

NESTA EDIÇÃO

DOCTRINA ARTIGOS

O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO MEIO DE PREVENÇÃO E SOLUÇÃO DE LITÍGIOS
JOÃO BATISTA GOMES MOREIRA

DO DESCUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DO JUÍZO NATURAL – CNJ NÃO POSSUI
COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA PARA INSTAURAR PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR
CONTRA MAGISTRADO – PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE
MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS

SERVIÇOS PÚBLICOS: MORTE OU RENASCIMENTO?
SARAH MARIA LINHARES DE ARAÚJO

O ABUSIVO CONTROLE ADMINISTRATIVO DE DECISÕES JUDICIAIS PELO CONSELHO
DA JUSTIÇA FEDERAL – GRAVE ATENTADO À SEGURANÇA JURÍDICA DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO - SOUZA PRUDENTE

O MECANISMO DE INCENTIVO FISCAL DA LEI ROUANET
DANILO RIBEIRO MIRANDA MARTINS

DA CONTAGEM DO TEMPO DE DIRETOR PARA APOSENTAÇÃO ESPECIAL NO MAGISTÉRIO
CAMILA PYRAMO, JULIANA PICININ

ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS, FUNÇÕES OU EMPREGOS NO ÂMBITO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - JULIANA ASCHAR

MELHORES PRÁTICAS EM GESTÃO DE PESSOAL

RETORNO DE SERVIDORES CEDIDOS - ANTÔNIO FLÁVIO DE OLIVEIRA

ORIENTAÇÕES PRÁTICAS – AGENTES PÚBLICOS

EFEITOS DO TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA ACÓRDÃO NA ÍNTEGRA

STF, STJ, TRFs DA 1ª, 2ª, 3ª, 4ª E 5ª REGIÕES

MENTÁRIO

TENDÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

LEGISLAÇÃO COMENTADA

COMENTÁRIOS E ANOTAÇÕES AO ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DA
UNIÃO (ART. 6º) - ANTÔNIO FLÁVIO DE OLIVEIRA

LEGISLAÇÃO

INFORMATIVO DE LEGISLAÇÃO

Fórum Administrativo

Repositório Autorizado de Jurisprudência

Tribunal Regional Federal 1ª Região - nº 22/01
Tribunal Regional Federal 2ª Região - 2002
Tribunal Regional Federal 3ª Região - nº 14/01
Tribunal Regional Federal 4ª Região - nº 12/01
Tribunal Regional Federal 5ª Região - nº 11/01



ISSN 1678-8648

Do descumprimento do princípio do juízo natural – CNJ não possui competência originária para instaurar processo administrativo disciplinar contra magistrado – Princípio da subsidiariedade

Mauro Roberto Gomes de Maltos

Advogado no Rio de Janeiro. Autor de várias obras jurídicas

Palavras-chave: Conselho Nacional de Justiça. Processo administrativo disciplinar. Juízo natural.

O processo administrativo disciplinar do magistrado segue o disposto na Lei Complementar nº 35/79, apesar de ela ser lacunosa sobre os aspectos processuais da tramitação da investigação interna, deixando espaços para o intérprete completá-la.

Verificada a lacuna, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o artigo 103-B, na CF, por intermédio do qual foi criado o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). E o artigo 75, de Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, de maneira correta, estabeleceu que o respectivo processo administrativo disciplinar instaurado contra membros integrantes do Poder Judiciário obedecerá ao procedimento previsto na Lei Orgânica da Magistratura, aplicando-se, no que não for incompatível, a Lei nº 8.112/90 e a Lei nº 9.784/99.

A formalidade legal do desenvolvimento do processo administrativo do magistrado não desperta maiores divergências, pois as regras são bem delineadas e estabelecidas segundo a cláusula do *due process of law*.

Contudo, após a instalação do CNJ, foi gerada uma grande celeuma quanto à competência originária para o início da persecução disciplinar, se a mesma seria de competência do Tribunal ao qual o magistrado está vinculado, ou se o próprio Conselho possuiria a competência concorrente para dar início ao processo disciplinar.

