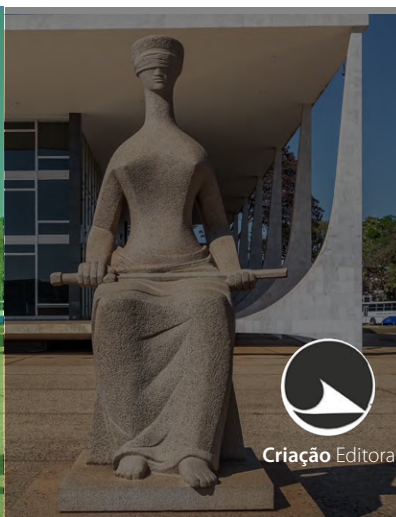


FRANCISCO MOISÉS NASCIMENTO SOARES

**A INADMISSIBILIDADE DAS
PENAS DISPONIBILIDADE
E APOSENTADORIA AOS
MAGISTRADOS ÍMPROBOS**



Criação Editora

**Título: A INADMISSIBILIDADE DAS PENAS
DISPONIBILIDADE E APOSENTADORIA AOS
MAGISTRADOS ÍMPROBOS**

Autor: FRANCISCO MOISÉS NASCIMENTO SOARES

ISBN: 978-65-80067-58-9

CONSELHO EDITORIAL

Ana Maria de Menezes

Estácio Bahia Guimarães

Fábio Alves dos Santos

Jorge Carvalho do Nascimento

José Afonso do Nascimento

José Eduardo Franco

José Rodorval Ramalho

Justino Alves Lima

Luiz Eduardo Oliveira Menezes

Maria Inêz Oliveira Araújo

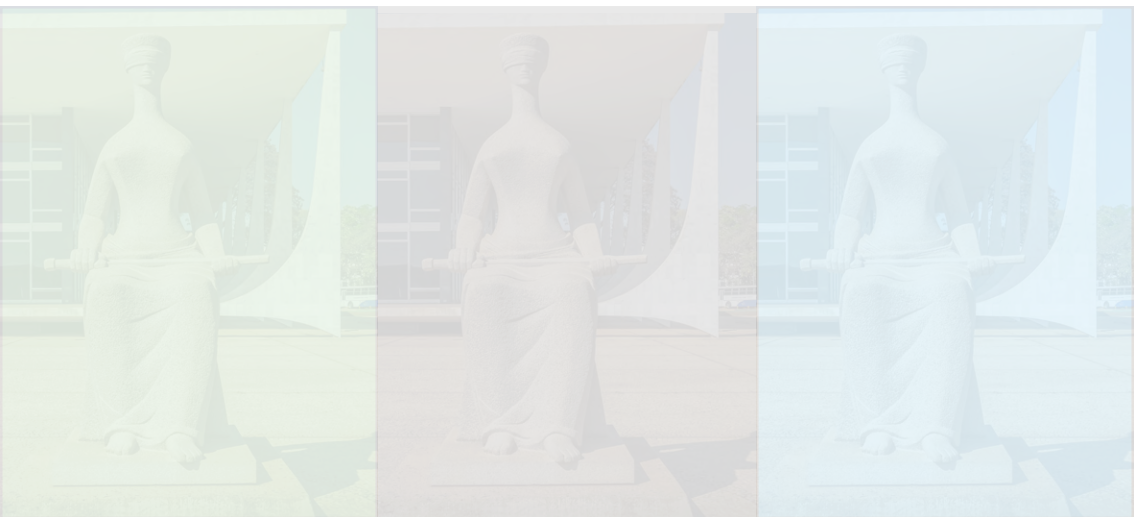
Martin Hadsell do Nascimento

Rita de Cácia Santos Souza



FRANCISCO MOISÉS NASCIMENTO SOARES

A INADMISSIBILIDADE DAS PENAS DISPONIBILIDADE E APOSENTADORIA AOS MAGISTRADOS ÍMPROBOS



Criação Editora

Aracaju | 2019

© 2019, FRANCISCO MOISÉS NASCIMENTO SOARES

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, com finalidade de comercialização ou aproveitamento de lucros ou vantagens, com observância da Lei de regência. Poderá ser reproduzido texto, entre aspas, desde que haja expressa marcação do nome da autora, título da obra, editora, edição e paginação.

A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.619/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código penal.

Editoração Eletrônica e Capa: Adilma Menezes

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Tuxped Serviços Editoriais (São Paulo-SP)

Bibliotecário Pedro Anizio Gomes CRB-8/8846

S676i Soares, Francisco Moisés Nascimento
A inadmissibilidade das penas disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos. Francisco Moisés Nascimento Soares. – Aracaju: Criação, 2019.
80 p., 21 cm.
ISBN 978-65-80067-58-9


1. Aposentadoria 2. Direito 3. Direito Punitivo 4. Juízes
5. Magistratura 6. Poder Judiciário 7. Punições 8. Regalias
I. Título II. Assunto III. Autor

CDD 341.256:341.55
CDU 342.56:343.265.5

ÍNDICE PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO

1. Poder Judiciário; corrupção dos juízes; aposentadoria compulsória.
2. Poder Judiciário; punição; suspensão; aposentadoria.

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Pedro Anizio Gomes CRB-8 8846



**“
A injustiça num lugar
qualquer é uma ameaça
à justiça em todo o
lugar.**

”

Martin Luther King



PREFÁCIO

Francisco Soares, agregando valor ao seu trabalho de conclusão do Bacharelado em Direito, na Universidade Federal de Sergipe, avança no tema em sua especialização, para demonstrar, de forma clara e objetiva, a irrazoabilidade da manutenção de prerrogativas pessoais (que são verdadeiras regalias), disfarçadas de sanções administrativas, a magistrados, situação semelhante com que a ocorre ainda também no Ministério Público, concretizadas na aplicação das “sanções” de indisponibilidade e de aposentadoria compulsória no caso de agentes ímprobos.

Interessante ponto no presente trabalho é a exposição clara de violação do princípio da isonomia. No caso de servidores públicos federais, regidos pela Lei 8.112/1990, a sanção por improbidade é a perda da função, ao passo em que na Lei Orgânica da Magistratura há previsão, nesta situação, das penas de indisponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço e a aposentadoria compulsória com vencimentos também proporcionais ao tempo trabalhado.

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

O autor, resgatando os aspectos históricos sobre o tema, demonstra que não obstante a legalidade de tais sanções, são estas imorais, pois não se constituem em prerrogativa indispensável à função jurisdicional, mas sim prerrogativas pessoais ao agente que praticou atos de improbidade e por isto, contrária ao princípio constitucional da moralidade, havendo assim uma incompatibilidade vertical de determinadas interpretações de tais institutos com a Constituição Federal de 1988 e clara violação ao princípio da supremacia do interesse público, situação suprível com a interpretação conforme a Constituição.

Transcorridos mais de 25 anos da vigência da Constituição Cidadã, não se justifica mais que nenhum agente ou servidor público tenha prerrogativas que não sejam inerentes à função, como a inamovibilidade, a vitaliciedade, indispensável para o exercício independente da função de pacificação social e de defesa do Estado democrático de Direito.

