **7.2.7 - O Processo Criminal no TRF da 3ª Região.**

O processo que se desenvolve perante o TRF da 3ª Região apresenta diversas particularidades, que merecem destaque, a começar pelo cuidado de prever no artigo 204 o aproveitamento dos atos válidos praticados no Juízo desaforado, nas hipóteses de crime contra a honra, não admitindo o mesmo nos demais feitos, o que aparenta ser uma preocupação de pouca utilidade, dado que o desaforamento só ocorrerá se no curso do processo o querelado vier a obter o cargo de juiz federal substituto.

Tal como se dá no âmbito do Tribunal de Justiça, o texto da parte relativa à ação originária fala em Tribunal, mas dentre os órgãos de funcionamento deste, caberá ao Órgão Especial conhecer e julgar a ação originária, nos termos do artigo 11, inciso II, letra “h”.

Gera certa dúvida a disciplina do artigo 207, pois ao mencionar o cabimento de agravo regimental de decisões do relator, inclui dentre as hipóteses a do recebimento ou rejeição da denúncia, que nos termos do artigo 6º, da Lei 8.038/90 foi atribuído ao Tribunal. Mas isto deve ser analisado em consonância com o artigo 43, inciso II, do CPP, pois a denúncia é rejeitada caso se encontre extinta a punibilidade, ou em caso inverso, a denúncia é acolhida se não for aceito o argumento de que já está extinta a punibilidade.

O artigo 210 admite a dispensa de citação do réu, caso recebida a denúncia, o que gera perplexidade, pois até então, o magistrado só fora notificado para apresentar a resposta preliminar, nos termos do artigo 208, de sorte a se mostrar de melhor cautela a citação do réu, em obediência ao disposto no artigo 7º, da Lei 8.038/90.

O artigo 210 atribui a obrigação de o Relator interrogar o acusado, a admitir a delegação das demais inquirições e atos ao Juiz de competência territorial no local onde devam ser produzidos, regra da melhor cautela, pois se por um lado permite que o interrogatório, importante prova de defesa e de acusação seja feita pelo Relator, que formará importante impressão a respeito do acusado, os demais atos processuais deviam ser mesmos sujeitos a delegação, com o objetivo de não prejudicar o andamento dos processos que foram distribuídos ao Desembargador Federal.

Ao final de toda instrução, o Relator lançará o relatório, nos termos do artigo 214, sem encaminhá-lo à revisão, pois não existe tal figura na organização deste processo, nem tampouco foi prevista dentre as atribuições regimentais do revisor esta tarefa, como se deduz da leitura do artigo 34.

A sessão de julgamento possui específico quorum deliberativo, em virtude do artigo 218 ter apontado que o número de membros será de dois terços, excluído o Presidente.

A sessão de julgamento admite debate de uma hora para cada uma das partes, e um quarto do tempo para o assistente, sem margem de prorrogação, conforme estipula o artigo 216, inciso IV.

Muito interessante foi a previsão regimental de hipótese de recusa de desembargador, pois nos termos do artigo 217, cada uma das partes pode recusar um deles, excetuado o relator, sem externar a razão, tal como as recusas peremptórias previstas nos artigos 457, 458 e 462, do CPP, para as hipóteses de julgamento pelo júri.

### **7.3 – Conclusões.**

I – O foro privilegiado é um mecanismo coerente com o poder disciplinar da magistratura, mostrando-se muito útil para preservar a figura dos órgãos de poder,

que deve incluir os cargos providos por eleição, tal como os chefes do Poder Executivo e seu vice; os membros do Congresso Nacional e das Assembléias Legislativas dos Estados; mas não deveria admitir outros órgãos, em especial os do Poder Executivo, a fim de que não se vulgarize o sistema.

II – O constituinte deveria inserir os membros do CNJ dentre os sujeitos a foro privilegiado também para os crimes comuns que, no caso, deveria ser previsto junto ao STF.

III – O legislador federal deve incluir os membros do CNJ dentro do regramento da Lei de Responsabilidade, seja com a formação de novos tipos, seja reconhecendo aos membros a mesma disciplina conferida aos Ministros do STF, inclusive a seu Presidente.