Entendemos que a competência do CNJ, para fins disciplinares, é subsidiária aos Tribunais aos quais se vincula o magistrado investigado, segundo a regra constitucional de prerrogativa de função.

Reza o artigo 93, VIII, da CF: “93 – Lei Complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) VIII – o

ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria do respectivo Tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada a ampla defesa.”

Essa condicionante entre o respectivo Tribunal, ou Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como regra de competência para a tramitação e o julgamento do processo disciplinar do magistrado, pode ter gerado alguma dúvida inicial ao próprio CNJ, no sentido de ele possuir originalmente, ou concorrentemente, a dita competência.

Sucede que essa não é a melhor exegese das regras constitucionais, pois não foi essa a intenção da CF, que estabeleceu cláusula de competência (juízo natural) dos Tribunais respectivos, delegando ao CNJ, subsidiariamente, poderes condicionados para também promover a apuração disciplinar, que será descrito *a posteriori*.

Por outro lado, o princípio do juízo natural, materializado em dois incisos do artigo 5º, da Constituição Federal (XXXVII – “não haverá juízo ou Tribunal de exceção;” e LIII – “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;”) é plenamente aplicado ao processo administrativo disciplinar (CF. MIRANDA, Gustavo Senna. *Princípio do juiz natural e a sua aplicação na Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 80; NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 66).

Estabelece o princípio *sub oculis* uma jurisdição administrativa diretamente focalizada para o devido processo legal e para a isonomia, equânime, realizado em qualquer grau de jurisdição, por uma autoridade administrativa legalmente competente.

Ada Pellegrini Grinover, ao discorrer sobre o princípio do juízo natural, destaca quatro significados, que funcionam como garantias: 1 – a vedação de juízos extraordinários, constituídos após o fato (*ex post facto*); 2 – a proibição de subtração do juiz constitucionalmente competente; 3 – a proibição de julgamento por Órgão constituído após a ocorrência do fato; e 4 – a necessidade de observar a ordem taxativa de competência dos juízes pré-constituídos.

O juízo natural do processo administrativo disciplinar é a autoridade administrativa competente para instaurar e julgá-lo, segundo os ditames legais e constitucionais vigentes.

Nesse particular, destaca-se a incompetência do CNJ para instaurar originariamente Processo Administrativo Disciplinar, porquanto lhe compete apenas e, *tão somente, avocar o já existente*, diante da regra de competência estabelecida no §4º, inciso III, do art. 103-B, da Constituição Federal, que se segue:

Art. 103-B ()

III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

Em face dessa regra de competência, principalmente a que vai estabelecida no §4º, inciso III, do art. 103-B, da Constituição Federal, verifica-se que o Conselho Nacional de Justiça pode receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgão do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa.

Como se observa no teor do citado dispositivo constitucional (art. 103-B, §4º, inciso II, CF),

o recebimento e conhecimento das reclamações contra magistrados e órgãos do Poder Judiciário devem obedecer às seguintes situações fáticas e, conseqüentemente, jurídicas bem claras e definidas. Primeiro, como consequência de lógica jurídica o recebimento e o conhecimento das reclamações somente poderão ocorrer, por evidente, após a criação e instalação do Conselho Nacional de Justiça, deverão se dar sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos Tribunais. Segundo, por se tratar de órgão judiciário criado pelo constituinte derivado, sem regra expressa de exceção competencial, sua atuação avocatória exige que exista processo disciplinar em curso contra os membros ou órgãos do Poder Judiciário.

Portanto, tais situações jurídicas realçam que a atuação disciplinar do Conselho Nacional de Justiça vai encontrar limites nos direitos e garantias individuais e demais princípios jurídicos que regem o Estado Democrático de Direito, entre os quais tem destaque o princípio do *due process of law*, onde se encontra o postulado juiz natural, que afasta expressamente a possibilidade de instituição de juízos ou tribunais de exceção.

Isso significa dizer que a instauração e a condução de qualquer processo, disciplinar ou não, no nosso sistema jurídico deverá se realizar por juízes, tribunais e órgãos previamente contidos na Constituição Federal, ou seja, nunca por juízes, tribunais e órgãos judiciários criados e constituídos *ex post facto* a ser investigado, para futuro processo e julgamento.

