

# A defesa técnica do magistrado no processo disciplinar e a súmula vinculante n. 05 do Supremo Tribunal Federal

**Alexandre Freire Pimentel.** Mestre e Doutor em Direito pela FDR-UFPE. Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Católica de Pernambuco (graduação, especialização e mestrado) e da Faculdade de Direito do Recife (FDR-UFPE). Juiz Assessor Especial da Corregedoria Geral da Justiça do TJPE. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Vice-Diretor do Centro de Estudos Judiciários do TJPE.

**Sumário:** Introdução. 1 Processo administrativo disciplinar contra magistrado: o problema da hierarquia no poder judiciário. 2 Constitucionalização, premissas e princípios. 2.1 Princípio da oficialidade. 2.2 Princípio da legalidade. 2.3 Princípios da motivação, publicidade e proporcionalidade. 2.4 Princípio da isonomia. 2.5 Princípios: da verdade material, informalismo e documentação. 2.6 Princípio da identidade física do julgador. 2.7 Princípios: do devido processo legal e da duração razoável do processo. 2.8 Princípio do contraditório e a possibilidade de afastamento liminar da função. 2.9 Princípio da ampla defesa. 3 Conflito entre o enunciado n. 343 da súmula do STJ e a súmula vinculante n. 05 do STF. 4 A defesa técnica por advogado: uma garantia constitucional irrenunciável e indisponível do magistrado demandado (considerações finais). Referências.

## Introdução

Este artigo destina-se a examinar os reflexos da súmula vinculante nº 05, do Supremo Tribunal Federal, que considera dispensável a participação de advogado ao acusado em processo administrativo disciplinar, porém se restringindo ao estudo da hierarquia no âmbito do poder judiciário.

O estudo observará o postulado da teoria do *acesso à justiça* como vertente orientadora da aplicação dos princípios constitucionais à espécie. A menção à expressão “*acesso à justiça*” quer indicar a escola processual edificada no *centro de estudos de direito processual comparado de Florença*<sup>1</sup>, sob a direção de Mauro Cappelletti. Essa opção justifica-se porque, ainda hodiernamente, constitui uma das *tendências* mais atuais no direito processual civil, proporcionando a construção de um sistema processual garantista, instrumentalizante e detentor de uma tutela efetiva e tempestiva, que visa à proteção do direito material respectivo. Não se resume àquilo que a sua expressão literal sugere, isto é, não sintetiza apenas a facilitação do acesso ao poder judiciário por uma massa de ‘consumidores’ até então alheia à Jurisdição. Ao contrário, como demonstra José Ovalle Favela, representa uma verdadeira socialização do processo civil “[...] *caracterizada por intentar hacer efectivo el principio de la igualdad de las partes, por procurar evitar que las desigualdades extraprocesales trasciendan al desarrollo o, peor aún, al resultado del proceso*”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Também conhecido como: “*Projeto florentino sobre o acesso à justiça*”.

De posse dessa premissa, o estudo iniciar-se-á pelo escopo do processo administrativo disciplinar contra magistrado, para, em seguida, adentrar na análise dos princípios constitucionais incidentes nessa espécie de relação processual. Ao cabo, procederemos com a contraposição textual do enunciado da súmula vinculante nº 05, do Supremo Tribunal Federal, com o enunciado n. 343 da súmula do Superior Tribunal Justiça, cujos conteúdos são diametralmente opostos, para, enfim, verificarmos a possibilidade de tramitação desse tipo de processo disciplinar sem a nomeação de advogado ao acusado e sem ofensa ao preceito sumulado pelo Pretório Excelso de natureza vinculativa.

## **1 Processo administrativo disciplinar contra magistrado: o problema da hierarquia no poder judiciário**

A etimologia da expressão *hierarquia* é encontrada em raiz religiosa, derivada da junção de duas palavras gregas que denotam “*principado santo*”, e que implicam, atualmente, no campo do direito administrativo, na subordinação de conduta de um servidor ao seu superior hierárquico ou de um juiz às normas disciplinares dispostas em lei ou atos normativos do Conselho Nacional de Justiça, dos Tribunais ou das Corregedorias Gerais da Justiça<sup>3</sup>. Baseia-se, assim, no escalonamento ou superposição de graus, entretanto o poder hierárquico existirá mesmo quando houver apenas um único estágio de agentes. A disciplina decorre da imposição da hierarquia. Apesar de o sistema administrativo-judiciário não se compatibilizar com a existência de normas hierárquicas no exercício da função jurisdicional, considerando que a Constituição Federal resguarda o princípio da independência funcional dos juízes, não obstante isto, os juízes podem sujeitar-se a processo administrativo disciplinar em razão de desvio de conduta, ainda que no exercício de suas funções jurisdicionais, quando, por exemplo, procederem com dolo ou fraude, ou, ainda, quando houver recusa, omissão ou retardo, sem justo motivo, na adoção de providência que deva ser ordenada de ofício, ou a requerimento da parte (CPC, 133). Neste

---

<sup>2</sup> OVALLE FAVELA, José. *Tendencias actuales en el derecho procesal civil*. In: *Tendencias actuales del derecho*. Coord. SOBERANES FERNÁNDEZ. José Luis. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 30. As etapas tendentes a lograr as alterações necessárias nos diplomas processuais civis para efetivar o acesso à justiça foram pensadas por Cappelletti e Garth a ocorrerem em três distintas etapas: primeiro, era imprescindível aparelhar as máquinas jurisdicionais com um número suficiente de defensores públicos, a fim de que pessoas carentes, economicamente falando, pudessem ser bem representadas em juízo; segundo, proporcionar uma eficaz representação em juízo para a defesa dos interesses difusos; a terceira fase desse movimento processual-civil-ideológico visa oferecer um conjunto de mecanismos processuais destinados a solucionar conflitos de interesses de modo célere e seguro, tais como o uso da *conciliação*, a criação de juízos e tribunais com competência para processar e julgar causas de menor relevância jurídico-financeira através de procedimentos com menos rigor formal que os tradicionais.

<sup>3</sup> Para Ruy Cirne Lima: “*Hierarquia supõe subordinação de uma ou mais vontades a uma vontade superior. O que há de transcendente nessa relação! É a subordinação ao desconhecido, impossível como é, ao que deve obedecer, penetrar o íntimo do que pode mandar. Ainda que o mandamento deva adstringir-se a limites objetivos determinados, legais ou técnicos, nem por isso deixa de haver nessa relação, entre duas vontades, ou melhor, entre dois homens, algo que constituiria uma verdadeira violência à personalidade humana,- se não fôra a certeza de que a vontade daquele que manda deve, a seu turno, por mais alto que esteja, obedecer também. A obediência hierárquica - daí se alcança facilmente - não é, salvo situações excepcionais, - obediência cega*”. LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 153.

caso, a disciplina judicial não deriva propriamente de norma hierárquica, mas da imposição de dever funcional de probidade, eficiência e moralidade administrativas (Constituição Federal, 37). Noutra passo, no tocante à atividade puramente administrativa, os magistrados submetem-se ao ditame disciplinar-hierárquico propriamente dito. Em razão disso, são obrigados a cumprir atos normativos da Corregedoria Geral da Justiça, dos Conselhos da Magistratura, dos Tribunais ou do CNJ, sob pena de submissão a processo disciplinar pela quebra de regra hierárquica, porquanto exercem os magistrados dupla atividade: jurisdicional e administrativa, e a inobservância dos deveres funcionais em qualquer dessas esferas os sujeita a regime disciplinar.

Além disso, a disciplina administrativo-judicial envolve o cumprimento de deveres funcionais que não se relacionam diretamente com a questão da hierarquia propriamente dita ou com o exercício da jurisdição, mas com imperativos ético-comportamentais exigidos dos agentes políticos do poder judiciário: os juízes, pois, em razão de exercerem parcela da soberania estatal, sobre eles há verdadeiros ônus de probidade de conduta, ainda que não decorrentes do exercício direto da função judicante ou de norma impositora de dever hierárquico. É daí que exsurge a possibilidade de sujeição a processo administrativo pela verificação de conduta repreensível na própria vida particular do magistrado<sup>4</sup>.

A origem e a razão do poder disciplinar está no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento constante e na busca da eficiência do serviço administrativo<sup>5</sup>. O processo administrativo disciplinar, portanto, destina-se a manter a observância decorrente do exercício do poder hierárquico. No âmbito do serviço público federal geral, vem definido pelo artigo 148 da lei de regência (lei n. 8.112/90), como: “[...] *o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido*”<sup>6</sup>. Todavia, não se restringe aos servidores públicos, efetivos, estáveis ou em

<sup>4</sup> Neste sentido, o artigo 35 da LOMAN elege como deveres do magistrado: cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício; não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais; 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, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência; residir na sede da Comarca salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado; comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término; exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes; manter conduta irrepreensível na vida pública e particular. Esta última hipótese demonstra, claramente, a existência de dever comportamental para o juiz que não se relaciona com o exercício da função judicante, diretamente.

<sup>5</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 62.