Tal como no conto “A roupa nova do rei”, de Hans Christian Andersen, faz-se necessário, que alguém com a visão clara e com a voz da indignação, alerte a todos que a manutenção de tais institutos propaladores da impunidade não compatível com nossa realidade atual. Que alerte que o “rei está nu” para que esta imoralidade seja reconhecida e combatida.

Sandro Luiz da Costa

Promotor de Justiça

Ex-Juiz de Direito

Sumário

PREFÁCIO	7
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I	
SISTEMA PUNITIVO DA LOMAN E DA LEI Nº 8.112/1990	17
1.1. Da disponibilidade	18
1.2. Da aposentadoria	22
1.3. Regime disciplinar dos servidores públicos civis da união	25
1.5. Regime disciplinar dos magistrados	30
CAPÍTULO II	
O MAGISTRADO E SUAS GARANTIAS	35
2.1. Independência do judiciário	37
2.2. Garantias da magistratura	40
2.3. Prerrogativas legais do juiz	46
2.4. São os juízes servidores públicos?	47
2.5. Garantias ou regalias?	50
CAPÍTULO III	
DISPONIBILIDADE E APOSENTADORIA PODEM SER CONSIDERADAS PENAS?	53
3.1. Teorias sobre a função da pena	54
3.2. Da moralidade	57
3.3. Interpretação conforme a Constituição	63
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	77





INTRODUÇÃO

O Direito Punitivo Funcional surge como um instrumento para a apuração da existência de transgressões. Inclui a compreensão dos deveres e obrigações funcionais e, ainda, das penas aplicáveis para as hipóteses de infração. Essencialmente, se preocupa em como promover a apuração de infrações e a correta aplicação de penas – com base no princípio da proporcionalidade – sem desrespeitar os preceitos morais.

As penas disponibilidade e aposentadoria compulsória foram inseridas no ordenamento jurídico nacional como mecanismos para a repressão de alguns atos de improbidade praticados por magistrados com a Lei Complementar nº 35/1979. Esse texto, além de decorrência da opção pela carreira jurídica, é reflexo de um senso de justiça e de uma indignação originada das decisões tomadas em benefício de alguns agentes públicos ímprobos.

A relevância atribuída ao princípio da moralidade, pela Constituição Federal de 1988, o consagrou como fundamento de validade

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

para todos os atos estatais, independentemente da observância da estrita legalidade, fortalecendo os meios de controle dos atos de improbidade praticados pelos agentes públicos. O princípio da moralidade não se confunde com o princípio da legalidade. Atos emanados com a observância da estrita legalidade podem esconder desrespeito a postulados básicos de justiça e equidade.

Nessa direção, o § 4º do art. 37 da Constituição Federal dispõe que “[...] os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”, criando a base para uma legislação que não tolera a prática de atos de improbidade. Traz certa perplexidade aos estudiosos e operadores do Direito a constatação da existência, no estatuto da magistratura, das penas disponibilidade e aposentadoria compulsória em caso de improbidade, em que pese a forma com que o referido princípio foi elevado na Constituição brasileira, bem como os instrumentos processuais estabelecidos para sua defesa.

É intuitivo que quanto maior a exigência constitucional por moralidade no trato com a coisa pública, maior relevo há que se conferir aos instrumentos de repressão à improbidade, havendo um esforço em se interpretar, sem perder o norte constitucional, inaplicável aquelas penas, já que a Constituição exige interesse público na adoção de tais medidas. O referido texto que é originado de estudos monográficos que buscou com o auxílio da interpretação conforme a Constituição, reputar inconstitucional a admissibilidade da disponibilidade e da aposentadoria compulsória como penas para os casos comprovados de improbidade de magistrados.

A íntima relação entre a independência do Poder Judiciário, as garantias da magistratura e as prerrogativas legais do juiz, ao instituir garantias de independência e imparcialidade aos juízes,

permite o exercício livre da função judicante, sem receio que suas decisões, mesmo que contrárias aos interesses de pessoas ou grupos com influência política, possam gerar algum tipo de retaliação. Todavia, algumas regalias atribuídas aos magistrados ímprobos se revestem de garantias da magistratura. Para tanto, utilizei de um marco teórico interpretativo conforme a Constituição, para que as decisões respeitem os princípios da moralidade e da supremacia do interesse público. A interpretação conforme a Constituição é um elemento de concretização do princípio da unidade da ordem jurídica, pautado no ideal de segurança jurídica e na presunção de funcionamento regular da atividade legislativa.

Com a comparação entre os regimes de penalização dos servidores públicos civis da União em geral e o dos magistrados, pretendeu-se tornar claro o desproporcional tratamento feito a tais agentes. Para os primeiros, atos de improbidade podem ensejar a perda do cargo. Já aos últimos, a prática de atos de improbidade implica na colocação em disponibilidade ou na aposentadoria compulsória.

Essa temática se problematiza na medida em que as garantias estabelecidas aos membros do Poder Judiciário, sejam as garantias da magistratura, que protegem o exercício da função judicante, sejam as prerrogativas legais do juiz, que protegem a pessoa física ocupante do cargo, se distanciam de regalias ainda aplicadas aos magistrados praticantes de atos de improbidade. O direito não pode deixar de dar uma resposta a este fenômeno: não pode aceitar, por sua vigência, simplesmente, a utilização daquelas penas; tampouco pode negar a existência de elementos constitucionais que impedem a sua aplicação. A ciência do direito deve se pronunciar pelo respeito aos princípios constitucionais, sempre de maneira fundamentada, oferecendo respostas à questão da validade de institutos anacrônicos ainda utilizados pelos julgadores.

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

Procedimentos de proteção aos magistrados ímprobos possibilitam a criação de um espaço à impunidade, e devem, em busca de uma sociedade mais justa, ser afastados de forma a alcançar o interesse público, abrindo espaço para o fortalecimento dos postulados constitucionais. Necessária a instituição de um procedimento correcional que promova a efetiva punição dos infratores, com vistas à consecução da solução mais correta dentre as viáveis, afastando-se o risco de utilização de procedimentos com o objetivo de conferir a aparência de legitimidade a atos ofensivos ao interesse público.

No campo específico do enquadramento dos magistrados em alguma das espécies do gênero agente público, existe o dissenso doutrinário na classificação entre agente político ou servidor público. Contudo, tal discussão torna-se irrelevante na medida em que a Lei de Improbidade Administrativa sujeita todos os agentes públicos aos seus regramentos, sem qualquer distinção. A moralização do Estado está na ordem do dia, e, com o auxílio do princípio da supremacia do interesse público, serão evitadas situações de impunidade.

A fonte de pesquisa com maior utilização será a doutrinária, através de obras publicadas sobre base física – livros e artigos publicados em revistas. Arquivos localizados na *internet* servirão como fonte subsidiária, especialmente para pesquisas jurisprudenciais e legislativas.

A exposição do tema será pautada pelo raciocínio dedutivo, pindo de aspectos mais gerais para os mais específicos, trazendo, no decorrer do estudo, as posições concordes ou discordes da doutrina acerca das posturas adotadas. O objeto do estudo será tratado pelo processo analítico, buscando-se decompô-lo em suas partes constitutivas para uma melhor compreensão.