Por sua vez, o mestre Luigi Ferrajoli não deixa margem a dúvida sobre a definição da relevância da garantia do juiz natural ao lecionar que:

La garantía del juez natural indica esta normalidad, del régimen de competencias, preconstituida por la ley al juicio, entendiéndose por competencia la medida de la jurisdicción de cada juez es titular. Significa, precisamente, tres cosas distintas aunque relacionadas entre sí: la necesidad de que el juez sea preconstituido por la ley y no constituido post factum; la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; la prohibición de jueces extraordinarios y especiales. (*Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 590)

Quanto à amplitude que se deve dar ao referido princípio, o ex-Conselheiro Nacional de Justiça Alexandre de Moraes acentua que: “o referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude,

de forma a não só proibir a criação de Tribunais ou juízos de exceção, como também exigir respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência do órgão julgador" (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 304).

E a finalidade do princípio do juiz natural foi definida magistralmente pelo Supremo Tribunal Federal, ao definir que "o princípio do Juízo — que traduz significativa conquista do processo penal liberal, essencialmente fundado em bases democráticas — atua como fator de limitação dos poderes persecutórios do Estado e representa importante garantia da imparcialidade dos juízes e tribunais" (STF 1ª Turma HC nº 69.601/SP. Relator Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Seção I, 18 dez. 1992, p. 24.377).

Tem, portanto, caráter dúplice a garantia do juízo natural, que é manifestado com a proibição de juízos e Tribunais extraordinários e com impedimento à subtração da causa ao juízo ou Tribunal competente. Não pode julgar o órgão que foi criado ou instalado depois do fato que exige o processo e julgamento.

As conclusões dessas regras basilares levam à definição de que juiz natural é o próprio juiz constitucional, ou seja, aquele juiz que é criado pela Carta Magna e cujas regras de competência vêm nela definidas *a priori*, pois reafirma o pacto da nossa República Federativa com o primado do Estado Democrático de Direito e com a prevalência dos princípios referentes aos Direitos Humanos (arts. 1º e 4º da Constituição Federal).

Não obstante a dimensão nacional do CNJ, que serve de modelo a ser seguido pelo Judiciário, "não se pode deixar de reconhecer que os corpos judiciários locais, por qualificarem-se como coletividades autônomas institucionalizadas, possuem um núcleo de autogoverno que lhes é próprio e que, por isso mesmo, constitui expressão de legítima autonomia que deve ser ordinariamente preservada porque, ainda que admissível, é sempre extraordinária a possibilidade de interferência, neles, de organismos posicionados na estrutura central do Poder Judiciário Nacional" (Despacho que concedeu a medida liminar requerida no MS nº 28.801-MC/DF, cuja tese que se defende no presente estudo foi referendada).

Assim, segundo o texto constitucional vigente, originária é a competência dos respectivos Tribunais e subsidiariamente do Conselho Nacional de Justiça para avocar processos e rever julgados administrativos proferidos há menos de um ano, pois não existe, em tema de competência a possibilidade de tornar concorrente algo que o constituinte derivado assim não qualificou, porquanto os institutos jurídicos não se confundem e não podem ser distorcidos pelo intérprete especializado.

Isso porque o tema da distribuição de competências (exclusiva, concorrente, cumulativa, privativa, etc.) tem a sua lógica no princípio da predominância do interesse, significando dizer que, havendo conflito de competências acerca de determinada matéria, a atribuição competente será concedida ao ente que tenha predominantemente o interesse sobre o assunto. E, num primeiro momento, o interesse de apurar a conduta funcional do magistrado é sempre do Tribunal ao qual este se encontra subordinado.

Já a competência concorrente é utilizada, para os devidos fins legislativos, visando o estabelecimento de padrões, de normas gerais ou específicas sobre determinado tema e prevê a possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa (União, Estados e Municípios), consoante dispõe o art. 24, da Constituição Federal.