<sup>6</sup> Segundo Hely Lopes Meirelles: “... é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 594. O conceito de Hely Lopes Meirelles é acolhido por BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, op. cit. p. 31. Para Wolgran Junqueira Ferreira: “*O processo administrativo disciplinar trata, essencialmente, da ordenação dos atos e dos termos necessários à caracterização de autos típicos para a desenvoltura da instrução probatória e outros, ulteriores, típicos do julgamento ou pertinentes à fase recursal*”. p. 153. FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários ao regime dos servidores públicos civis da União (Estatuto dos funcionários públicos)*. 4. ed.

estágio probatório<sup>7</sup>. Noutra banda, o processo disciplinar é extensível às pessoas físicas não vinculadas à Administração e também às pessoas jurídicas que, de alguma forma, incidam em condutas administrativamente reprováveis<sup>8</sup>. Em especial, quando vertido para a apuração de ilícito administrativo imputado a magistrado, é conceituado pelo artigo 81 do regimento interno do CNJ, como:

[...] o instrumento destinado a apurar responsabilidades de magistrado, servidor do Poder Judiciário, inclusive contra servidores de seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, por infração grave praticada no exercício de suas atribuições.

Interessa realçar que a expressão “atribuições” (mencionada neste dispositivo) abrange tanto atos praticados no exercício específico da função jurisdicional quanto encargos administrativos propriamente ditos, e, ainda, atos da vida pública ou particular do Juiz, como visto acima.

Considerando o caráter de generalidade das regras constantes do regimento interno do CNJ, quando o sujeito passivo do processo administrativo for magistrado, a norma procedimental prioritariamente aplicável é a Resolução n. 30/2007, também do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe detalhadamente sobre a instauração, a defesa, o rito, as competências decisórias das autoridades gestoras do judiciário, as penalidades aplicáveis e os recursos cabíveis. Para evitar o problema de eventuais omissões normativas, a Resolução expressamente admite a aplicação subsidiária das leis n. 8.112/90 e n. 9.784/99<sup>9</sup>. Dessa forma, o sistema de processo disciplinar contra magistrado apresenta-se

---

Bauru: Edipro, 1994, p. 153. Entretanto, não se deve deixar de considerar, sobretudo após a vigência do ordenamento constitucional atual, que a apuração de ilícito administrativo não constitui faculdade, mas verdadeiro dever funcional capaz de sujeitar o servidor público à incursão no tipo penal de prevaricação (Código Penal, 319), desde que a omissão esteja associada ao dolo específico consistente em omissão de apuração por afeição pessoal ou interesse particular.

<sup>7</sup> “O processo administrativo disciplinar é sempre necessário para a imposição de pena de demissão ao funcionário estável (CF, art. 41, § 1º), tendo a jurisprudência entendido que também o é para o efetivo, ainda que em estágio probatório”. MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit. p. 594. Reforçando este entendimento, Ernomar Gonzáles acrescenta: “Os Tribunais têm entendido que não apenas as faltas cometidas por funcionários efetivos devam ser comprovadas pelo instituto do processo administrativo disciplinar, mas também aquelas que tiverem como agentes servidores estáveis, extranumerários ou em estágio probatório”. GONZÁLES, Ernomar Octaviano Átila J. *Sindicância e processo administrativo. Prática e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Leud, 1995, p. 98. Aliás, os enunciados de nº 20 e 21 da Súmula do Supremo Tribunal Federal já apontavam nesta direção, vejamos: enunciado de nº 20- *É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso*; enunciado de nº 21- *Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade*.

<sup>8</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. Max Limonad. São Paulo, 1998, p. 30.

<sup>9</sup> Assim dispõe o art. 83 RICNJ (Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça): “O processo disciplinar instaurado contra magistrado obedecerá ao procedimento ditado no Estatuto da Magistratura, inclusive no que concerne à aplicação pelo Conselho das penas disciplinares respectivas, aplicando-se, no que não for incompatível, a Lei nº 8.112/90 e Lei nº 9.784/99”. Como afirmado no texto, a Resolução nº 30/2007 reforça a aplicação subsidiária dessas duas leis de caráter geral, ao esculpir precisamente no artigo 24: “Aplicam-se aos procedimentos disciplinares contra magistrados, subsidiariamente, as normas e os princípios das Leis n.ºs 8.112/90 e 9.784/99”.

como um mecanismo autopoietico hermeticamente fechado, porquanto em razão da incidência supletiva dessas leis, pode-se, com base nelas, socorrer-se inclusive de regras do sistema jurisdicional para colmatar possíveis lacunas.

Em todo caso, o processo administrativo disciplinar objetiva a tutela da hierarquia e da conduta ética do juiz. Pressupõe, conseqüentemente, a quebra desses valores e consiste numa relação jurídica linear, portanto atípica, estabelecida pelo Estado, que figurará sempre no pólo ativo, para apurar a perpetração de falta disciplinar. Nesse viés, também designa um mecanismo de acesso direto à justiça em prol do Estado, que tem o poder/dever de apurar e punir os que cometem ilícitos administrativos ou judicantes, e da sociedade civil, porque a ela interessa a repressão e o afastamento da função dos que exercem a jurisdição de modo ímprobo. Nessa relação processual, contudo, não ocorre o fenômeno da substituição da atividade dos litigantes pela atividade estatal decisória, pois o Estado atua através de tríplex papel processual: investigar, acusar e julgar<sup>10</sup>. A demanda administrativo-disciplinar ocorre através de um procedimento formal, célere (enquanto a celeridade for a fórmula “razoável” de duração do processo administrativo) e seguro, porém, garantindo-se ao acusado a plenitude do exercício do direito do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e demais princípios pertinentes<sup>11</sup>.

## 2 Constitucionalização, premissas e princípios

É precisamente sobre a incidência desses princípios constitucionais e, maiormente, por os aventar como loquazes dispositivos de perpetração do acesso à justiça tanto pelo demandado quanto pela administração e pela sociedade em geral, que nos centraremos sobre os mais relevantes para o nosso enfoque. De realçar-se, no entanto, que o fato de o Brasil ter-se afastado do regime do contencioso administrativo e adotado um sistema misto de controle dos atos administrativos, reforça ainda mais idéia “garantista” da vicissitude de uma decisão administrativo-disciplinar acima de tudo justa, legitimada pelo próprio procedimento (no sentido de Luhmann), portanto, reafirmando o postulado do

---

<sup>10</sup> Para Gasparini: “A locução processo administrativo é formada pelo substantivo processo e pelo adjetivo administrativo. Enquanto processo designa o conjunto de atos ordenados, cronologicamente praticados, e necessários a alcançar uma decisão sobre certa controvérsia, administrativo indica, além da sede em que se desenvolve o processo, a natureza do litígio. Assim, tecnicamente pode-se definir o processo administrativo como o conjunto de atos ordenados, cronologicamente praticados e necessários a produzir uma decisão sobre certa controvérsia de natureza administrativa. De sorte que somente os processos administrativos que encerram um litígio entre a Administração Pública e o administrado (recurso contra lançamento tributário) ou o servidor (aplicação de pena disciplinar) são merecedores desta denominação”. GASPARINI, Diógenes. Curso de direito administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 557. Cretella Júnior, porém, outorga feição reducionista ao processo administrativo, ao concebê-lo como o: “... conjunto ordenado de formalidades a que a Administração submete o servidor público (ou o universitário) que cometeu falta grave atentatória à hierarquia administrativa”. CRETELLA JÚNIOR, op. cit. p. 64-5.

<sup>11</sup> Dissertando sobre o assunto, Gasparini detalha o objeto do processo administrativo disciplinar, nos seguintes termos: “[...] é sempre a apuração das infrações e a aplicação das penas correspondentes aos servidores da Administração Pública, seus autores. Isso não significa que sempre há de haver uma apenação. Com efeito, pode-se chegar ao fim da instrução sem se saber o autor da infração, ou propugnando pela inocência do acusado. De outro lado, sua finalidade é o controle da conduta dos servidores públicos”. GASPARINI, Diógenes, op. cit. p. 572-3.

acesso à justiça como meta supra-sistemática, permitindo ao requerido socorrer-se ao judiciário contra eventuais acerbos de autoridades administrativas<sup>12</sup>.

No contexto histórico, o processo administrativo evoluiu bastante, ultrapassou a fase do contencioso<sup>13</sup> e, apesar da recalitrância de alguns, alcançou *status* de ciência processual específica, distinta e diferenciada dos demais setores de atuação da jurisdição, distanciando-se, definitivamente, da noção de inquérito administrativo<sup>14</sup>. A admissão desta premissa implica no reconhecimento de que o processo administrativo apresenta-se como verdadeira relação processual imbricada com a Constituição Federal, obediente às suas regras e, mormente, aos princípios, justificando-se, portanto, que uma conduta de membro do judiciário contrária aos preceitos constantes do artigo 37 da Constituição Federal, ou motivada por interesses pessoais que infrinja deveres funcionais previstos na LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), no CPC ou nos regulamentos administrativos dos órgãos de controle judicial, possa irradiar responsabilidade heterotópica do magistrado: civil, administrativa e criminal. Porém, sempre se assegurando o direito ao contraditório.

Pois bem, o direito processual administrativo detém vários princípios particulares<sup>15</sup>, que variam desde a seara teórico-hermenêutica até os positivados em normas constitucionais, legais e estatutárias. A propósito, o professor Palhares Moreira Reis

<sup>12</sup> NUNES, Adeildo. *Administração pública: princípios, controle e processo*. 1. ed. Recife: Bagaço, 2001, p. 93. Acertadamente, Paulo Magalhães da Costa Coelho, defende com ênfase e rigor que o controle sobre a Administração Pública há de atentar para o efetivo cumprimento dos princípios e valores constitucionais, ponderando o autor que: "*O controle jurisdicional-constitucional da Administração Pública no Estado Social de Direito não pode ser simplesmente uma investigação do cumprimento de formalidades extrínsecas da lei, senão, e principalmente, um controle substancial da não-violação e da implantação, pela administração, dos grandes vetores constitucionais*". COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 209-212.