O capítulo I delineará a natureza jurídica dos institutos de disponibilidade e aposentadoria compulsória, fazendo uma compa-

ração da utilização dos mesmos mediante a Lei nº 8.112/1990, que rege os servidores públicos civis da União em geral, e pela Lei Complementar nº 35/1979, conhecida como Lei Orgânica da Magistratura Nacional. O que deixará evidente a desproporção irrazoável no tratamento dos atos de improbidade praticados por tais agentes públicos.

O foco central é a aplicabilidade das penas disponibilidade e aposentadoria compulsória aos casos de improbidade de magistrados. Permissão que deixa estarecida a população, já que o senso comum de justiça não as considera punições e sim, premiações. Identificada a real finalidade de tais institutos, será questionada a sua utilização como penas no capítulo II.

Como existe um dispositivo constitucional que permite uma interpretação equivocada, a lei dos magistrados, anterior à Constituição de 1988, foi recepcionada e continua a disciplinar a utilização daqueles institutos para fins punitivos. No entanto, será exposto que tal interpretação destoa do espírito constitucional e, mediante uma interpretação sistemática, elevar-se-á o princípio da moralidade como fundamento para o afastamento daquelas penas. Para tanto, será utilizada a interpretação conforme a Constituição como alternativa para a adequação do dispositivo constitucional que autoriza a aplicação da disponibilidade e da aposentadoria por interesse público. Com base no princípio da supremacia do interesse público, afastar-se-á a interpretação que entende possível a aplicação das referidas penas em caso de improbidade de magistrado.

O capítulo III se ocupará de traçar as garantias da magistratura como possíveis fundamentos para a existência de um regime disciplinar diferenciado. Com base numa análise das prerrogativas desses agentes poder-se-á identificar quais garantias são realmente necessárias ao exercício da função judicante e quais

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

constituem privilégios desnecessários que possibilitam apenas a impunidade dos agentes que praticam atos de improbidade.

Também será discutida uma questão controversa na doutrina: são os juízes servidores públicos? Esse dissenso entre os juristas na classificação dos mesmos em servidores públicos ou agentes políticos servirá de base para justificar a existência de garantias especiais aos magistrados, mostrando quais são imprescindíveis, já que é de responsabilidade do Judiciário o controle dos atos em desacordo com a legislação, e quais se tornam ofensivas ao interesse público.

Assim, abordará as garantias do Poder Judiciário, como a independência e a autonomia, que o possibilitam ser um órgão forte o suficiente para manter a harmonia entre os Poderes e permitir o sistema de freios e contrapesos. Em seguida serão elencadas as garantias da magistratura, mostrando que são prerrogativas do cargo, não da pessoa física titular, visto que são necessidades decorrentes da função judicante. A vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, elencadas no art. 95 da Constituição Federal são os maiores exemplos. Serão distinguidas, dessa forma, as garantias da magistratura das prerrogativas pessoais do juiz, que, diferentemente, não são direcionadas ao cargo, e sim à pessoa física titular dele. Como aquelas, estas também protegem os juízes de prováveis retaliações originadas do exercício de sua função. Depois de todo esse panorama, mais uma vez será explicitado o excesso que é a aplicabilidade das penas disponibilidade e aposentadoria compulsória. As garantias da magistratura servem para que os juízes exerçam seus misteres livremente, não para que diante de infrações sejam premiados com descanso remunerado.

SISTEMA PUNITIVO DA LOMAN E DA LEI Nº 8.112/1990

O Poder Judiciário é cercado de garantias para o livre exercício dos magistrados. Sem elas, a função judicante estaria comprometida, pois, em sua atividade, os juízes decidem conflitos de interesses e, não prevalecido o interesse de uma pe com influência política, a ausência de garantias poderia acarretar retaliações ao magistrado.

A fim de assegurar que o princípio da livre convicção motivada norteie todas as decisões, dentre outras prerrogativas, são garantidas a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos. Assim, garantido o devido processo legal e fundamentada a decisão, ela deve ser reflexo do que o magistrado acreditar como justo para o caso concreto.

No entanto, identificadas as prerrogativas que avultam o sistema de garantias, devem ser buscados princípios que desautorizem a sua utilização para que não sejam ofendidos princípios constitucionais como os da igualdade, da proporcionalidade, da razoabilidade e da moralidade.

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

Por isso se faz necessário traçar um comparativo entre as penalidades elencadas na Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990, que rege os servidores públicos civis da União em geral, com as penas previstas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), de 17 de março de 1979, a fim de evidenciar a injustificável desproporcionalidade no tratamento dos atos de improbidade praticados por tais agentes públicos.

Para os magistrados e seus equiparados, entre outras penas, estão previstas a disponibilidade e a aposentadoria, o que é concebível como prêmio, não como pena. Já o servidor público civil comum poderá ter sua disponibilidade e sua aposentadoria casada em caso de infração, nunca decretada. Tamanha ofensa à moralidade cria situações de impunidade, além de um descrédito da população à instituição judiciária.

Neste capítulo será realizada uma análise dos institutos da disponibilidade e da aposentadoria compulsória, com o objetivo de buscar sua natureza jurídica, a finalidade original dos mesmos e confrontar com o desvirtuamento feito pela Lei Orgânica da Magistratura. Mediante uma comparação com o regime punitivo da Lei nº 8.112/1990, mostrar-se-á que não há razão para um disciplinamento diferenciado.

1.1. DA DISPONIBILIDADE

A disponibilidade é “[...] a colocação do servidor estável em inatividade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo, com proventos proporcionais ao tempo de serviço” (MELLO, 2007, p. 279). Instituto derivado da estabilidade conferida aos servidores públicos, tal garantia permite que o servidor seja afastado de suas atividades, mas continue a receber seus vencimentos normalmente.

Ela tem previsão constitucional no § 3º do art. 41 “[...] Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo”. Ainda quando, em virtude de reintegração de outro servidor, seja desalojado do cargo que ocupava sem ter um cargo de origem para regressar a ele, como estabelece o § 2º do mesmo artigo “[...] Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço”.

Claramente percebe-se o caráter garantista do instituto, que protege o servidor público estável em caso de extinção ou declaração de desnecessidade do cargo do qual o mesmo é titular. Assim, o vínculo mantido entre o servidor e a Administração será preservado e o agente ficará em disponibilidade remunerada. A estabilidade “[...] é o direito outorgado ao servidor estatutário, nomeado em virtude de concurso público, de permanecer no serviço público após três anos de efetivo exercício, como passou a determinar a Emenda Constitucional (EC) nº 19/98, que alterou o art. 41 da CF, pelo qual anteriormente era exigido o prazo de apenas dois anos” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 585).

Assim, após o cumprimento do estágio probatório, a estabilidade no serviço público estará adquirida e assegurará ao servidor o direito de não ser exonerado em virtude de algum daqueles casos mencionados. Ela é uma garantia especial do servidor público e a disponibilidade, por sua vez, trata-se de uma manifestação, um efeito, da estabilidade.

