

MAGISTRADO - PUNIÇÃO DISCIPLINAR - PROCEDIMENTO E PROCESSO

Emília Facchini*

É sabido que o Magistrado goza de garantias contra o arbítrio e o poder, como proteção do próprio jurisdicionado, em virtude do que qualquer prática faltosa de que seja acusado exige a observância do devido processo legal.

Antes de tudo, deve ser evidenciada a distinção que existe entre o procedimento administrativo e o processo administrativo disciplinar, pois nisto reside a premissa da diferenciação pertinente ao que ora é colocado em foco.

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35, de 14.03.79), em vista das garantias constitucionais da Judicatura, cuidou de prescrever exatamente aquelas distintivas.

Veja-se que seu art. 27, dispendo que “O procedimento para a decretação da perda do cargo terá início por determinação do Tribunal...”, insere no seu § 1º que “Em qualquer hipótese, a instauração do processo preceder-se-á da defesa prévia do Magistrado...”, e no § 2º estabelece que “Findo o prazo da defesa prévia, haja ou não sido apresentada, o Presidente [...] convocará o Tribunal [...] para que, em sessão secreta, decida sobre a instauração do processo”.

No capítulo II, acerca “das penalidades”, o art. 40 diz da atividade censória de Tribunais exercida com o resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado, o art. 46 estatui que “O procedimento para a decretação da remoção ou disponibilidade de Magistrado obedecerá ao prescrito no art. 27 desta Lei...”, e o art. 48 enuncia que “Os regimentos internos dos Tribunais estabelecerão o procedimento para a apuração de faltas puníveis com advertência ou censura.”

A Constituição Federal de 1988, recepcionando essa legislação complementar (*caput* do art. 93), prescreve neste dispositivo que “o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa” (inciso VIII), o que tem direto contato com uma das garantias dos Juízes (art. 95, II).

Além da atribuição aos Tribunais de “... elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispendo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos” (art. 96, I, “a”), essa Carta Magna trouxe como garantia fundamental, também em processo administrativo, a exigência do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV).

Bem se detendo nessas prescrições, à visão da garantia conferida à Magistratura (art. 95, II), o procedimento para a apuração de potencial motivo censório precede ao processo administrativo disciplinar, e aquele, na linguagem do Direito Administrativo Sancionador, é elemento conectivo indispensável.

* Juíza Togada do TRT - 3ª Região.

Esse aspecto tem relevo máximo, porque o legislador constituinte republicano, desde a primeira hora e na defesa dos jurisdicionados, cobre o Magistrado de garantias.

São estas que traçam inadmissível a instauração de processo administrativo (disciplinar) sem um princípio de prova, e este tem a ver com o procedimento averiguador da potencial transgressão, que poderia captar a atuação sancionatória da Administração.

O que tento enaltecer é que, tratando-se de Magistrado, a lei é impositiva na ordem, primeiro, da apuração para, depois, decidir-se a instauração do processo administrativo, este sim, acusatório, significando a verificação da figura incompatível, seu Autor, então a “denúncia”.

EDGARD MAGALHÃES NORONHA, Professor de todos, em seu *Direito Penal* (Saraiva, 1979, v. I), dizendo das relações com outros ramos jurídicos, ensina que “Direito Penal e Direito Administrativo também se conjugam, pois a função de punir é eminentemente administrativa [...]. São suas relações manifestas porque, não poucas vezes, ambos tratam e se ocupam dos mesmos institutos”.

Com fulcro nessa relação, o i. autor me dá ensejo de lembrar da “formação da culpa”, dizendo-a compreender todos os atos destinados a formar a culpa como base para a admissibilidade da acusação, incluídas as investigações, objetivando um juízo sobre o cabimento da acusação para o fim de abrir-se a fase de defesa e julgamento, uma vez que, com a denúncia, instaura-se simplesmente o *judicium accusationis* e, julgada procedente a denúncia, por haver culpa formada, teria lugar o *judicium causae*, vale dizer, o juízo de julgamento da causa.

Também dessa obra se extrai a *notitia criminis*, que vem a ser a comunicação do fato à autoridade para a investigação (*persecutio criminis*), dando início ao inquérito como procedimento preliminar ou preparatório que, concluído, habilita o pedido de aplicação do direito objetivo que, então, faz nascer a ação.