<sup>13</sup> Na época do império brasileiro, o processo administrativo consistia não apenas numa atividade que visava efetivar leis e decretos imperiais ou apurar faltas disciplinares perpetradas por servidores públicos, pois o sistema do *contencioso administrativo* instituiu uma verdadeira *jurisdição administrativa*, que atuava de forma mais célere que a jurisdição comum. Neste sentido, vide: NEVES, Iêdo Batista. *Vocabulário enciclopédico virtual & CRETELLA JÚNIOR, Prática do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 38. O órgão supremo da jurisdição administrativa brasileira era o Conselho de Estado, que foi instituído pela lei nº 234 de 23 de novembro de 1841, sendo composto por doze membros ordinários, além de ministros de Estado, cuja presidência recaía na pessoa do imperador. Prova maior do caráter jurisdicional do processo administrativo do Brasil imperial consiste no fato histórico de o Conselho de Estado ter logrado, dentre suas várias atribuições, a de dirimir conflitos de jurisdição entre as autoridades judiciais e administrativas, vejamos, a propósito, o que dispôs o § 4º do artigo 7º da lei nº 234, de 1841: *Incumbe ao Conselho d'Estado consultar em todos os negocios, em que o Imperador Houver por bem ouvil-o, para resolver-os; e principalmente: 4º – Sobre conflictos de jurisdição entre as Autoridades Administrativas, e entre estas e as Judiciarias*. (Redação original). Como demonstra Seabra Fagundes, o sistema de jurisdição administrativa hauriu inspiração no pensamento de Montesquieu, e, segundo Duguit, o poder judiciário era considerado como o poder executivo das coisas do direito civil, não podendo interferir para processar e julgar controvérsias que envolvessem administração pública, sob pena de afrontar da separação dos poderes. FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 129-130.

<sup>14</sup> Acertadamente, Egberto Maia Luz considera o inquérito administrativo como verdadeira excrescência processual disciplinar, não podendo ser confundido com o processo administrativo disciplinar. Sua progênie etimológica remonta ao latim e deriva de *inquætere*, que, além de designar inquirir e pesquisar, traduz mesmo a idéia de inquisicionar, isto é, demonstra que a atuação de determinado órgão administrativo estatal inspira-se na *inquisição* com certa e iniludível intenção de condenação premeditada. MAIA LUZ, Egberto. *Direito administrativo disciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 120.

percebeu com nitidez a relação existente entre o processo administrativo e a Constituição, porquanto esse ramo do direito processual interage inexoravelmente com princípios constantes dos artigos 5º e 37 da Constituição Federal<sup>16</sup>. Por conseguinte, e em consideração ao fenômeno da constitucionalização dos sistemas processuais brasileiros, passaremos a enumerar alguns princípios que consideramos como verdadeiros postulados de existência e de validade do processo administrativo, porém, em obséquio ao nosso corte epistemológico, analisados desde a perspectiva da apuração de falta funcional cometida por juiz, para, ao final, verificarmos o alcance eficaz do enunciado n. 05, da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal sobre essa espécie de relação processual.

Antes, porém, é relevante o estabelecimento de uma outra premissa que nos parece inalienável, qual seja, a de que a jurisprudência do STF, ainda que de natureza vinculante, não pode conflitar com preceitos constitucionais, sobretudo quando traduzidos através de “princípios”, embora, sem prejuízo disso, possa delimitar o sentido e o alcance das disposições constitucionais e afastar a incidência de norma da Constituição conflitante com outra, desde que de igual jaez. De frisar-se também que prepondera na doutrina a corrente que atribui aos princípios o *status* de norma jurídica com reconhecida superposição hierárquica sobre as outras espécies normativas (as regras). A distinção da *norma-princípio* das demais decorre da importância que ela detém para com o sistema jurídico no qual está inserida. E esta importância deriva de sua grande abrangência, universalidade e perenidade. Daí que a desobediência a um princípio constitui um fato muito mais grave que a violação de uma simples norma. O princípio erige-se como um inexorável mandamento nuclear do sistema jurídico, devendo ser entendido como uma disposição fundamental que irradia consequências jurídico-eficaciais sobre as demais normas, possuindo supremacia sobre elas, não importando que se trate de regras constitucionais ou, menos ainda, jurisprudenciais (vinculantes ou não)<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Se dúvidas existem a este respeito cingem-se apenas quanto à determinação de tais princípios. Como anota Medauar: “*Na doutrina, o rol dos princípios do processo administrativo varia de autor para autor, segundo as concepções de cada um e o teor do direito legislado do respectivo país*”. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 190.

<sup>16</sup> “*O art. 37 do texto constitucional em vigor tem como destinatários a Administração Pública direta, bem como todos os ramos da Administração indireta, ou seja, as autarquias, as empresas públicas [...] Assim, os princípios citados no caput do artigo – princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, e publicidade – são aplicáveis a todos os órgãos e entidades do Governo...*”. REIS, Palhares Moreira. *Processo disciplinar*. Recife: Consulex, 1997, p. 22. Aos princípios citados, obviamente, deve-se acrescentar também o da eficiência, que à época da edição desta obra ainda não constava do artigo 37 da Constituição Federal.

<sup>17</sup> Esta idéia vem muito bem elaborada por DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 124. Por sua vez, Alexy pretende: “... *captar los déficits de la teoría de los principios a través de una teoría de la argumentación jurídica orientada de acuerdo con el concepto de razón práctica. La unión de ambas teorías constituye la base de una teoría del Derecho en la que rige una versión débil de la tesis de la única respuesta correcta*”. ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2. ed. Tradução de Manuel Atienza. México: BEFDP – Biblioteca de Ética, Filosofía y Política, 1998, p.8. A idéia de atribuição de normatividade é também encontrada em: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Lisboa: Almedina, 1993, p. 168-70. MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. A idéia de que princípio representa o mandamento nuclear de um sistema jurídico vem encontrada, também, em SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* São Paulo: Malheiros, 1992. Certo, contudo, que não é de princípios gerais do direito do que se está a falar, mas de princípios jurídicos.

Esclarecido isto, passemos à análise dos princípios constitucionais que mantêm relação de pertinência com o processo administrativo disciplinar ocorrente no âmbito do poder judiciário, tendo o juiz como sujeito passivo.

## 2.1 Princípio da oficialidade

Sem excluir a possibilidade de provocação de particular à autoridade administrativa competente para a instauração de demanda administrativa, este princípio determina que compete à administração a prerrogativa e, ao mesmo tempo, o dever de instaurar o processo administrativo de ofício sempre que constatar a presença de elementos indicadores da propositura, bem como de movimentar processos instaurados<sup>18</sup>. Neste aspecto, o processo administrativo distancia-se do civil, do penal e do trabalhista, pois nestes a regra é diametralmente oposta, isto é, o juiz não pode (enquanto regra) instaurar relações processuais, mas apenas impulsionar processos instaurados por iniciativa da parte<sup>19</sup>. Eleva-se como garantia de acesso à justiça tanto em prol da administração pública, individualmente considerada enquanto sujeito de direito público, como, sobretudo, em proveito da sociedade civil, na medida em que protege interesse difuso, já que a correção de falta funcional “repristiniza” os princípios da eficiência e moralidade administrativas até então maculados. A oficialidade exerce, ainda, atividade pan-óptica (no sentido de Foucault) sobre a autoridade administrativa competente para a instauração da demanda disciplinar, à medida que a inércia proposicional possibilita a verificação do tipo penal da prevaricação (CP, 319).

## 2.2 Princípio da legalidade

O *princípio da legalidade* impõe às autoridades administrativas processantes, ainda que se trate de autoridade judicial presidindo relação processual administrativa, o dever de observar o procedimento (a forma) do processo administrativo em conformidade com o determinado, de modo precípuo pela Constituição, bem como em lei. Via de

---

<sup>18</sup> GASPARINI, op. cit. p. 559. Hely Lopes Meirelles observa que a Administração tem verdadeiro dever de movimentar o processo administrativo impedindo o seu retardamento: “*Se a Administração o retarda, ou dele se desinteressa, infringe o princípio da oficialidade e seus agentes podem ser responsabilizados pela omissão*”. MEIRELLES, op. cit. p. 586. Medauar detalha alguns fracionamentos desse princípio: “*a) A atuação da Administração no processo tem caráter abrangente, não se limitando aos aspectos suscitados pelos sujeitos. b) A obtenção de provas e de dados para esclarecimento de fatos e situações deve também ser efetuada de ofício, além do pedido dos sujeitos. c) A inércia dos sujeitos (particulares, servidores e órgãos públicos interessados) não acarreta a paralisação do processo, salvo o caso de providências pedidas pelo particular e que dependem de documentos que deve juntar; em tais casos a Administração deverá conceder prazo para a juntada, encerrando o processo se tal não ocorrer*”. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 194.