Não se pode estender esse conceito para buscar consagrar competência concorrente a órgão administrativo, o que exigiria fórmula expressa nesse sentido por força da criação do legislador, seja ele constituinte originário ou derivado, ou ainda infraconstitucional. Portanto, não há como dizer que existe "legitimidade autônoma concorrente" e muito menos competência concorrente no caso de recebimento e processamento de reclamações contra magistrados, disputando o Conselho Nacional de Justiça com os Tribunais a primazia para a análise das condutas administrativas funcionais.

Até porque esse elastério exegético da Constituição da República, em especial do seu art. 103-B, §4º, inciso III, chega a ponto de com ele levar o intérprete a vislumbrar a possibilidade da escolha do foro administrativo às conveniências das partes ou das autoridades administrativas

processantes, o que é impensável ante o princípio constitucional da impessoalidade (art. 37, da Constituição Federal) e a responsabilidade do Conselho Nacional de Justiça em cumprir tal princípio (art. 103-B, §4º, inciso II, da Constituição Federal).¹

Dai ser necessário reafirmar que a atuação do Conselho Nacional de Justiça para o processo administrativo disciplinar envolvendo magistrado é sempre derivada (subsidiária) e a do órgão competente a que pertença ou esteja subordinado administrativamente o magistrado, no caso os Tribunais, é sempre originária. O Conselho Nacional de Justiça vai atuar sempre e tão somente nas hipóteses do figurino constitucional, respeitando as situações excepcionais traçadas pelo constituinte derivado, de forma subsidiária.

Contudo, não se pode deixar de anotar ser razoável admitir que, após a criação do Conselho Nacional de Justiça, o órgão também possa determinar ao Tribunal Pleno ou Órgão Especial do Poder Judiciário a que pertença ou esteja subordinado o magistrado a instauração do processo administrativo disciplinar, à vista das reclamações, denúncias ou representações que lhe forem formuladas (art. 103-B, §§4º e 5º, inciso I, da Constituição Federal), dando início à instauração da instância administrativa disciplinar.

De outro lado, para a efetiva consagração do direito fundamental do indivíduo e do cidadão — e o magistrado se insere nesse contexto —, ao devido processo legal, ao juiz natural e à ampla defesa e ao contraditório se impõe o dever a todos os órgãos judiciários e administrativos à estrita observância das regras procedimentais de regência. Afastar-se delas significa negar tais postulados do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, ao caso *sub oculis* deverão ser aplicadas na sua plenitude as disposições da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, sabidamente recepcionada pela Constituição Federal vigente, a qual assim dispõe:

Art. 27. O procedimento para a decretação da perda do cargo terá início por determinação do Tribunal, ou do seu Órgão Especial, a que pertença ou esteja subordinado o Magistrado, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

[...]
§6º. O julgamento será realizado em sessão secreta do Tribunal ou de seu Órgão Especial, depois de relatório oral, e a decisão no sentido da penalização do Magistrado só será tomada pelo voto de dois terços dos membros do colegiado, em escrutínio secreto.

Há de se ressaltar, porque importante para a compreensão dessa tese, que o texto legal faz literal referência aos desembargadores, quando disciplina a competência dos Tribunais ou de seus Órgãos Especiais para processar o magistrado estadual pertencente à respectiva unidade judiciária ou que a ele esteja subordinado.

Nesse sentido já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

RECLAMAÇÃO PROCESSODISCIPLINAR DESEMBARGADOR

Ainda que os fatos relatados na portaria que instaura processo administrativo contra desembargador descrevam fatos que, além de faltas disciplinares, também caracterizam delitos, a competência para julgá-lo é do Tribunal; o Superior Tribunal de Justiça apenas é competente para o julgamento de desembargador no âmbito da competência criminal. Reclamação julgada prejudicada em parte e improcedente no mais. (STJ. Reclamação nº 1.153-CE, Rel. Ministro Ari Pargendler, j. 19.12.2002)

No que interessa a essa assertiva, não se pode perder de vista que entre as atribuições conferidas pela Constituição Federal ao Conselho Nacional de Justiça está a de zelar pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura,² o que implica dizer que também deve fiel cumprimento às suas prescrições para o desenvolvimento do processo administrativo disciplinar.