Grosso modo, o efeito da disponibilidade é bastante similar ao da aposentadoria, pois “[...] impõe que o servidor em disponi-

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

bilidade perceba remuneração após a lei de extinção do cargo ou o ato de declaração de sua desnecessidade. Essa remuneração deve destacar-se, tem a mesma natureza dos proventos, pois que é atribuída a servidor inativo (ainda que temporariamente)” (Ibidem, p. 635-636). No entanto, diferentemente do servidor aposentado, o disponível deverá ser aproveitado em outro cargo o mais breve possível, “[...] evitando-se a eternização da inatividade remunerada, com notórios prejuízos ao erário público” (Ibidem, p. 636).

Facilmente se percebe que essa garantia do servidor público estável não tem fins punitivos. Assim como a disponibilidade deve ser invalidada caso perceba-se que foi aplicada por uma autoridade a um determinado servidor público civil, estimulando uma imoral inatividade remunerada, o mesmo deve ocorrer se foi determinada a algum servidor que cometeu ato suficientemente grave que ensejaria demissão. A cassação da disponibilidade está para o servidor em disponibilidade assim como a demissão está para o servidor em exercício. Em sentido contrário, José dos Santos Carvalho Filho afirma que:

o instituto em foco não se confunde com a disponibilidade punitiva, que, conforme indica a própria expressão, estampa modalidade de sanção funcional, e nada tem a ver com a extinção ou desnecessidade do cargo. É o caso da disponibilidade punitiva dos magistrados, prevista no . 93, VIII, da CF, pela qual fica o juiz afastado compulsoriamente de seu cargo pelo voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, percebendo subsídios proporcionais ao tempo de serviço. Idêntica sanção, aliás, aplica-se também aos membros do Ministério Público, como prevê o art. 130-A, § 2º, III, da CF, introduzido pela E.C. 45/2004. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 634, grifo do autor).

Porque para os magistrados deve ser diferente? É certo que a vitaliciedade não permite a destituição do cargo por meio de processo administrativo, apenas com sentença judicial transitada em julgado em conformidade com o inciso I do art. 95 da Constituição Federal, diferentemente dos servidores públicos civis estáveis. Mas isso não justifica a manutenção da estabilidade para fins punitivos.

Dessa forma, além do seu caráter garantista, a disponibilidade ganha conotação punitiva para os magistrados e seus equiparados em virtude da permissão disposta no art. 93, inciso VIII, da Constituição Federal:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

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

Além de poderem ser removidos ou aposentados, magistrados ímprobos também podem ser colocados em disponibilidade por interesse público, após decisão tomada pela maioria absoluta do respectivo Tribunal, assegurada ampla defesa (mudança trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, pois antes era necessário um *quorum* de dois terços). Qual o interesse público em manter um agente público que cometeu uma infração numa ociosidade remunerada? Isso é premiar, não punir.

O processo para a decretação de disponibilidade está previsto no art. 45 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional “[...] O Tribunal ou seu órgão especial poderá determinar, por motivo de interesse

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

público, em escrutínio secreto e pelo voto de dois terços de seus membros efetivos: II - a disponibilidade de membro do próprio Tribunal ou de Juiz de instância inferior, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço”. No entanto, seu texto não foi atualizado para se adequar à mudança feita pela Emenda Constitucional nº 45/2004, ele ainda estabelece um *quorum* de dois terços. Se decretada, a remuneração deverá ser proporcional ao tempo de serviço.

1.2. DA APOSENTADORIA

Aposentadoria é o direito à inatividade remunerada, garantido ao servidor em caso de invalidez, idade ou outros requisitos conjugados. São três as modalidades de aposentadoria: por invalidez, compulsória e voluntária. Ela “[...] é um fato jurídico-administrativo que precisa se formalizar através de um ato administrativo da autoridade competente. Este ato sujeita-se à apreciação do Tribunal de Contas, a quem incumbe verificar a sua legalidade diante da efetiva consumação do suporte fático do benefício (art. 71, III, CF)” (Ibidem, 2007, p. 609). O art. 40 da Constituição Federal trata das hipóteses de aposentadoria dos servidores públicos:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste ítem.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este ítem serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Hipóteses também descritas pelo art. 186 da Lei nº 8.112/1990¹. Para qualquer servidor público civil essas são as únicas hipóteses de afastamento das atividades mediante aposentadoria. No entanto, para os magistrados e seus equiparados, ela é uma das possíveis penas para o agente ímprobo.

Tal instituto também não tem caráter punitivo. Penalizar um agente público com um afastamento remunerado é uma grave ofensa à moralidade. Pior que a disponibilidade, é a aposentado-

1 Art.186. O servidor será aposentado: I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, e proporcionais nos demais casos; II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço; III - voluntariamente: a) aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, e aos 30 (trinta) se mulher, com proventos integrais; b) aos 30 (trinta) anos de efetivo exercício em funções de magistério se professor, e 25 (vinte e cinco) se professora, com proventos integrais; c) aos 30 (trinta) anos de serviço, se homem, e aos 25 (vinte e cinco) se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo; d) aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e aos 60 (sessenta) se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

ria, pois representa o descanso remunerado definitivo. A disponibilidade, ao menos, não tem caráter permanente. Em sentido contrário, Carvalho Filho (2007, p. 610):

a aposentadoria que trataremos no tópico presente não se confunde com a **aposentadoria punitiva**: aquela se caracteriza como benefício previdenciário e tem por suporte principal o tempo de contribuição do servidor; esta ao contrário, tem a natureza jurídica de sanção funcional. O efeito, porém é o mesmo: ocorrendo qualquer deles, extingue-se a relação jurídica estatutária e o cargo fica vago. Hipóteses de aposentadorias punitivas são previstas nos arts. 93, VIII, e 130-A, § 2º, III (aquele, alterado, e este, introduzido pela E.C. 45/2004), ambas retratando sanções aplicáveis, respectivamente, a magistrados e membros do Ministério Público (grifo do autor).

Assim como o servidor em disponibilidade, o aposentado estará recebendo sem trabalhar por ter cometido alguma infração. Não há razão para permitir tais regalias aos magistrados em detrimento de todos os outros agentes públicos, que são punidos, e não premiados, diante de infrações.

Punir representa reafirmar os valores fundamentais em torno dos quais se organiza a vida em sociedade. Sendo assim, a punição deve ser exercida numa justa medida, o que não se verifica na cominação de disponibilidade e aposentadoria como penas. “[...] Não punir, quando era o caso, é caso de assombro, espanto e pasmo: sensação de que a Justiça, existente embora, não foi realizada no caso específico” (DIP; MOARES JR, 2002, p. 19). A insuficiência punitiva equivale à impunidade, pois não representa adequada reprovação e prevenção do injusto.

1.3. REGIME DISCIPLINAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DA UNIÃO

A Lei nº 8.112/1990, nos artigos 116 a 142, regula o regime disciplinar dos servidores públicos civis da União. Dispositivos que, entre outros regramentos, possuem normas de conduta e proibições impostas aos servidores no escopo de prevenir, apurar e punir possíveis atos e omissões que ofendam o regular funcionamento da Administração Pública.

A disciplina funcional resulta do sistema hierárquico. Com efeito, se aos agentes superiores é dado o poder de fiscalizar as atividades dos de nível inferior, deflui daí o efeito de poderem eles exigir que a conduta destes seja adequada aos mandamentos legais, sob pena de, se tal não ocorrer, serem os infratores sujeitos às respectivas sanções (CARVALHO FILHO, 2007, p. 60).