<sup>19</sup> Neste sentido dispõem os artigos 2º e 262 do CPC (Código de Processo Civil). Somente por exceção o juiz pode dar início a um processo civil, como no caso do inventário não requerido pelos legitimados nos casos e formas legais, como estabelece o artigo 989 do CPC. Parece pertinente o registro de que no processo trabalhista, o juiz pode iniciar a execução mesmo sem a iniciativa da parte, porquanto é considerada (a execução) como mero prolongamento da fase cognitiva. No processo civil, todavia, esta regra não incide na execução de obrigação de pagar quantia em dinheiro, ante a exigência do CPC, 475-J, ainda que não mais subsista processo de execução de título judicial, ressalvadas as hipóteses do CPC, 475-N, parágrafo único.

consequência, presta-se para evitar e coibir acerbos dos agentes públicos à medida que afasta *discricioniedades decisórias*<sup>20</sup>. A expressão *princípio da legalidade* é aqui empregada em sentido amplo, para, deliberadamente, abranger a norma constitucional.

Sem excluir a sindicância, o sistema de processo administrativo em questão conhece outras espécies distintas, tais como: o procedimento administrativo preliminar; e o processo administrativo principal. O primeiro não se confunde com a sindicância, dentre outras razões, porque se verifica perante uma única autoridade processante: o Corregedor Geral da Justiça, quando a falta for atribuída a juiz de primeiro grau; ou o Presidente do Tribunal nos demais casos. Na verdade, cuida-se de fase de apuração pré-processual onde a autoridade processante colhe elementos probatórios sobre a materialidade e a autoria de delito funcional, porém sem os rigores formais da sindicância. O segundo é de competência dos tribunais plenos ou de seus órgãos especiais, ou, ainda, do CNJ<sup>21</sup>. Este sim, cifra-se

<sup>20</sup> No Brasil, este princípio é denominado por boa parte da doutrina como *princípio da legalidade objetiva*, destinando-se, segundo Hely Lopes Meirelles, a: “[...] *manter o império da legalidade e da justiça no funcionamento da Administração*”. MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit. p. 586. No mesmo sentido, e seguindo o autor anterior, Gasparini afirma que: “*Tal princípio só permite a instauração do processo administrativo com base na lei e para preservá-la*”. GASPARINI, Diógenes, op. cit. p. 559. Na Europa, no entanto, Paulo Otero sugere que o princípio da legalidade, agora entendido para além do âmbito meramente processual, mas para o atuar genérico da Administração Pública, seja enxergado através de uma dupla visão que admite a existência de uma **dupla legalidade**: oficial e não oficial, vejamos: “*A dupla dimensão normativa existente no sistema jurídico, permitindo recortar uma normatividade ‘oficial’ sujeita a inaplicabilidade pela superveniência de uma normatividade ‘não oficial’, é também visível a nível constitucional, podendo falar-se no desenvolvimento de uma Constituição ‘não oficial’ em sentido subversivo ou integrador da Constituição ‘oficial’, que, sendo fruto de um silencioso poder constituinte informal, suscita a existência de dois níveis normativos constitucionais cuja incidência se projecta sobre os conceitos de Constituição e de inconstitucionalidade. Igualmente, a legalidade administrativa registra um dualismo normativo, envolvendo uma legalidade ‘não oficial’ subversiva ou integradora da legalidade ‘oficial’, verificando-se que esta dualidade se manifesta na complexidade definidora da normatividade efectivamente reguladora da actuação administrativa e que, servindo de padrão de validade da conduta dos órgãos administrativos, está subjacente ao respectivo controlo contencioso*”. OTERO, Paulo, op. cit. p. 720. A saliência em negrito é nossa. Não obstante o peso intelectual do autor lusitano, parece-nos temerário admitir a existência de uma legalidade “não oficial” no âmbito interno de um sistema jurídico estatal, sobretudo quando vertida para possibilitar à Administração Pública agir contrariamente à lei estatal. Ora, nem mesmo os duplos ordenamentos oriundos do direito comunitário impõem normatividade não oficial, pois à medida que um determinado Estado adere às diretivas comunitárias assim atua em razão do exercício da sua própria soberania, infraconstitucionalizando normas externas, isto é, oficializando a norma comunitária no sítio estatal interno. Isto sim, nos parece factível, porém jamais admitir a existência de um poder *constituinte silencioso*, para com base nele, sem legitimidade e ferindo a legalidade, negar vigência ao ordenamento oficial. No entanto, para Otero: “*A pluralidade de ordenamentos superiores, enquanto expressão da própria complexidade do sistema jurídico, torna hoje ultrapassado o modelo que faz a Constituição o vértice superior da pirâmide de normas: na Constituição formal não reside o único critério de estruturação hierárquica do sistema jurídico*”. OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 723.

<sup>21</sup> De acordo com o RICNJ, há, ainda, os seguintes processos administrativos: 1º- a **inspeção e a correção**, pelas quais, a Corregedoria pode apurar fatos relacionados com deficiências graves dos serviços judiciais, tendo, porém, caráter supletivo, sem prejuízo da atuação disciplinar e correccional dos Tribunais (art. 65 do RICNJ); 2º- **reclamação disciplinar**, que poderá ser proposta contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro, devendo ser formulada por escrito e dirigida ao Corregedor, contendo a identificação e o endereço do reclamante, mediante a confirmação da autenticidade, sob pena de indeferimento liminar. Na verdade, a reclamação não é processo administrativo, mas meio de instauração de sindicância, como se observa pelo artigo 73 do RICNJ, pois através dela constituir-se-á comissão sindicante para apuração dos fatos, quando não

como o processo disciplinar contra magistrado propriamente dito, no qual o demandado exercerá o direito ao contraditório e à defesa ampla.

Mas independentemente da modalidade processual<sup>22</sup>, a apuração de irregularidades praticadas por membros do judiciário tem o seu procedimento instituído e regido pela Resolução n. 30/2007, por norma administrativa, portanto, como já consignamos algures. Aliás, o rito dessa regra administrativa não coincide com o da LOMAN, porém sobre o desta prevalece como passaremos a demonstrar. O artigo 29 da lei orgânica da magistratura atribuía competência para deliberação sobre afastamento de magistrado ao tribunal, ou ao seu órgão especial, expressando que a decisão devia ser tomada pelo voto de dois terços de seus membros. Contudo, supervenientemente, foi revogado, em parte, pelo artigo 93, X, da CF, no pertinente ao quorum, pois a norma maior elegeu apenas o quociente da maioria absoluta. Considerando isto, a Resolução n. 30/2007 do CNJ não se encontra maculada por qualquer vício, neste particular, por estar diretamente protegida pelo estatuído no artigo 93, X, da CF, à medida que dispõe em seu artigo 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.

Parágrafo único. Instaurado o processo administrativo disciplinar, o Tribunal Pleno ou o Órgão Especial, onde houver, poderá afastar preventivamente o magistrado, pelo prazo de noventa dias, prorrogável até o dobro. O prazo de afastamento poderá, ainda, ser prorrogado em razão de delonga decorrente do exercício do direito de defesa.

Via de conseqüência, o princípio da legalidade resta preservado porquanto o jecto da norma administrativo-processual contra magistrado localiza-se no próprio texto da

for caso de indeferimento liminar; 3º- **pedido de avocação**, pelo qual se permite que processo disciplinar em curso contra membros do Poder Judiciário ou de seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro, seja remetido ao Corregedor ou ao Presidente do Tribunal para análise da regularidade procedimental e adoção das providências cabíveis; 4º- **processo de revisão disciplinar**, o RICNJ, no art. 88 e seguintes, permite que os processos disciplinares sejam revistos, de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado, desde que julgados há menos de um ano. A revisão será admitida quando a decisão de condenação: for contrária ao texto expresso da lei ou à evidência dos autos; fundar-se em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; depois de proferida e transitada em julgado, surgirem novas provas ou circunstâncias que determinem ou autorizem modificação da absolvição ou da condenação imposta; 5º - **procedimento de controle administrativo**, regulado no art. 95 do RICNJ, possibilita o controle dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário. É de competência do Plenário do Conselho, e pode ser instaurado de ofício ou mediante provocação, quando houver contrariedade aos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição, especialmente os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Não exclui, porém, a competência do Tribunal de Contas da União para avaliar problemas contábeis ocorridos no judiciário. Tem prazo decadencial de cinco anos; 6º- **pedido de providências** – trata-se de procedimento regulado pelo art. 109 do regimento do CNJ, e obtém definição por exclusão, isto é, será admissível quando todo e qualquer expediente, que não tenha classificação específica e nem seja acessório ou incidente de outro rito ou processo, caso em que será incluído na classe de pedido de providências. Pressupõe requerimento do interessado e deve observar a forma escrita ou oral, desde que reduzido a termo, com a identificação e o endereço do requerente. O pedido de providências presta-se, ainda, para preservar a competência do Conselho ou garantir a autoridade das suas decisões.

<sup>22</sup> Importa ressaltar que o objetivo deste trabalho não consiste na análise ou na construção de uma taxonomia do processo administrativo disciplinar contra magistrado.

regra constitucional, assim, a dissimetria verificada entre a Resolução n. 30/2007 e a LOMAN é superada pela simetria direta entre aquela e a Constituição.

### 2.3 Princípios da motivação, publicidade e proporcionalidade

A emenda constitucional n. 45/2004 alterou o inciso X do artigo 93 da CF, para acrescentar ao processo administrativo o princípio da publicidade. Por ele, deve-se proporcionar aos interessados o acesso aos autos do processo administrativo, mediante a comprovação de interesse jurídico individual ou coletivo a fim de se garantir o exercício do direito à informação e, via de consequência, à defesa<sup>23</sup>. Mas não só isso, pois a emenda em questão elegeu a regra da motivação associada à publicidade também para as sessões administrativo-disciplinares:

Art. 93 [...]