Aliás, o próprio Conselho Nacional de Justiça teve esse cuidado ao colocar no mundo jurídico a sua Resolução nº 30, de 7 de março de 2007, onde vai disposto expressamente que:

¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Art. 103-B. §4º. Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

² Art. 103-B. §4º. Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

Art. 6º. Para os processos administrativos disciplinares e para a aplicação de quaisquer penalidades previstas nos artigos anteriores, é competente o Tribunal Pleno ou o Órgão Especial a que pertença ou esteja subordinado o magistrado.

Art. 7º. O processo terá início por determinação do Tribunal Pleno ou do Órgão Especial por proposta do Corregedor-Geral, no caso de magistrado de primeiro grau, ou do Presidente do Tribunal, nos demais casos.

Frise-se ainda a respeito da observância dessa competência, como marco regulatório do princípio do *due process of law*, que a Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinadora do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, é de aplicação subsidiária por força do art. 22, da Resolução nº 30/2007, do Conselho Nacional de Justiça, dispondo em caráter cogente o seguinte sobre a irrenunciabilidade: "Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo nos casos de delegação e avocação legalmente admitidos".

Ainda a respeito da observância da competência, como marco do princípio do devido processo legal, reitere-se que a Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, reguladora do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e já mencionada como de aplicação subsidiária aos processos administrativos por força do art. 22 da Resolução nº 30/2007, do Conselho Nacional de Justiça, dispôs em caráter cogente ser irrenunciável a competência e que deve ser exercida pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, ressalvadas a avocação e a delegação legais e constitucionais.

Assim, não se pode ignorar que o Conselho Nacional de Justiça está outorgado pela Constituição da República a exercer a competência revisória e derivada. Pretendendo processar desde logo e originariamente ao magistrado, por via obliqua, ainda obsta que este alcance o direito constitucional ao duplo grau recursal na via administrativa, resultando em cerceio não permitido pelo nosso sistema de direitos e garantias individuais.

Todos os indivíduos têm o direito à ampla defesa e ao contraditório com os meios e os recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV, Constituição Federal), com o que já não mais se discute sobre a existência de direito ao duplo grau de jurisdição, ou seja, ao exercício da legítima interposição de recursos nas vias administrativa e judicial.

O Supremo Tribunal Federal, em decisões recentes, tem reafirmado que se situa entre as garantias fundamentais do cidadão na República Federativa do Brasil o direito ao recurso administrativo no mesmo processo a que responde, norteando a melhor interpretação jurídica para essa regra constitucional.

Esse é o ensinamento que se retira do julgamento da Suprema Corte no Recurso Extraordinário nº 388.359/PE, encerrado em 28.03.2007, onde os eminentes ministros consignaram valiosas lições sobre o tema nos seus respectivos votos, os quais se passa a citar como excertos:

O Ministro Joaquim Barbosa:

"O direito ao recurso em procedimento administrativo é tanto um princípio geral de direito como um direito fundamental."

(...)

"Situados no âmbito dos direitos fundamentais, os recursos administrativos gozam entre nós de dupla proteção constitucional, a saber: art. 5º, incisos XXXIV (direito de petição independentemente do pagamento de taxas) e LV (contraditório)."

O Ministro Carlos Britto:

"Essa interpretação mais larga, mais à solta, leva-me a entender que existe um direito de petição em todas as instâncias administrativas, ganhando, portanto, uma conotação de petição recursal, se necessário."

O Ministro Celso de Mello:

"Isso significa, pois, que assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do 'due process of law' (independentemente, portanto, de haver, ou não, previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado), a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa com os meios e recursos a ela inerentes (inclusive o direito à prova) consoante prescreve a Constituição da República, em seu art. 5º, incisos LIV e LV."

Ainda o Ministro Joaquim Barbosa, julgando a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.976-7, assentou com absoluta precisão que: "Da necessidade de se proporcionar um procedimento administrativo adequado surge o imperativo de se consagrar a possibilidade de se recorrer dentro do próprio procedimento."