As obrigações impostas aos servidores podem ser positivas² ou negativas³. Em caso de não observância, será feita a apuração da con-

2 Art. 116. São deveres do servidor: I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; II - ser leal às instituições a que servir; III - observar as normas legais e regulamentares; IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; V - atender com presteza: a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo; b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública. VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo; VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público; VIII - guardar sigilo sobre assunto da repição; IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa; X - ser assíduo e pontual ao serviço; XI - tratar com urbanidade as pessoas; XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder. Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.

3 Art. 117. Ao servidor é proibido: I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato; II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repição; III - recusar fé a documentos públicos; IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

duta conforme o art. 143 da Lei nº 8.112/1990 “[...] a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa”. Uma vez comprovada, ensejará a aplicação de alguma penalidade.

O Poder Disciplinar cuida dessa manutenção da normalidade do Serviço Público. No exercício desse poder-dever a autoridade não está vinculada ao princípio da pena específica:

No Direito Penal, o legislador utilizou o sistema da rígida **tipicidade**, delineando cada conduta ilícita e a sanção respectiva. O mesmo não sucede no campo disciplinar. Aqui a lei limita-se, como regra, a enumerar os deveres e as obrigações funcionais e, ainda, as sanções, sem, contu-

ou execução de serviço; V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repição; VI - cometer a pessoa estranha à repição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado; VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a pido político; VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil; IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; X - picipar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro; XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições; XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro; XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas; XV - proceder de forma desidiosa; XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repição em serviços ou atividades piculares; XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias; XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho; XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado. Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste igo não se aplica nos seguintes casos: I - picipação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, picipação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; e II - gozo de licença para o trato de interesses piculares, na forma do Art. 91 desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses.

do, uni-los de forma discriminada, o que afasta o sistema da rígida tipicidade (Ibidem, 2007, p. 61, grifo do autor).

Como visto, existe um grau de discricionariedade na aplicação da pena cabível. Depois de apurada determinada infração, o art. 128 da Lei nº 8.112/1990 impõe que sejam considerados outros fatores de ordem objetiva e subjetiva, como antecedentes funcionais, circunstâncias agravantes e atenuantes “[...] na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”. Sobre os princípios que devem nortear a aplicação das penas, Carvalho Filho (2007, p. 661) afirma:

O sistema punitivo na Administração deverá atender a princípios específicos para a regular aplicação das sanções. Um deles é o princípio da adequação punitiva (ou da proporcionalidade), pelo qual se incumbe ao administrador certa margem de discricionariedade para compatibilizar a conduta e a sanção. Fora desse princípio, a punição é arbitrária e ilegal, e passível de invalidação pela Administração ou pelo Judiciário. Outro é o princípio da motivação da penalidade, necessário para apontar os elementos que comprovam a observância, pelo administrador, da correlação entre a infração funcional e a punição imposta. Por essa razão, em tais atos punitivos devem estar integrados os fatores apurados no processo administrativo-disciplinar, bem como os fundamentos jurídicos da punição, rendendo ensejo, por conseguinte, a que possam tais elementos ser aferidos no Poder Judiciário. Acrescente-se a esses o princípio do contraditório e da ampla defesa, fundado no art. 5º, LV, da CF, que, além de não poder ser postergado, deve incidir toda vez que a Administração aplica sanção a seus servidores.

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

As penalidades previstas para os servidores públicos civis variam de intensidade, desde a simples advertência à demissão, como discrimina o art. 127 da Lei nº 8.112/1990:

Art. 127. São penalidades disciplinares:

I - advertência;

II - suspensão;

III - demissão;

IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

V - destituição de cargo em comissão;

VI - destituição de função comissionada

Em nenhum dos incisos, a aposentadoria e a disponibilidade são tratadas como penas para o agente ímprobo, e sim a cassação das mesmas. Para os servidores públicos civis da União, as únicas hipóteses de disponibilidade são a extinção do cargo ou a declaração de sua desnecessidade e de aposentadoria são as descritas no art. 40 da Constituição. Admiti-las para os juízes ofende o interesse público, pois ambas são entendidas pela população como prêmios.

Além de enumerar as penalidades, o Capítulo V, presente no Título IV da lei mencionada, elenca as hipóteses de aplicação de cada uma delas. Em especial, são as hipóteses de demissão:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

I - crime contra a administração pública;

II - abandono de cargo;

III - inassiduidade habitual;

IV - improbidade administrativa;

V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repição;

VI - insubordinação grave em serviço;

VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;

VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;

- IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;
- X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;
- XI - corrupção;
- XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
- XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do . 117

A improbidade administrativa (inciso IV), para todos os servidores públicos civis da União, é motivo suficiente para a aplicação de pena de demissão. Para os magistrados, é hipótese para aposentadoria compulsória, criando uma desproporção irrazoável no ordenamento jurídico brasileiro. A irrazoabilidade corresponde à falta de proporcionalidade, de adequação entre os meios e os fins, principalmente quando se trata de penas sem qualquer correlação com os fins visados pelo ordenamento jurídico. O princípio da proporcionalidade, por sua vez, trata-se de um aspecto contido na razoabilidade:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

de ser proporcionadas à sua concreta gravidade) (FRANCO, 2000 *apud* GRECO, 2007, p. 81).

Entre a pena e a infração deve existir uma relação de adequação, em que a qualidade e a quantidade da pena sejam proporcionais à natureza e à gravidade da infração. “[...] O *princípio de proporcionalidade* expressado na antiga máxima *poena debet commensurari delicto* é, em suma, um corolário dos princípios de legalidade e retributividade, que tem nestes seu fundamento lógico e axiológico” (FERRAJOLI, 2006, p. 366, grifo do autor). Critérios ético-políticos devem ser valorados no estabelecimento da qualidade e quantidade de pena para cada infração.

1.5. REGIME DISCIPLINAR DOS MAGISTRADOS

Seu disciplinamento encontra-se na Lei Complementar nº 35/1979, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que estabelece seis penas disciplinares, escalonadas segundo a gravidade da ofensa à ordem jurídica:

Art. 42 - São penas disciplinares:

I - advertência;

II - censura;

III - remoção compulsória;

IV - disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;

V - aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;

VI - demissão.

Parágrafo único - As penas de advertência e de censura somente são aplicáveis aos Juízes de primeira instância.

Vale ressaltar ainda o que dispõe o parágrafo único do referido artigo: os motivos ensejadores de advertência e censura aos juízes

de primeira instância, se praticados por desembargadores, não acarretam qualquer tipo de pena. Excepcionar a aplicação dos dois primeiros incisos aos juízes de segunda instância demonstra a opção do legislador pela impunidade, pois, como qualquer sujeito, são passíveis do cometimento dos atos puníveis com advertência e censura.

A disponibilidade, quando tem caráter não punitivo, mantém o juiz vinculado ao Tribunal a que pertence, afastando-o, porém, da atividade judicante, à qual poderá retornar a qualquer momento, a critério discricionário do Tribunal. Caso seja aplicada com caráter punitivo, o magistrado em disponibilidade perceberá vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, enquanto perdurar tal condição.