X - As decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

A fundamentação da decisão administrativa proferida em processo disciplinar é corolário de validade do próprio ato e, por ilação, da relação processual administrativa. Decisão administrativa imotivada é o mesmo que decisão carente de fundamentação, isto é, apesar de ser ato jurídico existente, não irradia eficácia por vício de nulidade absoluta, não é ato juridicamente válido. Nem sequer proporciona o surgimento da coisa julgada administrativa<sup>24</sup>. No entanto, a publicidade das sessões administrativas não significa que o acesso aos autos do processo administrativo contra magistrado não possa sofrer restrições. Como acontece no processo civil, no administrativo também há de soer a quebra do princípio da publicidade sempre que o interesse do serviço o exigir. Aqui, há de aplicar-se o princípio da proporcionalidade, no sentido de permitir-se no caso concreto a ponderação de valores em conflito para se afastar princípio ou regra protetores de interesse individual em prol da preponderância do interesse público a salvaguardar-se<sup>25</sup>. Neste trilhar, dispôs o artigo 23 da Resolução n. 30/2007 do CNJ:

<sup>23</sup> GASPARINI, op. cit. p. 560, onde o autor, citando Maria Sylvia Zanella Di Pietro, registra: “*Salvo se o interesse público exigir o sigilo, o processo administrativo deve ser instaurado e se desenrolar com o estrito atendimento do princípio da publicidade*”. E quanto ao acesso dos interessados, consigna: “*Esse acesso significa poder examinar e fazer anotações do que entender de seu interesse, poder requerer certidões das peças que desejar. Esse direito só encontra óbices nas razões de segurança da sociedade e do Estado e na defesa da intimidade ou do interesse social, conforme prevêem, respectivamente, os incs. XXXIII e LX do art. 5º da Constituição Federal*”.

<sup>24</sup> A coisa julgada administrativa consiste na impossibilidade de a Administração rever as decisões tomadas em processo administrativo após o transcurso de certos prazos. O seu reconhecimento fortalece a consideração demonstrativa da existência e autonomia do sistema de direito processual administrativo. De acordo com Wellington Pacheco Barros: “*A expressão coisa julgada administrativa traduz a impossibilidade de se rever, de ofício, ou por provocação, o ato (ou a decisão no processo administrativo) em sede administrativa, após o percurso traçado no ordenamento jurídico. Na verdade, trata-se de um imperativo dos princípios da Administração Pública em geral, principalmente os da boa-fé, da moralidade e da segurança jurídica*”. BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de processo administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 173.

<sup>25</sup> Como veremos de forma mais detalhada adiante, esta possibilidade é expressamente admitida pelo artigo 150 da lei nº 8.112/90.

Em razão da natureza das infrações objeto de apuração ou de processo administrativo, nos casos em que a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação, poderá a autoridade competente limitar a publicidade dos atos ao acusado e a seus advogados.

Entretanto, interessa registrar que essa relativização no tocante à publicidade não ocorre quanto ao imperativo da motivação da decisão disciplinar. Decisão administrativa imotivada, repita-se, é ato inválido, eivado de nulidade insanável e, portanto, inapto à irradiação de efeitos jurídicos.

## 2.4 Princípio da isonomia

O processo administrativo difere do judicial (civil, penal, constitucional e trabalhista) porque este é constituído sob a presidência dos órgãos judiciários que atuam em substituição à atividade das partes, isto é, os legitimados para a causa não atuam nem interferem diretamente na decisão, ao passo que aquele resta restrito à atuação de órgãos administrativos que estarão necessariamente sujeitos (Administração e administradores) à observância do conjunto de regras e princípios jurídico-administrativos<sup>26</sup>.

Entretanto, o fato de a administração participar do processo administrativo disciplinar como litigante-autora (parte legítima para a causa), e, ao mesmo tempo, o julgar, atuando, concomitantemente, como juiz e como demandante, não fere, como uma visão mais apressada pode fazer parecer, a idéia de *igualdade* processual, embora qualifique a relação processual administrativa pela atipicidade da ausência do fenômeno da substituição da atuação de ambas as partes por um juiz sobreposto e pertencente à outra função de poder<sup>27</sup>. O princípio da isonomia, aqui contextualizado enquanto garantia do magistrado investigado, quer significar que os juízes demandados, que se encontrem em situações idênticas, devem obter tratamento decisional isonômico<sup>28</sup>. Mais que isso, a isonomia em processo administrativo significa, ainda, e maiormente, o fato de a administração ter de agir com imparcialidade e somente poder condenar os demandados contra os quais tenha restado provadas a autoria e a materialidade delitivas. Em caso contrário, sobre o órgão colegiado processante paira o imperativo dever de absolver e esse tratamento há de ser imposto a

---

<sup>26</sup> Neste contexto, Cretella o considera como “... a série ordenada de atividades da Administração que prepara a edição do ato administrativo”. E acrescenta: “... processo administrativo é o conjunto de atos praticados na esfera administrativa quer apenas pela Administração, quer pela autoridade competente e pelo administrado, até a decisão final da autoridade competente, nessa esfera. É o conjunto de iniciativas da Administração, que envolvem o servidor público, possibilitando-lhe a mais ampla defesa, antes da edição do ato final, decisão que o absolve ou o condena, depois de analisar-lhe a conduta que teria configurado, por ação ou omissão, ilícito administrativo, funcional, disciplinar ou penal”. CRETELLA JÚNIOR, op. cit. p. 33.

<sup>27</sup> Como repisamos alhures.

<sup>28</sup> Neste sentido, Marlúcia Lopes Ferro obtempera: “Em suma, o princípio da isonomia no processo administrativo significa que todos aqueles que estão enquadrados no fato definido na norma devem ter o mesmo tratamento, merecem a mesma proteção da lei. Não deve, portanto, haver privilégios para alguns em detrimento dos outros que preenchem a mesma hipótese legal”. FERRO, Marlúcia Lopes. Princípios do processo administrativo. Lisboa: Jus Scriptum - Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. ANO II – Nº. 05. out/nov/dez - 2006, p. 78.

todos, de forma equânime. A verificação de parcialidade ou arbítrio administrativo constitui motivo para invalidação do processo disciplinar, bem como de responsabilização das autoridades processantes que assim procederem, sendo perfeitamente possível tal controle pela via recursal-administrativa ou judicial. Isto demonstra que, neste contexto, o julgador administrativo está para o processo disciplinar contra juiz assim como o juiz está para o processo judicial em relação às partes, na medida em que devem atuar de forma desinteressada na causa.

## 2.5 Princípios: da verdade material, informalismo e documentação

Também denominado de *princípio da liberdade na avaliação da prova*, prescreve que a administração pública tem o dever de tomar decisões lastreadas nos fatos, em obséquio à denominada “verdade real”<sup>29</sup>. Por este princípio a administração pode utilizar-se de quaisquer provas obtidas por meios lícitos, devendo, todavia, levá-las para os autos<sup>30</sup> e fundamentar a decisão tomada em pòs. No tocante à prática dos atos processuais, observa-se o *princípio do informalismo* ou *formalismo moderado* dispensado-se os rigores da forma exterior dos atos processuais, desde que não se ultrapasse os limites da segurança jurídica e não acarrete prejuízo ao magistrado-demandado<sup>31</sup>. Estabelece, ainda, que a interpretação processual-administrativa construa-se a partir de espírito de teleologia e axiologia de benignidade instrumentalista a favorecer o investigado com o conhecimento de recursos e defesas ainda que não se apresentem em consonância estrita com a *forma* e os termos prescritos em lei ou ato normativo<sup>32</sup>. O *princípio da documentação*, previsto no § 1º do artigo 22 da lei nº 9.784/99, adota para o processo administrativo a forma escrita e impõe a redução a termo de todos os atos processuais<sup>33</sup>. Trata-se de garantia do demandado,

<sup>29</sup> MEDAUAR. *Direito administrativo moderno*, p. 195.

<sup>30</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit. p. 587. Gasparini não aponta a verdade material como princípio do processo administrativo. GASPARI, op. cit. p. 559-60.

<sup>31</sup> Este princípio é previsto pelo artigo 22 da lei nº 9784/99, *verbis*: *Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir*. É evidente, além de acertado, que a lei administrativa ao assim dispor hauriu inspiração no CPC, que no artigo 154 já prescrevia que: *Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial*. Isto quer significar que a forma está a serviço da segurança jurídica e não do entrave ao andamento do processo.

<sup>32</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit. p. 587. Diógenes Gasparini ainda anota: *“Em razão desse princípio dispensam-se ritos rigorosos e formas solenes para o processo administrativo”*. GASPARI, op. cit. p. 559. Note-se que não se dispensam as formas pura e simplesmente, tanto que Odete Medauar, demonstrando essa preocupação, intitula esse princípio com a denominação de *princípio do formalismo moderado*, no que tem inteira razão: *“Na verdade, o princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que essas sejam vistas como fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo”*. MEDAUAR. *Direito administrativo moderno*, p. 195.

<sup>33</sup> Lei nº 9.784/99 - Artigo 22, § 1º – *“Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável”*. No processo civil, o juiz pode dispensar a transcrição dos depoimentos das partes, peritos e testemunhas tomados em audiência de instrução e julgamento, como permite o CPC, 417, § 1º, instituído pela lei nº 11.419/06, cuja redação é a seguinte: *“O depoimento será passado para a versão datilográfica quando houver recurso da sentença ou noutros casos, quando o juiz o determinar, de ofício ou a requerimento da parte”*.

pois reforça a garantia de que a decisão administrativa há de cingir-se à prova constante dos autos.