E o Ministro Eros Grau, na AO nº 1498AgR/SP, Pleno (DJ, 05 fev. 2009), fulcrando-se no posicionamento da Ministra Ellen Gracie na AO nº 587, DJ, 30 jun. 2006, averbrou:

(...) 3 A mesma alegação de interesse da magistratura na questão do que decorreria a atribuição de "generalidade" à causa, não permite, por si só, o deslocamento da competência do Tribunal local

Precedente (AO nº 587, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ, 30 jun 06) (...)

E monocraticamente o Ministro Eros Grau deferiu medida liminar nos autos do MS nº 28.350, onde, baseando-se na CF, externou que o CNJ não possui poderes para instaurar diretamente processo administrativo disciplinar contra magistrado, podendo, contudo, avocar os já instaurados, mas jamais alterar a competência constitucional que lhe foi outorgada, como no presente caso, *litteris*:

13. A concessão de medida liminar em mandado de segurança pressupõe a coexistência da plausibilidade do direito invocado pelo impetrante e do receio de dano irreparável pela demora na concessão da ordem

14. O arquivamento de processo judicial contra a impetrante não implica, necessariamente, a impossibilidade de instauração de processo administrativo disciplinar, em virtude da independência das instâncias penal, cível e administrativa. A avocação pelo Conselho Nacional de Justiça, nos termos da competência definida no art. 103-B, §4º, III da Constituição do Brasil, seria possível somente após a instauração do processo administrativo disciplinar.

15. O preceito constitucional e o inciso IV do artigo 4º do Regimento Interno do CNJ são expressos quanto à possibilidade de avocação de processos disciplinares em curso

16. O próprio Tribunal de Justiça da Bahia certifica a inexistência de processo administrativo disciplinar instaurado contra a magistrada [fls. 211/212]. Outra certidão indica que o Expediente n. 42940/08 "não chegou a ser transformado em Processo Administrativo Disciplinar, sendo, antes, avocado pelo Conselho Nacional de Justiça para onde foram os autos encaminhados" [fl. 213].

17. A competência advocatória do Conselho Nacional de Justiça pressupõe a existência de procedimento administrativo de caráter disciplinar instaurado e em curso. O ato de avocação não pode ser praticado nas fases antecedentes à instauração do processo administrativo disciplinar, tais como as indicadas nos artigos 27, caput e §1º da LOMAN.

18. Os preceitos dos artigos 50, 51 e 53 da LOMAN referem-se ao Conselho Nacional da Magistratura. Não se aplicam aos procedimentos instaurados perante o Conselho Nacional de Justiça. Esse órgão disciplinou a avocação de processos administrativos em seu regimento interno e na Resolução n. 30/07, nos termos da competência definida no art. 103-B, §4º da Constituição.

19. O periculum in mora é evidente, na medida em que o ato coator determinou o afastamento da magistrada da atividade jurisdicional. Defiro a medida liminar para suspender os efeitos da decisão proferida pelo CNJ na Sessão Ordinária de 15.9.09, nos autos da Reclamação Disciplinar n. 200910000024725, sem prejuízo de reapreciação após a vinda das informações. Notifique-se a autoridade coatora para prestar informações, no prazo do art. 7º, inciso I, da Lei n. 12.016/09.

Comunique-se, com urgência, encaminhando-se cópia desta decisão para o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Publique-se

Brasília, 27 de outubro de 2009.

Ministro Eros Grau - Relator

Com o mesmo brilho, enfrentando o tema em questão, o Ministro Celso de Mello, no MS nº 28.801/DF, deferiu a liminar por nós requerida, onde ele observa que o exercício da competência do Conselho Nacional de Justiça, para fim disciplinar, é subsidiária, de tal modo que a atuação desse órgão deve ser colocada em prática anormalmente, nas seguintes hipóteses legais:

(a) a inércia dos Tribunais na adoção de medidas de índole administrativo-disciplinar, prática dos atos de fiscalização e controle ou (d) a incapacidade de promover, com independência, procedimentos administrativos destinados a tornar efetiva a responsabilidade funcional dos Magistrados