As hipóteses para a utilização da aposentadoria e da disponibilidade disciplinares estão elencadas nos artigos 56 e 57 do mesmo diploma legal:

Art. 56 - O Conselho Nacional da Magistratura poderá determinar a aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, do magistrado:

I - manifestadamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo;

II - de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções;

III - de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário.

Art. 57 - O Conselho Nacional da Magistratura poderá determinar a disponibilidade de magistrado, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, no caso em que a gravidade das faltas a que se reporta o artigo anterior não justifique a decretação da aposentadoria.

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

Fica explícito, portanto, que os referidos incisos exemplificam casos de improbidade, que, para qualquer servidor público civil da União, seria motivo suficiente para a decretação de perda do cargo. No entanto, para os magistrados e seus equiparados, é razão para colocá-los em inatividade remunerada, onerando os cofres públicos e ofendendo diversos princípios constitucionais. Desse modo, pode-se concluir que tais igos não foram recepcionados pela Constituição de 1988, já que o princípio da supremacia do interesse público desautoriza a aplicação daquelas penas em caso de improbidade.

O Conselho Nacional da Magistratura foi extinto desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Atualmente as penas disponibilidade e aposentadoria compulsória são passíveis de imposição administrativa, por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou do Órgão Especial, assegurada a ampla defesa. Tais penas também podem ser impostas pelo Conselho Nacional de Justiça, a quem compete exercer o controle administrativo, financeiro e disciplinar do Judiciário.

Não existe razoabilidade em tratar diferentemente juízes, que, lastreados nos referidos igos, podem ser postos em disponibilidade ou aposentados compulsoriamente num caso comprovado de improbidade. Sobre essas espécies de aberrações legislativas, adverte Tércio Ferraz (2007, p. 372):

A justiça enquanto código doador de sentido ao direito é um princípio *regulativo* do direito, mas não *constitutivo*. Ou seja, embora o direito imoral seja destituído de sentido, isto não quer dizer que ele não *exista* concretamente. A imoralidade faz com que a obrigação jurídica perca sentido, mas não torna a obrigação jurídica juridicamente inválida. (grifo do autor)

Por isso, a legitimidade não pode ser suprida pela legalidade. Normas formalmente vigentes, como a que estabelece as penas de disponibilidade e aposentadoria aos magistrados, se fundamentam no próprio processo de produção legislativa e não se coadunam à sistemática constitucional vigente. “[...] A insuficiência legitimadora da legalidade formal é bastante clara” (ZAFFARONI, 1991, p. 20) e revela a ausência de racionalidade na escolha daquelas penas. Todo ordenamento, além de possuir coerência lógica, deve servir ao homem e aos seus anseios por justiça.



O MAGISTRADO E SUAS GARANTIAS

A improbidade é uma modalidade de ilícito e compreende os atos que importem enriquecimento ilícito, que causem prejuízo ao erário ou os que atentem contra os princípios da Administração Pública. Ela está inserida na categoria das ilicitudes e, “[...] sua prática, quando detectada, acarreta para seu autor sanções civis, administrativas e, quase sempre, criminais, posto tratar-se de ilícito pluri-objetivo, quer dizer, agride de uma só vez diversos bens jurídicos tutelados pelo Direito Privado, pelo Direito Público e, dentro deste, pelo Direito Penal” (PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1997, p. 3).

A Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), protege de forma grandiosa a moralidade administrativa brasileira. No entanto, vinte e um anos após sua promulgação, casos de impunidade que beneficiam as autoridades do nosso país nunca foram tão constantes. São investigados casos de improbidade e crimes contra a Administração Pública e não é dada uma resposta à sociedade. Algumas decisões, mesmo pautadas na estrita legalidade, não são entendidas pela população como penas e o sentimento de impunidade continua a angustiar.

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

Neste sentido, as garantias da magistratura deveriam proteger o exercício da função, não a pessoa física que desvia suas prerrogativas para alcançar vantagens ilegais, o que desgasta a credibilidade da instituição judiciária. Admitir a aposentadoria compulsória e a disponibilidade como penas para os magistrados e seus equiparados que cometem atos de improbidade é um afronta à moralidade. Se possível o afastamento dessas prerrogativas de função dos magistrados ímprobos, e restando provado um caso, quais seriam os fundamentos jurídicos autorizativos deste afastamento?

Para aprofundar a tese da inadmissibilidade da disponibilidade e da aposentadoria compulsória como formas de pena, se faz necessário uma análise da natureza jurídica das prerrogativas da magistratura, que será precedida de um panorama das características do Poder Judiciário.

Assinalada a independência do Judiciário, serão diferenciadas as garantias da magistratura das prerrogativas legais do juiz, o que permitirá perceber o que é permitido e o que é vedado aos juízes no exercício de sua função no atual modelo institucional desse poder.

Tais garantias serão elencadas a fim de se compreender quais são realmente necessárias ao exercício da função judicante e quais são meras regalias que atendem apenas aos menos vocacionados. Assim, reputar-se-á imoral e, conseqüentemente, inadmissível, a aplicação da aposentadoria compulsória e da disponibilidade nos casos comprovados de improbidade.

Por isso também será analisada uma questão controversa na doutrina: são os juízes servidores públicos? Será que, mesmo não os considerando servidores, pois apresentam o Estado no exercício de sua função, merecem regalias tais que ofendam o interesse público?

2.1. INDEPENDÊNCIA DO JUDICIÁRIO

O poder estatal constitui a maior autoridade de uma sociedade. Esse poder se manifesta mediante três funções que são exercidas por órgãos do governo: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. Vale ressaltar que o poder político é uno, indivisível e indelegável, se distinguem apenas as funções inerentes ao exercício do poder.

Superada a discussão acerca da nomenclatura, já que o poder é uno e indivisível e se manifesta em três funções, a executiva, a legislativa e a judiciária, a independência do Poder Judiciário é pressuposto lógico das garantias dos juízes. Essa independência é consagrada constitucionalmente pelo princípio da separação dos poderes, insculpido no art. 2º da Ca Magna “[...] são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Esses três órgãos estatais dividem as funções inerentes ao poder, mas essa divisão não é absoluta, pois cada órgão possui sua função típica e exerce as outras atipicamente. A atribuição originária do Executivo é administrar a máquina do Estado, o que não o impede de desempenhar função normativa, ao editar normas gerais e abstratas por meio do poder regulamentar (art. 84, IV, CF), das medidas provisórias (art. 62, CF) e das leis delegadas (art. 68, CF).

O Legislativo, além da função normativa, exerce a jurisdicional quando o Senado processa e julga o Presidente da República (art. 52, I, CF) ou os Ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade (art. 68, CF). A função administrativa é exercida quando organiza seus serviços internos (arts. 51, IV e 52, XIII, CF). O Judiciário, por sua vez, ao elaborar o regimento interno dos seus Tribunais (art. 96, I, a, CF), exerce função nor-

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

mativa e, ao organizar seus serviços (art. 96, I, a, b, c, CF; art. 96, II, a, CF), exerce função administrativa.