## 2.6 Princípio da identidade física do julgador

No processo civil, esse princípio sofre as relativizações do artigo 132 do CPC,<sup>34</sup> no processo administrativo geral determina que o julgamento ocorra perante a presidência da mesma autoridade que determinou sua instauração, ressalvados os casos de impedimento, suspeição<sup>35</sup>, delegação<sup>36</sup> e avocação. Mas no processo administrativo contra magistrado não pode a autoridade que determina a sua instauração proceder com o julgamento aplicando sanção administrativa correspondente. É que de acordo com a Resolução nº 30/2007, do CNJ, a instauração do processo administrativo decorre de provocação do Corregedor Geral da Justiça no caso de magistrados de primeiro grau, ou do Presidente do Tribunal, nos demais casos, mas a competência para processamento e julgamento é do órgão colegiado competente, e somente dele. No entanto, na verificação de inexistência de infração disciplinar percebida antes da instauração do processo administrativo perante o órgão colegiado competente, tanto o Corregedor Geral da Justiça quanto o Presidente do Tribunal podem determinar o arquivamento do processo preliminar, aquele destinado à averiguação fática de infração disciplinar, isto é, se por um lado essas autoridades não podem impor sanção, por outro, podem, aliás devem, arquivar procedimentos ineptos ou desprovidos de fundamento<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Artigo 132 do CPC- *O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.*

<sup>35</sup> GONZÁLES, Ernomar Octaviano Átila J. *Sindicância e processo administrativo. Prática e jurisprudência.* 8. ed. São Paulo: Leud, 1995, p. 146.

<sup>36</sup> Precisamente, Adeildo Nunes registra: *“As regras de competência estabelecidas nos artigos 11 ao 17 do Estatuto Processual Administrativo, contrariamente ao processo judicial comum, permitem que um órgão administrativo e seu titular, não havendo impedimento legal, possam delegar parte da sua competência originária a outros órgãos ou titulares, ainda que estes sejam hierarquicamente subordinados, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, judicial ou territorial”.* NUNES, op. cit. p. 100. Wellington Pacheco Barros acrescenta que: *“A delegação de competência é uma faculdade da autoridade ou órgão processante e que só opera validamente na forma de ato motivado por circunstância de natureza técnica, social, econômica, jurídica ou territorial. Com a delegação não perde a autoridade ou órgão processante a sua atribuição originária. Ela é repassada a outra autoridade ou órgão que a auxiliará. Mas entendendo o delegante que os motivos da delegação cessaram, ele pode revogar a delegação. Como a delegação, a revogação é ato motivado”* BARROS, Wellington Pacheco, op. cit. p. 99.

<sup>37</sup> Como se conclui da leitura do artigo 19 da Resolução nº 30/2007: *“O Corregedor, no caso de magistrados de primeiro grau, ou o Presidente do Tribunal, nos demais casos, que tiver ciência de irregularidade é obrigado a promover a apuração imediata dos fatos. § 1º As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade. § 2º Apurados os fatos, o magistrado será notificado para, no prazo de cinco dias, prestar informações. § 3º Mediante decisão fundamentada, a autoridade competente ordenará o arquivamento do procedimento preliminar caso não haja indícios de materialidade ou de autoria de infração administrativa. § 4º Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada de plano pelo Corregedor, no caso de magistrados de primeiro grau, ou pelo Presidente do Tribunal, nos demais casos”.*

## 2.7 Princípios: do devido processo legal e da duração razoável do processo.

Enfim, deve-se registrar que o *princípio da duração razoável do processo*, instituído pela emenda constitucional nº 45/2004, ao deter natureza de direito fundamental-processual multidisciplinar, há de ser observado, também, na relação processual administrativa voltada para a apuração de falta funcional de magistrado, pois a norma constitucional não limitou o seu âmbito de atuação ao processo jurisdicional. Contudo, o processo há de ser célere (tanto quanto possível) para preservar a efetividade do poder/dever de punir da administração<sup>38</sup>, mediante a observação de um procedimento submetido ao crivo do devido processo legal, bem como para impedir a punição branca, derivada de uma dilação indevida e vexatória, do juiz investigado, dissociada da matriz do *due process of law*<sup>39</sup>.

Apesar de consubstanciar-se em conceito jurídico aberto, o princípio da duração razoável do processo impõe ao órgão processante competente o dever de zelar pela rápida solução do litígio administrativo sem delongas desnecessárias, pois quanto maior for o tempo de sua tramitação mais estará a sofrer o investigado com a exposição pública de sua reputação, que, por si só, acarreta-lhe ultrajes morais impossíveis com outro princípio, também de dignidade constitucional, observável no processo administrativo disciplinar: o *princípio da presunção de inocência*, pelo qual ninguém pode ser considerado culpado, em processo administrativo, inclusive, senão depois do trânsito em julgado da decisão condenatória. No entanto, nem sempre *duração razoável* do processo administrativo coincidirá com celeridade processual, isto é, significará rapidez, mas rapidez ponderada, comedida, sensata, sem atropelos das garantias individuais e também das da administração. Isto implica em reconhecer que, em certos casos, a duração razoável do processo pode conflitar com a celeridade e, sem dúvida, a ela se sobrepõe, considerando que também o *princípio do devido processo legal*, em sentido substancial inclusive, conjugado aos *princípios da razoabilidade e da proporcionalidade* são também aplicáveis ao processo administrativo<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Como veremos adiante, o princípio esculpido no CPC, 125, II, que impõe ao juiz o dever de velar pela rápida solução do litígio também se aplica ao processo administrativo contra magistrado, desde que não conflite com o princípio constitucional da duração razoável do processo, que, em certas hipóteses, pode não indicar solução rápida.

<sup>39</sup> Como argumenta Fábio Medina Osório: “Cabe lembrar que a jurisprudência aplica a cláusula do *due process of law* nos procedimentos disciplinares, o que significa a sua incidência no Direito Administrativo Sancionador brasileiro, sendo seus valores perceptíveis à luz de julgados e de boa doutrina, ainda que haja timidez no avançar rumo à formalização de todas as conseqüências possíveis no campo punitivo”. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 214. Wellington Pacheco Barros, por sua vez considera: “O princípio do devido processo legal é o princípio maior que rege o processo administrativo. É a própria base de existência do instituto”. Demonstra o autor que: “...Sua instrumentação é absolutamente formal e pode ser demonstrado na seguinte indagação: existe lei processual? Não? Então a administração não pode submeter a constrangimento direitos individuais. Se o faz pratica abuso de direito”. BARROS, Wellington Pacheco, op. cit. p. 51.

<sup>40</sup> Como argumenta Fábio Medina Osório: “Cabe lembrar que a jurisprudência aplica a cláusula do *due process of law* nos procedimentos disciplinares, o que significa a sua incidência no Direito Administrativo Sancionador brasileiro, sendo seus valores perceptíveis à luz de julgados e de boa doutrina, ainda que haja timidez no avançar rumo à formalização de todas as conseqüências possíveis no campo punitivo”. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 214. Wellington Pacheco Barros, por sua vez considera: “O princípio do devido processo legal é o princípio maior que rege o processo administrativo. É a própria base de existência do instituto”. Demonstra o autor que: “...Sua instrumentação é absolutamente formal e pode ser demonstrado na seguinte indagação: existe lei

## 2.8 Princípio do contraditório e a possibilidade de afastamento liminar da função

Taxado no artigo 5º, LV, da Constituição, o *princípio do contraditório* incide em todas as espécies processuais, assumindo posição destacada no processo administrativo, porquanto assegura o direito à contradição de toda e qualquer acusação ou prova produzida contra os administrados ou acusados em demanda administrativa (magistrado ou servidor). Tratando-se de prova oral, necessariamente, deve ser facultada a oportunidade de participação com presença efetiva do demandado no ato da coleta, mesmo se ventilada a possibilidade de constrangimento para testemunhas arroladas pela administração. Nos casos de produção de prova oral através de sistema de teleconferência ou outros meios eletrônicos (lei nº 11.419/06), ao acusado também há de garantir-se a participação presencial em rede telemática, inclusive com o seu advogado, pois o tratamento conferido à presença real deve equiparar-se à virtual. Tratando-se de prova documental, deve-se permitir a análise do documento pelo requerido em tempo útil à produção da defesa correlata, exceto nas hipóteses que requeiram urgência da administração, como acontece com as hipóteses de afastamento cautelar de juízes ou servidores *inaudita altera pars* da função.

Entretanto, para que isto ocorra, faz-se necessária a constatação da presença do *fumus boni iures* e do *periculum in mora*, isto é, que a administração detenha elementos probatórios (indiciários ou materiais) acerca do cometimento de falta funcional de natureza grave perpetrada por magistrado, bem como que a permanência no serviço constitua situação de risco de dano para os jurisdicionados ou para a administração judiciária<sup>41</sup>. A competência para a determinação do afastamento, como vimos acima, será do tribunal pleno ou do seu órgão especial, ou, ainda, do Conselho Nacional de Justiça<sup>42</sup>. Haverá de ser decisão necessariamente colegiada, jamais individual, sob pena de ferimento ao princípio constitucional do devido processo legal, considerando o disposto no artigo 93, inciso X, da Constituição Federal.