Em seguida, o decano do Supremo Tribunal Federal, em verdadeira harmonia com o plasmado constitucional, averba sobre o desempenho da atividade subsidiária do Conselho Nacional de Justiça, para fins disciplinares:

Isso significaria que o desempenho da atividade fiscalizadora (e eventualmente punitiva) do Conselho Nacional de Justiça deveria ocorrer somente nos casos em que os Tribunais — havendo tido a possibilidade de exercerem, eles próprios, a investidos — deixassem de fazê-lo (inércia) ou pretextassem fazê-lo (simulação) ou demonstrassem incapacidade de fazê-lo (falta de independência) ou, ainda, dentre outros comportamentos evasivos, protelassem, sem justa causa, o seu exercício (procrastinação indevida)

Dessa maneira, a incidência do postulado da subsidiariedade, como requisito legitimador da prática concreta, pelo Conselho Nacional de Justiça, de uma competência complementar em matéria correicional, disciplinar e/ou administrativa, não só harmoniza o exercício dessa jurisdição censória com o princípio da autonomia institucional dos Tribunais, como conferira, também, maior coeficiente de legitimidade jurídica à atuação desse órgão estatal, propiciando-se, desse modo, nos termos da abordagem ora preconizada, a análise do tema sob a perspectiva dos múltiplos valores constitucionais envolvidos

Como visto, não há previsão constitucional para se aderir à tese da competência originária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para julgar magistrados disciplinarmente.

A competência subsidiária do CNJ será sempre acionada nas situações anômalas descritas pelo Ministro Celso de Mello, quando for ineficiente a atuação do respectivo Tribunal, que possui o dever de instaurar e de julgar os atos de seus membros.

Aderindo à tese da impossibilidade da legitimação concorrente entre o CNJ e a dos Tribunais, pois senão não haveria razão para a CF estabelecer

a possibilidade de advocação do processo disciplinar, cumpre verificar, ante a pertinência de seu conteúdo, parte do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento do MS nº 28.884-MC/DF, citado pelo Ministro Celso de Mello no despacho do MS nº 28.801-MC/DF, *litteris*:

Salta aos olhos a relevância do pedido formulado quanto à necessária determinação ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais no sentido de julgar o processo administrativo, glosada a atividade monocrática, a atividade do corregedor. Incabível é cogitar-se, na MS 28.801-MC/DF situação concreta, de legitimação concorrente, sob pena de menosprezo à organicidade e à dinâmica do Direito, vindo-se a agasalhar advocação que se distancia da previsão do inciso III do §4º do artigo 103-B da Constituição Federal — a revelar competir ao Conselho Nacional de Justiça “receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa”. Relativamente aos processos disciplinares de juizes e membros de tribunais, a revisão, de ofício ou mediante provocação, pressupõe, a teor desse inciso e também do inciso V — “rever, de ofício, ou mediante provocação, os processos disciplinares de juizes e membros de tribunais julgados há menos de um ano” —, o exaurimento da atuação na origem, mesmo porque, conforme o inciso VIII do artigo 93 da Carta da República — e incumbe interpretá-la de forma sistemática —, cabe ao Tribunal, de início, o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, observado o voto da maioria absoluta

Esse aspecto da questão, que exige do aplicador da lei adotar uma interpretação sistemática do art. 93, inc. VIII, da CF, põe em destaque a autonomia constitucional dos Tribunais no aspecto disciplinar, sem retirar a competência subsidiária do CNJ.

Do contrário, haveria, como de fato estava ocorrendo, invasões indevidas da competência disciplinar e correccional dos Tribunais, de modo que estes deixaram de ser a instância constitucional originária, para se transformarem em meros coadjuvantes do Conselho Nacional de Justiça.

Não resta dúvida de que o CNJ possui competência subsidiária à dos Tribunais, reservando sua intervenção para um momento posterior, caso ela seja necessária, ao seu juízo.

Por essa razão, o CNJ possui poderes de “avocar processos disciplinares em curso” e também de rever os PADs contra magistrados julgados há menos de um ano.