A legislação brasileira adotou o sistema de freios e contrapesos, uma vez que a regra é a indelegabilidade de funções entre os poderes, mas existem exceções constitucionalmente previstas que permitem que o poder seja contido pelo próprio poder. Esse controle é uma garantia do povo contra o arbítrio e o despotismo.

Assim, a independência do Poder Judiciário, além de permitir o livre exercício da jurisdição, aplicando a lei aos casos concretos, inclusive contra o Governo, garante autonomia administrativa e financeira (art. 99, CF) para gerir seus recursos pecuniários. O art. 96 da Constituição¹, por exemplo, fornece uma série de instrumentos de salvaguarda da independência institucional do Judiciário. Todas essas garantias, segundo Alexandre de Moraes (2006, p. 463):

1 Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízes que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; d) propor a criação de novas varas judiciárias; e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei; f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados; II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízes que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias; III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

são imprescindíveis ao exercício da democracia, à perpetuidade da Separação dos Poderes e ao respeito aos direitos fundamentais, configurando suas ausências supressões ou mesmo reduções, obstáculos institucionais ao Poder Judiciário, no exercício de seu mister constitucional, permitindo que sofra pressões dos demais poderes do Estado e dificultando o controle da legalidade dos atos políticos do próprio Estado que causem lesão a direitos individuais e coletivos.

Por isso, pode-se analisar as garantias constitucionais de independência em dois momentos, como adverte José Afonso (2007, p. 514):

(a) garantias institucionais, as que protegem o Poder Judiciário como um todo, e que se desdobram em garantias de autonomia orgânico-administrativa e financeira; (b) garantias funcionais ou de órgãos, que asseguram a independência e a imparcialidade dos membros do poder judiciário, previstas, aliás, tanto em razão do próprio titular quanto em favor, ainda, da própria instituição.

As garantias institucionais protegem o Judiciário como um todo. Estão ligadas à sua independência política, necessária à função judicante, como estabelecem os incisos XXXV e XXXVII do art. 5º da Constituição. O desdobramento orgânico-administrativo dessa garantia está ligado à autonomia do Judiciário na estruturação e funcionamento de seus órgãos, como: eleger seus órgãos diretivos, sem picipação de outros poderes; elaborar seu regimento interno; organizar sua estrutura administrativa interna. Quanto ao desdobramento financeiro das garantias, significa que os tribunais podem elaborar suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais poderes na lei de diretrizes orçamentárias. Assim, as garantias funcionais ou dos órgãos serão tratadas no tópico seguinte.

2.2. GARANTIAS DA MAGISTRATURA

Como analisado anteriormente, a independência do Poder Judiciário se refere à relação entre os poderes da República. Já a independência do juiz se refere à atividade jurisdicional. Além de independente, pois não é subordinado a outro órgão, o juiz deve ser imparcial, que significa manter-se numa posição equidistante das pes. É certo que elas utilizarão seus melhores argumentos para convencer o juiz, e que, ao final, decidirá sobre qual direito merece tutela jurisdicional, mas durante todo o processo deve conferir às pes igual chance de convencimento.

A imparcialidade surge como uma necessidade de o juiz posicionar-se como um terceiro distante dos interesses das pes, o que não quer dizer neutralidade. Ninguém é neutro, cada ser humano age conforme os ideais que são acolhidos como verdadeiros, pois influências culturais, políticas e ideológicas ajudam a construir a postura que cada um assume. Sobre a classificação das garantias conferidas aos magistrados, clara é a explicação de José Afonso da Silva (2007, p. 514):

As garantias que a Constituição estabelece em favor dos juízes para que possam manter sua independência e exercer a função jurisdicional com dignidade, desassombro e imparcialidade podem ser agrupadas em duas categorias: (a) garantias de independência dos órgãos judiciários; (b) garantias de imparcialidade dos órgãos judiciários.

As garantias de independência dos órgãos judiciários são: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade do subsídio. Elas estão elencadas no art. 95 da Carta Magna:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida

após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do . 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos s. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

O que normalmente chamamos de garantias da magistratura são, na verdade, meios de permitir o exercício da função judicante, que precisa ser livre de qualquer influência externa e interna. O Judiciário é responsável pelo controle da legalidade dos atos do Executivo e do Legislativo e, sem as garantias do art. 95 da Constituição Federal, seria impraticável julgar, pois os juízes sentir-se-iam engessados, sem autonomia para decidir.

Como o próprio nome afirma, a vitaliciedade garante ao juiz sua permanência no cargo por toda vida. Apenas por vontade própria, sentença judiciária transitada em julgado, aposentadoria compulsória ou disponibilidade poderá o juiz ser afastado do cargo. De acordo com o Estatuto da Magistratura:

art. 22 - São vitalícios:

I - a pir da posse:

a) os Ministros do Supremo Tribunal Federal;

b) os Ministros do Tribunal Federal de Recursos;

c) os Ministros do Superior Tribunal Militar;

d) os Ministros e Juízes togados do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho;

e) os Desembargadores, os Juízes dos Tribunais de Alçada e dos Tribunais de segunda instância da Justiça Militar dos Estados;

II - após dois anos de exercício:

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

- a) os Juízes Federais;
- b) os Juízes Auditores e Juízes Auditores substitutos da Justiça Militar da União;
- c) os Juízes do Trabalho Presidentes de Junta de Conciliação e Julgamento e os Juízes do Trabalho Substitutos;
- d) os Juízes de Direito e os Juízes substitutos da Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, bem assim os Juízes Auditores da Justiça Militar dos Estados.

§ 1º - Os Juízes mencionados no inciso II deste ígo, mesmo que não hajam adquirido a vitaliciedade, não poderão perder o cargo senão por proposta do Tribunal ou do órgão especial competente, adotada pelo voto de dois terços de seus membros efetivos.

§ 2º - Os Juízes a que se refere o inciso II deste ígo, mesmo que não hajam adquirido a vitaliciedade, poderão praticar todos os atos reservados por lei aos Juízes vitalícios.

Antes de completar dois anos de exercício, o juiz será chamado de juiz substituto e poderá perder o cargo por deliberação do tribunal. Vitaliciado, como visto, só perderá o cargo mediante sentença transitada em julgado, em processo que lhe seja assegurado o direito de contraditório e ampla defesa. A vitaliciedade não se confunde com a estabilidade comum do servidor público, que é no serviço, não no cargo. Essa garantia de permanência e definitividade não é da pessoa do juiz, é uma prerrogativa da instituição judiciária.

A garantia da inamovibilidade também é de suma importância, pois permite ao juiz atuar livremente, sem receio que forças políticas possam removê-lo da comarca onde exerce suas atribuições caso algum dos seus atos vá de encontro aos interesses de alguém com influência política. Por isso, é vedado ao Tribunal mover o juiz da comarca para o qual foi nomeado.

No entanto, existem exceções em que o juiz poderá ser removido: a pedido ou por permuta de magistrado de comarca de igual entrância (art. 93, VIII-A, CF); compulsoriamente, por interesse público por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou Conselho Nacional de Justiça, assegurada a ampla defesa (art. 93, VIII, CF). Tal garantia abrange, inclusive, a possibilidade de o juiz recusar promoção na carreira, quando tal benesse esconder uma manobra contra o juiz.