É ocioso dizer que à administração também deve ser dado o direito à informação plena dos fatos alegados, pois a apuração de ilícito administrativo impõe-se enquanto interesse público irrenunciável, incorrendo em responsabilidade administrativa a autoridade judiciária detentora de competência para instaurar processo administrativo, que não determinar a instauração de sindicância ou processo administrativo na hipótese de violação de dever funcional. A propósito, a Resolução nº 30/2007 do CNJ garante o direito ao contraditório a magistrado investigado, desde o procedimento preliminar para apuração de falta disciplinar (artigo 19, § 2º), no qual, após a apuração dos fatos, deve o juiz ser intimado para prestar informações no prazo de cinco dias<sup>43</sup>, até na sucessiva fase

---

*processual? Não? Então a administração não pode submeter a constrangimento direitos individuais. Se o faz pratica abuso de direito*". BARROS, Wellington Pacheco, op. cit. p. 51.

<sup>41</sup> Indiscutivelmente, deve-se considerar, por analogia e inegável pertinência, a regra constante do artigo 804 do CPC.

<sup>42</sup> Consoante dispõe o seu regimento interno, no parágrafo único do artigo 77, *verbis*: *Instaurado o processo disciplinar, ou no curso dele, o Plenário do Conselho poderá afastar o magistrado (artigo 27 da Lei Orgânica da Magistratura) ou servidor das suas funções, sem prejuízo dos vencimentos e das vantagens, até decisão final (Redação dada pela Emenda Regimental número 02, de 11 de Junho de 2006)*. A Resolução nº 30/2007

postulatória do processo administrativo principal, consoante determina o § 1º do artigo da mesma resolução:

Antes da instauração do processo, ao magistrado será concedido um prazo de quinze dias para a defesa prévia, contado da data da entrega da cópia do teor da acusação e das provas existentes, que lhe remeterá o Presidente do Tribunal, mediante ofício, nas quarenta e oito horas imediatamente seguintes à apresentação da acusação.

## 2.9 Princípio da ampla defesa

Apesar de muito próximo do anterior, com ele não se confunde, pois o direito de defender-se difere do de insurgência contra uma decisão já tomada, à medida que se amplia para abranger a possibilidade de manejo de todos os recursos cabíveis, sendo esta última situação garantida pelo princípio ora analisado. Bem a propósito, o Conselho Nacional de Justiça têm entendido que a agressão aos princípios da ampla defesa ou ao do contraditório acarreta a nulidade de procedimento administrativo instaurado contra magistrado, vejamos:

Assunto: Desconstituição de ato administrativo - PAD TJMA 3798/2005 - Retorno às atividades judicantes - Ilegalidade do afastamento - Desrespeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório - art. 5º, liv e Iv, cf/88 - Ausência de notificação do sindicato - Desrespeito ao art. 93, X, da CF/88 - Desrespeito à LC 35, art. 27, III, c/c a lei estadual 6.107/1994 - medida liminar. Processo: PCA 96. Relator: JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO SÁ. Data de publicação: 19/06/2006

A garantia da ampla defesa estabelece, ainda, que os recursos e os meios de insurgência contra decisões administrativas sejam perpetrados por quem detenha capacitação técnica para tanto, capaz de transformar em defesa concreta uma idéia que um jurisdicionado ou administrado, ainda que magistrado, faça acerca de sua estratégia processual. É neste preciso contexto que emerge a problemática gerada pela súmula vinculante nº 05 do Supremo Tribunal Federal, que passaremos, agora, a enfrentar.

## 3 Conflito entre o enunciado n. 343 da súmula do STJ e a súmula vinculante n. 05 do STF

Com a edição do enunciado nº 343 do STJ, pacificara-se o entendimento segundo o qual a atuação do advogado, em todas as fases do processo administrativo, era

---

<sup>43</sup> Assim prescreve o artigo 19 da Res nº 30/07: “O Corregedor, no caso de magistrados de primeiro grau, ou o Presidente do Tribunal, nos demais casos, que tiver ciência de irregularidade é obrigado a promover a apuração imediata dos fatos. § 1º As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade. § 2º Apurados os fatos, o magistrado será notificado para, no prazo de cinco dias, prestar informações. § 3º Mediante decisão fundamentada, a autoridade competente ordenará o arquivamento do procedimento preliminar caso não haja indícios de materialidade ou de autoria de infração administrativa. § 4º Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada de plano pelo Corregedor, no caso de magistrados de primeiro grau, ou pelo Presidente do Tribunal, nos demais casos.

indispensável para sua regularidade formal<sup>44</sup>. No entanto, em recente decisão, o Pretório Excelso adotou posição diametralmente oposta, estabelecendo no enunciado 05 de sua súmula vinculante, que: ***A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição.***

Numa primeira observação, percebe-se que a súmula vinculante 05 do STF não despreza a defesa técnica no processo administrativo disciplinar, apenas esclarece que pode ser feita por quem não é advogado, ao passo que o enunciado 343 da súmula do STJ obrigava a presença do advogado em todas as fases processuais administrativas. Logo, uma segunda conclusão emerge como consequência silogística, no sentido de que a súmula vinculante 05 do STF não revoga, por completo, o enunciado 343 do STJ, derroga-o, parcialmente, tão somente quanto ao particular de a defesa não ter de ser procedida por defensor/advogado, o que é bastante distinto de concluir-se que o acusado pode ser condenado sem defesa técnica ou socorrido somente pela autodefesa. Noutras palavras, o Supremo está a exigir sim que haja defesa administrativa – defesa técnica – no processo disciplinar, entretanto, não é relevante nem necessário (a princípio) que seja efetivada por advogado, porém isso não pode ser entendido como uma regra aplicável a todas as modalidades de processos administrativos disciplinares, considerando que nalgumas a defesa técnica por advogado representa verdadeiro direito subjetivo indisponível do demandado, como comprovaremos agora.

#### **4 A defesa técnica por advogado: uma garantia constitucional irrenunciável e indisponível do magistrado demandado (considerações finais)**

Analisemos adrede a defesa em processo disciplinar nas hipóteses nas quais o juiz processado é revel, para, em sucessivo, concluirmos, com situações processuais normais, que o advogado é sempre indispensável para a validade do processo disciplinar regido pela Resolução n. 30/2007 do CNJ.

Pois bem, essa Resolução apenas prevê a nomeação de defensor ao magistrado processado quando este for revel (artigo 9º, V)<sup>45</sup>. admitindo, a *contrario sensu*, e aparentemente, a autodefesa<sup>46</sup>. Não resta dúvida que na situação da contumácia do demandado, a indicação de defensor dativo erige-se à condição de pressuposto processual de validade do processo disciplinar, do qual resultar imposição de sanção contra o acusado. Por óbvio, esse defensor há de ser advogado inscrito nos quadros da OAB, já que a súmula vinculante n. 05, do Supremo Tribunal Federal, não deixou de exigir *defesa técnica* para validade do processo administrativo. Depois, a disposição normativa da Resolução n. 30/2007 do CNJ é de caráter impositivo e não contraria a súmula pretória, pois

<sup>44</sup> Vejamos o inteiro teor do enunciado de n. 343, da súmula do STJ, aprovado pela Terceira Seção, em 12 de setembro de 2007, *verbis*: *É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.*

<sup>45</sup> Observe-se que ao dispor sobre ‘processo’, a Resolução não está a referir ao procedimento preliminar previsto no seu artigo 19 ou a sindicância. Nestes, não há necessidade de nomeação de advogado ao juiz investigado porque, simplesmente, inexistente processo em sentido estrito do qual pode advir sanção administrativa.

<sup>46</sup> Isso, entretanto, não passa de conclusão apressada e equivocada, pois, inequivocamente, constitui erro supor que a defesa nesse tipo de processo administrativo possa ser efetivada por profissional distinto do advogado.

simplesmente não há outra interpretação possível à medida que a súmula n. 05/STF continua a exigir *defesa técnica* no processo disciplinar!

Esses argumentos devem ser aliados ao fato de que a indicação de defensor dativo ao juiz revel independe da modalidade de citação, considerando que o inciso IV do artigo 9º da Resolução n. 30 do CNJ, expressa que: *considerar-se-á revel o magistrado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo assinado*. Neste particular, a norma administrativa em questão inspirou-se inequivocamente no artigo 164 da Lei 8.112/90, que concebe como revel o indiciado que, regularmente citado, por qualquer modalidade citatória, não apresentar defesa no prazo legal. Uma vez declarada a revelia no processo disciplinar regido pela Lei 8.112/90, o prazo para a defesa será devolvido ao defensor dativo. Mais uma vez, a Resolução n. 30 do CNJ adotou a regra geral, ao dispor no mesmo sentido.

Porém, uma diferença capital verifica-se entre o processo disciplinar geral, obediente ao Estatuto dos Servidores (Lei n. 8.112/90), e o especial contra magistrado, disciplinado pela Resolução n. 30/2007, no pertinente à qualidade do defensor nomeado ao revel. Enquanto o artigo 164, § 2º da lei dos servidores obriga a nomeação de “servidor”, sempre que possível, da mesma classe e categoria do indiciado, para apresentar defesa, exercendo o mesmo papel do curador especial do processo civil; a norma procedimental do CNJ, noutra quadra, silencia quanto à categoria profissional do defensor.