IV – O processo criminal das ações originárias segue uma linha de trabalho semelhante aos processos contra funcionários públicos, com a admissão de uma fase preliminar ao recebimento da peça acusatória. Mas bem cuidou o legislador federal de admitir uma produção de diligências pelo Relator antes do recebimento da denúncia ou queixa, pois permite uma melhor visão do conjunto de indícios, o que por vezes vai evitar o desgaste processual.

## **8 – CONCLUSÃO GERAL**

O processo disciplinar dos magistrados sempre mereceu um tratamento ímpar dentre os demais funcionários públicos brasileiros e que deve ser mantido, por conta da existência de garantias necessárias ao exercício da peculiar função.

A justificativa para um tratamento mais cauteloso não pode ser um escudo para a impunidade. Para tanto, o órgão de maior abertura para o recebimento das representações para magistrados, o Conselho Nacional de Justiça, deve servir de modelo para a formação de um processo racional destinado a apurar as faltas disciplinares, bem como servir de inspiração para o exercício imparcial e impessoal das tarefas correcionais, em todas as Cortes.

A tarefa disciplinar certamente será ainda mais reduzida se o processo de seleção experimentar um movimento de contínuo aperfeiçoamento, seja para a magistratura de carreira, seja para o quinto constitucional; mas especialmente para o ingresso na Corte Suprema, cuja escolha feita sem maiores embaraços pelo Chefe do Executivo, sempre reverteu em histórico prejuízo para o exercício imparcial e desabrido das tarefas entregues ao Supremo Tribunal Federal.

As Escolas da Magistratura têm essencial responsabilidade para a formulação dos processos de seleção e de aperfeiçoamento dos magistrados, cabendo nestes processos optar firmemente pela busca de uma igualdade material dentre os candidatos, de sorte a permitir a formação de uma magistratura predominantemente heterogênea e representativa.

### LISTA DE REFERÊNCIAS

ARANTES, R. B., artigo “**Judiciário: entre a Justiça e a Política**”, em “**Sistema Político Brasileiro: Uma Introdução**”, organizado por Lúcia Avelar e Antônio Octávio Cintra, Editora Unesp, 80, São Paulo.

BALEEIRO, A.; LIMA SOBRINHO, B. “**Constituição de 1.946**”, Coleção “**Constituições Brasileiras**”, vol 4, ano 2.001, 2ª edição, Brasília.

BITTENCOURT, E. M., “**O Juiz, Carreira, Função e Personalidade do Magistrado no Mundo Contemporâneo**”, LEUD, 1982, São Paulo.

CAETANO, M. “**História do Direito Português**”, vol 1, de 1140 a 1495, Editorial Verbo, Lisboa.

CAETANO, M. **Revista de Direito Administrativo**, volume 80, 3, São Paulo

CANOTILHO, J. J. G., “**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**”, Almedina, 7ª edição, 2003, Coimbra.

CASTRO, C.R.S. “**O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**”, Forense, ano 1989, s.L.

CAVALCANTI, T. B., “**Tratado de Direito Administrativo**”, Freitas Bastos, 1942, volume III, Rio de Janeiro.

CRETELLA JÚNIOR, J; **Revista dos Tribunais**, Volume nº 544, 1981

CRUZ, J. R. G., “**Lei Orgânica da Magistratura Nacional Interpretada**”, Editora Juarez de Oliveira, fls. 59, 2ª edição

DALLARI, D. A., “**Unidade do Sistema Jurídico e Identidade Latino-Americana**”, obra editada pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, ano 1997, Rio de Janeiro.

DEL VECCHIO, G., “**Direito, Estado e Filosofia**”, Livraria Editora Politécnica Ltda, 1952, São Paulo.

Discursos proferidos na posse do Ministro JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE na Presidência do Supremo Tribunal Federal, vários, Edição da AMB, ano 1999, Brasília.

FAGUNDES, S., **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, vol I, out-dez, 1.969, s.L.

FERREIRA, P., “**Comentários à Constituição Brasileira**”, Saraiva, ano 1989, São Paulo.