O que ofereço com tais contatos e procedimentos é a afirmação de que, tratando-se de Magistrado, a garantia constitucional que lhe é aplicável obriga àquelas fases, a apuratória, para forjar o início de prova, com direito à defesa prévia, e a da decisão sobre a instauração do processo administrativo.

Enfatizando estar transitando em conhecimentos interdisciplinares, vejo que com o servidor público já era assim, e a Carta de 1988 estabeleceu ser indispensável o processo administrativo para perda de cargo do estável (art. 41, § 1º, II). Essa lembrança apenas traz o ponto de contato das distinções que estou a professor, emprestando-me a doutrina a respectiva afirmação:

“... procedimento é o modo de realização do processo, forma de ordenar os atos; a via, o caminho, os passos, o desenvolvimento necessário à realização do processo, ou seja, o rito processual.

Importante para fixar os conceitos é ter presente que não há processo sem procedimento, isto é, sem rito”. (*Regime Disciplinar do Servidor Público Civil*, Forense, 1998)

“A garantia constitucional do devido processo legal não somente contenta-se em que o processo recepcione a ampla defesa e o contraditório, como também exige, para a sua legítima inauguração, que haja, no mínimo, um princípio de prova. Sem esse princípio de prova (*fumus boni juris*), sinalizador da plausibilidade da pretensão punitiva da Administração, não poderá haver processo disciplinar. [...] O Direito Processual Disciplinar exige a presença desses conectivos (princípios de prova) como forma de evitar que venha o servidor público sofrer os incômodos e os aborrecimentos oriundos de um processo disciplinar precipitadamente instaurado, além de, com tal cuidado, proporcionar resguardo à dignidade do cargo ocupado pelo acusado, o que reverte-se, por fim, em benefício da normalidade e regularidade do serviço público, escopo inarredável a que deve preordenar-se toda repressão disciplinar”. (*Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar*, Editora Brasília Jurídica, 1999)

A isto se aligem as lembranças de “sindicância” e de “inquérito”, que antes se faziam, conforme o caso, precedentes do processo administrativo.

Estabeleço paralelo entre processo e procedimento nas vias judiciais e administrativa.

Naquelas, o processo é a ação em juízo, e o procedimento é o modo de agir em juízo (*Dicionário da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Forense Universitária, 3ª ed.).

Na orla administrativa, o procedimento é o modo de agir da Administração para instaurar o processo disciplinar. Lá, desvendando fatos para, aqui, tipificando-os, acusar o Agente apontado responsável, então garantida a ampla defesa.

Quanto a Magistrado, o procedimento é ANTECEDENTE OBRIGATÓRIO, e do seu exame é que PODERÁ ADVIR a instauração do processo administrativo.

Enfim, é a leitura da LOMAN, art. 27, §§ 1º (“Em qualquer hipótese, a instauração do processo preceder-se-á da defesa prévia do Magistrado...”) e 2º (“Findo o prazo da defesa prévia, haja ou não sido apresentada, o Presidente [...] convocará o Tribunal [...] para que, em sessão secreta, decida sobre a instauração do processo”).

Em tese aberta que traduz a síntese desta matéria relevante e insuperável, tratando-se de Magistrado, a atividade censória do Tribunal deve observar, necessariamente, a deliberação da Corte, em Conselho, autorizando a abertura do procedimento de averiguação dos fatos que lhe foram trazidos, com oportunidade do interessado apresentar defesa prévia. Em seguida, o Tribunal, em Sessão secreta, apreciará o quadro emoldurado e, em não determinando o arquivamento, decidirá pela instauração do processo administrativo, apontando falta(s) e cominação(ões) imputadas ao Juiz para, sob o contraditório e resguardado o direito de defesa, passar-se à instrução e ulteriormente proceder-se ao julgamento.

A lei é impositiva na ordem, primeiro, da apuração para, depois, decidir-se a instauração do processo administrativo, este sim, acusatório, significando a verificação da figura incompatível, seu Autor, então a “denúncia”.

É inadmissível a instauração de processo administrativo (disciplinar) em face de Magistrado sem um princípio de prova, e este tem a ver com o procedimento averiguador da potencial transgressão, que poderia captar a atuação sancionatória

da Administração. Exegese da Constituição Federal (arts. 93, *caput* e inciso VIII, 95, II e 96, I, “a”) e da Lei Complementar n. 35/79 (arts. 27, §§ 1º e 2º, 40, 46 e 48).