Contudo, considerando que um servidor de carreira não detém habilitação técnica para patrocinar a defesa de juiz revel em processo disciplinar, sem malversar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa invocados acima, não é possível recorrer, por analogia, ao preceito do artigo 164, § 2º da Lei n. 8112/90, para edificar a conclusão de que o juiz revel pode ser defendido por servidor de carreira. O fato de esse dispositivo determinar que, ao servidor revel, a comissão processante deve nomear “servidor”, sempre que possível, da “*mesma classe e categoria*” do indiciado para exercer a função de defensor, impede que se adote tal regra para suprir a lacuna verificada na Resolução n. 30/2007 do CNJ, porque, se a opção recaísse em servidor, a regra não estaria atendida porquanto não pertencer a mesma classe e categoria do magistrado; se, noutro viés, a escolha consistisse na nomeação de outro magistrado (por pertencer à mesma classe e categoria) para exercer o papel de defensor dativo, estar-se-ia a atribuir capacidade postulatória a juiz quando a lei assim não o fez. Além disso, esta última opção malferiria o artigo 36, III, da LOMAN, que veda ao juiz manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, de modo que restaria inócua, pois sem poder emitir opinião sobre as decisões adotadas, os princípios do contraditório e da ampla defesa estariam maculados.

Ora, à vista dessas injunções, e em homenagem à teleologia e axiologia do processo enquanto instrumento de garantia de acesso à justiça, a conclusão mais consentânea com os princípios constitucionais estudados neste trabalho cifra-se pela nomeação de advogado, apto ao exercício da advocacia, para a função de defensor dativo do juiz revel. Isso, sob hipótese alguma, agride o entendimento vinculante sumulado no enunciado n. 05 do Supremo Tribunal Federal, considerando, primordialmente, que a regra ali disposta continuou a exigir a *defesa técnica* no processo disciplinar. Assim, a regra a ser

buscada, por raciocínio analógico, inegavelmente, é a constante do artigo 133 da CF, segundo a qual o advogado é indispensável à administração da justiça, para, em seguida, reforçá-la com o preceito do artigo 37 do CPC, segundo o qual, a parte será representada em juízo, inclusive administrativo (pode-se acrescentar), por advogado lealmente habilitado. Logo, havendo revelia, inexistente outra conclusão capaz de ofertar *defesa técnica* a juiz revel que não seja por advogado, até porque a autodefesa não fora exercida – o prazo da defesa transcorreu *in albis* - e a Resolução impõe a nomeação de defensor com devolução do prazo.

Fora das hipóteses de revelia, nossa conclusão final também insiste que a incidência do enunciado nº 05, da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, em processo disciplinar contra magistrado, não se coaduna com a *autodefesa*, já que a norma jurisprudencial expressamente aludiu à *defesa técnica*. Esta, há de ser tida como imperativo processual, sobretudo em demanda cuja decisão final pode acarretar a perda da função, se houver processo judicial instaurado por representação do ministério público em decorrência de processo administrativo<sup>47</sup>. Admitindo como cristalino que a defesa técnica não se confunde com a autodefesa, e considerando que o enunciado do STF a exigiu (*defesa técnica*), não se pode consentir que servidor de carreira, por mais preparado que seja, possa exercer o papel de defensor de juiz, considerando a incompatibilidade com as similitudes exigidas pelo artigo 164 da Lei n. 8112/90.

Enfim, os princípios constitucionais estudados, sobretudo os do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, impõem interpretação teleológica e axiológica para a resolução desse problema, consentânea com a teoria do acesso à justiça, que não compactua com o atropelamento de garantias constitucionais-processuais historicamente conquistadas através de uma verdadeira “*luta pelo direito*”, para lembrar Ihering, nem, ao mesmo tempo, com a impunidade dos que usam a judicatura para obter vantagens ilegais. Os que assim procedem, devem ser realmente expurgados da carreira judicante, mas sem perder de vista o princípio constitucional da presunção da inocência, que corrobora a promoção de defesa plena em prol da manutenção do Estado Democrático de Direito. Esses princípios, a bem da verdade, estão a consagrar que a *defesa técnica* deve ser observada desde a primeira fase do processo disciplinar, bem como que consiste em garantia processual irrenunciável até mesmo pelo próprio magistrado demandado.

Trata-se, portanto, de direito subjetivo indisponível<sup>48</sup>! Nestes termos, as únicas possibilidades de admissão da validade de demandas administrativas dessa espécie, nas quais o acusado não se valer da *defesa técnica*, reduzem-se às exclusivas hipóteses de

---

<sup>47</sup> No Estado de São Paulo, a Lei Complementar nº 942/03, que regula a sindicância e o processo administrativo contra magistrado, revogou a legislação anterior que permitia ao acusado optar em defender-se por advogado ou através da autodefesa. A lei complementar acima indicada, acertadamente, prescreve que o mandado de citação, em ambas as espécies, deve esclarecer que o acusado será defendido por ‘advogado’ dativo, se não constituir advogado próprio. Confira-se: ALVES, Renata Martins de Carvalho. *O princípio do devido processo legal e o processo administrativo disciplinar no âmbito do Poder Judiciário do Estado de São Paulo*. Revista da Escola Paulista da Magistratura. Ano 8 – Número 1. Jan/Jun – 2007, p. 82.

<sup>48</sup> Renata Martins de Carvalho Alves demonstra, através do estudo de inúmeros julgados administrativos, que a Corregedoria do Estado de São Paulo: “... tem mantido o entendimento de que a *defesa técnica* é irrenunciável e indisponível e deve ser efetiva desde o início do processo administrativo disciplinar para assegurar ao acusado o contraditório e a ampla defesa”. ALVES, Renata Martins de Carvalho, op. cit. p. 82.

arquivamento ou improcedência da acusação, mas tão somente em homenagem ao princípio *pas de nullité sans grief*, pelo qual não se deve decretar nulidade do ato se dele não advier prejuízo à defesa<sup>49</sup>. Noutra perspectiva, a punição derivada de processo disciplinar contra juiz no qual não se verificou a defesa técnica por advogado, dativo ou constituído, não escapa do desluzo da nulidade insanável.

Não se pode argumentar que a amplitude de defesa atenta contra a celeridade processual e que pode ensejar a pronúncia de prescrição administrativa, a favorecer magistrado ímprobo, considerando que as infrações disciplinares mais graves, que também representam delito penal, têm a contagem do prazo prescricional regida pela lei criminal, não se esgotando nos cinco anos para a propositura da ação administrativa<sup>50</sup>.

Como anota Medauar, a submissão da atividade processual administrativa a esses princípios enumerados acima, faz o processo administrativo emergir como notável instrumento de legitimação da função administrativa. Daí acrescentar que o processo administrativo presta-se como digna garantia jurídica dos cidadãos, a proporcionar um melhor conteúdo das decisões administrativas e a aprimorar o correto desempenho da função executiva com a efetivação da justiça na administração. Além disso, aproxima cidadãos e Administração, sistematiza a sua atuação e facilita o controle administrativo, precisamente, através da aplicação dos princípios e regras constitucionais<sup>51</sup>.

## Referências

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2. ed. Tradução de Manuel Atienza. México: BEFDP – Biblioteca de Ética, Filosofia y Política, 1998.

ALVES, Renata Martins de Carvalho. *O princípio do devido processo legal e o processo administrativo disciplinar no âmbito do Poder Judiciário do Estado de São Paulo*. Revista da Escola Paulista da Magistratura. ano 8. n. 1. Jan/Jun – 2007.

---

<sup>49</sup> A propósito, o artigo 250 do CPC, que alberga o princípio do aproveitamento dos atos processuais, e, sem dúvida, se aplica ao processo administrativo disciplinar em análise, estabelece: *O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.*

<sup>50</sup> Neste sentido, é firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se observa no aresto a seguir: Ementa: “*Constitucional. Administrativo. Servidor público: demissão. Ilícito administrativo e ilícito penal. Instância administrativa: autonomia. Prescrição: Lei 8.112/90, art. 142. I. - Ilícito administrativo que constitui, também, ilícito penal: o ato de demissão, após procedimento administrativo regular, não depende da conclusão da ação penal instaurada contra o servidor por crime contra a administração pública, tendo em vista a autonomia das instâncias. II. - Precedente do STF: MS 23.401-DF, Velloso, Plenário. III. - Na hipótese de a infração disciplinar constituir também crime, os prazos de prescrição previstos na lei penal têm aplicação: Lei 8.112/90, art. 142, § 2º. Inocorrência de prescrição, no caso...*”. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 17-05-2002 PP-00059. EMENT VOL-02069-01 PP-00096. RTJ VOL-00191-01 PP-00151. Grifamos.

<sup>51</sup> MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 61.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de processo administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Lisboa: Almedina, 1993.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DOWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários ao regime dos servidores públicos civis da União* (Estatuto dos funcionários públicos). 4. ed. Bauru: Edipro, 1994.

FERRO, Marlúcia Lopes. *Princípios do processo administrativo*. Lisboa: *Jus Scriptum* - Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. ANO II – n. 05. out/nov/dez - 2006.

GASPARINI, Diógenes. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONZÁLES, Ernomar Octaviano Átila J. *Sindicância e processo administrativo*. Prática e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Leud, 1995.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LUZ, Egberto Maia. *Direito administrativo disciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

NUNES, Adeildo. *Administração pública: princípios, controle e processo*. Recife: Bagaço, 2001.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

OVALLE FAVELA, José. *Tendencias actuales en el derecho procesal civil*. In: *Tendencias actuales del derecho*. Coord. SOBERANES FERNÁNDEZ. José Luis. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

REIS, Palhares Moreira. *Processo disciplinar*. Recife: Consulex, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.