FERREIRA, W. “**História do Direito Brasileiro**”, Freitas Bastos, 1952.

FRANCO, A. A. M., “**Curso de Direito Constitucional Brasileiro**” Editora Forense, 1958, Volumes I e II, Rio de Janeiro.

LAMBERT, E., “**Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la legislation sociale aux États Unis**”, Editora Marcel Giard & Cie, Paris.

LIMA, A. M., “**O Poder Judiciário e a Nova Constituição**”, Aide, 1989, Rio de Janeiro.

MADISON, J “**O Federalista**”, J. Villeneuve, Rio de Janeiro, 1840.

MALEM SENÀ, J. F., et al; “**La función judicial**”, Gedisa Editorial, 2003, Barcelona.

MIRANDA, J., “**Manual de Direito Constitucional**”, Coimbra Editora, Limitada, Tomo II, 1988, Coimbra.

MONTESQUIEU, C.L.S., “**O Espírito das Leis**”, Editora Saraiva, ano 1987.

NALINI, J.R. “**Ética e Justiça**”, 1ª edição, Editora Oliveira Mendes, 1998, São Paulo

NANNI, G. E., “**A Responsabilidade Civil do Juiz**”, Max Limonad, 1999, São Paulo.

NOGUEIRA, O., “**Constituição de 1.824, Coleção Constituições Brasileiras**”, vol 1, ano 2.001, 2ª edição, Brasília.

PELUSO, C., **II Encontro Nacional de Juizes Estaduais**, 11.10.04, Palestra realizada na Câmara Americana de Comércio de São Paulo.

PINHEIRO, J. E.; et al, “**Ética, Justiça e Direito – Reflexões sobre a reforma do Judiciário**”, 1996, Vozes, Petrópolis.

POLETTI, R., “**Constituição de 1.934**”, Coleção “**Constituições Brasileiras**”, vol 3, ano 2.001, 2ª edição, Brasília.

PRADO, L. R. A., “**Juiz e a Emoção**” – Aspectos da Lógica da Decisão Judicial”, 2003, Millenium, São Paulo.

PRESSBURGER, M., “**Ética, Justiça e Direito – Reflexões sobre a Reforma do Judiciário**”, Editora Vozes, 1996, s.L..

RAWLS, J., “**Justicia como equidad – Materiales para una teoria de la justicia**”, Editorial Tecnos S.A., 1986, s. L.

RENAULT, S.R.T. “**A Reforma para Fortalecer**”, Revista da Associação Juizes para a Democracia, agosto de 1994, São Paulo.

RIBEIRO, A. P., “**Poder Judiciário no contexto da política nacional**”, palestra proferida no dia 18.3.05., na APAMAGIS, reproduzida parcialmente na “**Tribuna da Magistratura**”, ano XVII, março/abril de 2005, São Paulo.

ROMANO, S., “**Princípios de Direito Constitucional**”, Editora RT, ano 1977, São Paulo.

SANDOVAL, O. R., “**O Poder Judiciário Brasileiro a partir da Independência**”, Editora Resenha Universitária, ano 1978, São Paulo.

SALAZAR, A. “**Poder Judiciário – Bases para Reorganização**”, Forense, 1ª edição, 75.

TEIXEIRA, S. F., **O Juiz, Seleção e Formação do Magistrado no Mundo Contemporâneo**”, Editora Del Rey, 1999, Belo Horizonte.

TOCQUEVILLE, A., “**A Democracia na América, Leis e Costumes**”, Martins Fontes, 1998, São Paulo.

VALE, O. T., “**O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-administrativa**”, Civilização Brasileira, 1976, Rio de Janeiro.

VIANNA, L. W.; et al, “**Corpo e Alma da Magistratura**”; Revan, 3ª edição, Rio de Janeiro.

VIANNA, L. W.; et al, “**A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**”, Revan, 1999, Rio de Janeiro.

VIERA, O. V. “**Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política**”, RT, São Paulo.

**“Writings of John Marshall, late Chief Justice of the United States, upon the Federal Constitution, The”,** James Munroe and Company, 1839, Boston.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)