O procedimento é antecedente obrigatório para, depois, potencializar a deliberação do Tribunal da instauração (acusatória) do processo administrativo.

Assentada a distinção entre procedimento e processo administrativo, bem assim que aquele é antecedente obrigatório para potencializar a deliberação do Tribunal pela instauração deste, enalteço que estas premissas consubstanciam o primado constitucional do DEVIDO PROCESSO LEGAL no atinente à Administração e ao Magistrado.

Posso invocar, a propósito, que o Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em tempo recente, apreciando matéria envolvendo Membro da Judicatura Especializada, afirmou a rigorosa observância da cláusula do *due process of law*, o que implica na persistência do rito desenhado pela lei, que é o procedimento de averiguação, para formular início de prova, necessariamente precedendo à “decisão técnico-jurídica” da instauração do processo administrativo em face de Magistrado.

Afinal, sequer seria concebível o contrário, pelo manifesto maltrato às garantias legais, espaço que qualquer Tribunal não ocupa, ainda no âmbito administrativo.

Quando a Presidência da Corte transmite manifestação de órgão, diante de possível desvio funcional que mereça apuração administrativa e apenação, o Tribunal haverá de alcançar o procedimento de averiguação, para admiti-lo.

Harmonizando-se aqueles pilares do comando legal referenciados com a deliberação do Tribunal, evidente que a possível deliberação da Corte, em Conselho, marca a admissão da averiguação dos fatos para a inarredável apreciação posterior do Plenário a respeito de, técnica e juridicamente, decidir pela instauração do processo, agora com o rigor formal do que se aparelha à denúncia na instância penal.

Na fase do procedimento de averiguação, a lei prescreve a defesa prévia, que tem a ver com os fatos que poderiam levar a indício de infração administrativa, que não se confunde com a ulterior instauração do processo, de modo que não guarda consentaneidade com a ampla defesa particularizada para este, aquela inicial resistência do Magistrado envolvido.

Admitido o procedimento e vindo a defesa prévia, as eventuais questões prejudiciais por esta levantadas não têm sentido e não devem ser apreciadas nessa averiguação que, diríamos, é a fase preliminar de exame dos fatos para desencadear, ou não, a instauração do processo disciplinar.

Por isso que, mesmo enfadonha, alardeio aquela distinção fundamental.

O que está por ser decidido, no procedimento, nada mais é do que dar resposta à seguinte indagação: seria caso de instauração do processo administrativo?

Para tanto, irrecusável o exame do que colocado no encaminhamento ensejador da admissão da averiguação.

Agasalhar fatos anteriormente ocorridos e superados, para projetá-los ao *front* do processo administrativo disciplinar, onde entremeada a concreta atuação do Órgão denunciante, não se me apresenta legítimo e ou possível, porque bem diz o brocardo romano: não pode haver repetição de ação acerca do mesmo objeto (*bis de eadem re non sit actio*).

Em novo paralelo que estabeleço para melhor expressar, recorde-se que o primeiro dos elementos subjetivos da ação (pedido) define-se OU pela providência jurisdicional solicitada, OU pela utilidade que se deseja alcançar por via da mesma.

Como ensina AMARAL SANTOS, em suas *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, objeto imediato naquele elemento subjetivo da ação seria a providência (prestação) jurisdicional, enquanto objeto mediato seria o bem jurídico perseguido.

Para mim, se uma atuação de Órgão do Tribunal foi eficaz aos objetos imediato e mediato dos fatos anteriores superados, não se pode repetir qualquer outra com o mesmo propósito, ainda que na exclusiva ótica da mediatidade.

Portanto, a se decidir pela instauração do processo administrativo disciplinar com base nos fatos pretéritos superados, seria o mesmo que repetir-se a atuação do Órgão do Tribunal, o que o Direito não consente (*bis de eadem re non sit actio*). A superação de fatos, sejam quais forem, implica em que não possam ser renascidos. Aí a questão é de segurança jurídica.

Tenha-se em mente, pois, a distinção entre procedimento e processo administrativo em relação a falta funcional de Magistrado, sem que este possa ser instaurado com suporte em fatos superados. Afinal, cabe lembrar que as garantias da magistratura representam segurança à própria sociedade, como núcleo capaz de afastar arbitrariedades e voluntarismo, inclusive de ordem política.