Sobre esse aspecto da questão, releva citar a análise de Flávio Dino, Hugo Melo, Leonardo Barbosa e Nicolau Dino, transcrita pelo Ministro Celso de Mello no despacho no MS nº 28.801-MC/DF, quanto ao papel subsidiário do CNJ na questão em foco:

Ou seja, o CNJ não pode ter a pretensão de transformar-se em um “Big Brother”, dando conta do que se passa em milhares de unidades jurisdicionais em todo o território nacional, investigando juizes e serventuários. Deve, ao contrário, reserva-se um papel subsidiário e complementar em relação aos Tribunais, atuando sobretudo quando constatada a ineficácia dos mecanismos ordinários de administração e repressão. A outra previsão relevante para a viabilização das tarefas disciplinares do Conselho, diz respeito à possibilidade de o Ministro-Corregedor “requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juizes ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios”, a teor do art. 103-B, §5º, inciso III. (*Reforma do Judiciário: comentários à Emenda nº 45/2004*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005 p. 108-109)

Por fim, é de se destacar o desprendimento jurídico e o alto grau de independência do Ministro Celso de Mello, que ao despachar o pedido de liminar no MS nº 28.801/DF, já citado, mesmo em posição embrionária, antecipou o provimento cautelar requerido, observando a incidência do princípio da subsidiariedade como requisito legitimador do exercício, pelo Conselho Nacional de Justiça, de uma competência complementar em matéria correccional, disciplinar e administrativa.

Assim ficou ementada a aludida medida liminar deferida pelo Min. Celso de Mello no MS nº 28.801, *litteris*:

Conselho Nacional de Justiça. Jurisdição Censória. Apuração da Responsabilidade Disciplinar de Magistrados. Legitimidade da imposição, a eles, de sanções de índole administrativa. A responsabilidade dos Juizes: uma expressão do postulado republicano. Caráter nacional do poder judiciário. Autogoverno da Magistratura: garantia constitucional de caráter objetivo. Exercício prioritário, pelos Tribunais em geral, do poder disciplinar quanto aos seus membros e aos juizes a eles vinculados. A questão das delicadas relações entre a autonomia constitucional dos Tribunais e a jurisdição censória outorgada ao Conselho Nacional de Justiça. Existência de situação de *tensão dialética* entre a pretensão de autonomia dos Tribunais e o poder do Conselho Nacional de Justiça na estrutura central do aparelho judiciário. Incidência do princípio da subsidiariedade como requisito legitimador do exercício, pelo Conselho Nacional de Justiça, de uma *competência complementar* em matéria correccional, disciplinar e administrativa. Papel relevante, nesse contexto, porque harmonizador de prerrogativas antagônicas, desempenhado pela *cláusula de subsidiariedade*. Competência disciplinar e poder de fiscalização e controle do Conselho Nacional de Justiça: exercício, pelo CNJ, que pressupõe, para legitimar-se, a ocorrência de situações anômalas

e excepcionais registradas no âmbito dos Tribunais em geral (hipóteses de *inércia*, de *simulação investigatória*, de *procrastinação indevida* e/ou de *incapacidade de atuação*). Presença cumulativa, na espécie, dos requisitos configuradores da plausibilidade jurídica e do “*periculum in mora*”. Suspensão cautelar da eficácia da punição imposta pelo Conselho Nacional de Justiça, consistente em aposentadoria compulsória do Magistrado, por interesse público (CF, Art. 93, VIII, c/c o art. 103-B, §4º, III). Medida Liminar deferida.

Após o deferimento da respectiva medida liminar, está aberta uma nova reflexão sobre tão

relevante tema, de interesse da Magistratura Nacional e de toda coletividade.

Rio de Janeiro, 6 de agosto de 2010.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do descumprimento do princípio do juízo natural: CNJ não possui competência originária para instaurar processo administrativo disciplinar contra magistrado: princípio da subsidiariedade. *Fórum Administrativo* – FA. Belo Horizonte, ano 10, n. 114, p. 16-23, ago. 2010.