Já a irredutibilidade de subsídios significa a impossibilidade de diminuição dos subsídios dos magistrados, nem mesmo em virtude de medida geral. A Constituição determina, entretanto, que ficam sujeitos ao teto previsto nos incisos X e XI do art. 37 da Constituição², e ao imposto de renda, como qualquer contribuinte.

Além de garantias, o art. 95 também exhibe uma série de vedações aos magistrados, que também se aduzem como instrumentos de salvaguarda da independência e da imparcialidade do juiz. O parágrafo único do referido artigo foi atualizado através da Emenda Constitucional nº 45/2004, que criou novas possibilidades de perda do cargo, elencando vedações que não estão presentes no art. 26 da LOMAN:

² X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

Parágrafo único. As juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou picipação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-pidária;

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Não há dúvida que o juiz, no correto exercício de sua função, busca a imparcialidade a fim de dirimir os conflitos com base apenas na lei e no seu senso de justiça, já que lhe cabe decidir sobre o mérito da causa. Os cinco incisos do parágrafo único do referido artigo trazem vedações que refletem essa necessidade, e o desrespeito indica a provável parcialidade na decisão proferida. Aguiar Júnior (1997, p. 12), sobre a ação civil em defesa dessas proibições afirma que:

também pode ser obtida sentença de perda do cargo (art. 95 da Constituição) através de ação ordinária cível, instaurada a pedido do Tribunal a que estiver vinculado o juiz, nos casos de incompatibilidade para o exercício da função enumerados no artigo 95, parágrafo único (exercício de outro cargo ou função, salvo uma de magistério; recebimento de custas ou picipação em processo; dedicação à atividade político-pidária). Essa ação ordinária em muito se aproxima da responsabilização política, pois tem por fundamento conduta incompatível com o exercício da função e, por objetivo, a obtenção de sentença que decreta a perda do cargo do juiz. Diferentemente, porém, não se

encontra na competência originária dos Tribunais, devendo ser processada desde a primeira instância, seguindo a tramitação prevista no ordenamento processual civil, sem a especificidade do procedimento do impeachment, e com os recursos ordinários e extraordinários naquele permitidos. Sendo uma manifestação jurisdicional e não política, embora constitua mais um ato de defesa do Estado do que propriamente uma pena aplicada ao processado, não admite a discricção ampla do julgamento político.

As garantias de independência e de imparcialidade são necessárias ao labor judicial, pois interesses político-econômicos podem influir negativamente na decisão, tornando, assim, o juiz uma possível vítima de retaliações. Mas, devido ao acúmulo de garantias na Constituição e na Lei Orgânica da Magistratura, faz-se imprescindível uma análise mais apurada para que se possa estabelecer um limite entre o que realmente protege o exercício da função jurisdicional e o que compõe um conjunto de regalias que ofende a moralidade e ajuda a desgastar a imagem do Judiciário.

O Código de Ética da Magistratura Nacional – Resolução nº 60, de 19 de setembro de 2008 – complementa os deveres funcionais dos juízes que emanam da Constituição Federal, do Estatuto da Magistratura e das demais disposições legais. Sobre a integridade pessoal e profissional dos magistrados, estatui o Capítulo V:

art. 15. A integridade de conduta do magistrado fora do âmbito estrito da atividade jurisdicional contribui para uma fundada confiança dos cidadãos na judicatura.

art. 16. O magistrado deve comportar-se na vida privada de modo a dignificar a função, cômulo de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições e exigências pessoais distintas das acometidas aos cidadãos em geral.

art. 17. É dever do magistrado recusar benefícios ou van-

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

tagens de ente público, de empresa privada ou de pessoa física que possam comprometer sua independência funcional.

art. 18. Ao magistrado é vedado usar para fins privados, sem autorização, os bens públicos ou os meios disponibilizados para o exercício de suas funções.

art. 19. Cumpre ao magistrado adotar as medidas necessárias para evitar que possa surgir qualquer dúvida razoável sobre a legitimidade de suas receitas e de sua situação econômico-patrimonial.

2.3. PRERROGATIVAS LEGAIS DO JUIZ

Além das garantias da magistratura, que visam proteger o exercício da função jurisdicional, há as prerrogativas legais do juiz, que o protegem enquanto agente público e pessoa física. Elenca-das no art. 33 da Lei Orgânica da Magistratura, criam uma série de mecanismos para garantir a autonomia dos atos do juiz, que não devem sofrer influência do meio externo ao Judiciário, como também do Tribunal a que se encontrar vinculado:

art. 33 - São prerrogativas do magistrado:

I - ser ouvido como testemunha em dia, hora e local previamente ajustados com a autoridade ou Juiz de instância igual ou inferior;

II - não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado (vetado);

III - ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final;

IV - não estar sujeito a notificação ou a intimação para comparecimento, salvo se expedida por autoridade judicial;
V - portar arma de defesa pessoal.

Parágrafo único - Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

É plenamente admissível esse regime especial para os magistrados, pois exercem uma função do poder, também sujeita a lobby de pessoas ou grupos da sociedade. Mas, ao utilizar-se dessas prerrogativas para o cometimento de atos de improbidade, a pena que põe o magistrado em disponibilidade ou a que o aposenta compulsoriamente deve ser mantida?

Os magistrados são agentes públicos que concretizam o direito e dos quais se espera reputação ilibada e conduta pautada na moralidade. Se envolvidos num caso de enriquecimento ilícito, por exemplo, devem ser aposentados ou tratados como qualquer servidor público, em nome da moralidade administrativa?

2.4. SÃO OS JUÍZES SERVIDORES PÚBLICOS?

Tema tortuoso na doutrina é categorização dos juízes como servidores públicos. Para entender as diferentes classificações propostas pelos juristas, antes se faz necessário diferenciar as categorias agente público, funcionário público e servidor público, apesar de não haver uniformidade doutrinária na conceituação.

Funcionário público foi uma categoria abandonada pela Constituição de 1988, que passou a utilizar somente a nomenclatura servidor público. No entanto, é larga a utilização da expressão funcionário público nos diplomas infra-constitucionais.

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

Agente público, para efeitos da Lei de Improbidade Administrativa, é “[...] todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função [...]” (art. 2º, Lei nº 8429/1992). Gênero do qual são espécies “[...] os agentes políticos; os servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado; e os particulares em colaboração com o poder público” (MELLO, 2007, p. 241). Tal categoria abrange qualquer pessoa que exerça alguma função pública.

Agentes políticos “[...] são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos quais se integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado” (MELLO, 2007, p. 241). Os juízes, no exercício de sua função, não representam o Estado, eles são o Estado na medida em que exercem uma das facetas do poder que é a de julgar com caráter de definitividade. Conforme a tripartição dos poderes, os juízes são agentes políticos do Estado, que compõem o Poder Judiciário e ocupam cargos estruturantes do Estado. Por isso, mesmo ocupando cargos públicos, não podem ser considerados servidores públicos, como assevera Hely Lopes Meirelles (1994, p. 73):

Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais, ou quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm

plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder. (grifo do autor)

Mesmo que os juízes devam bem servir o público, não devem ser classificados como servidores públicos pela natureza de sua função, que é pura manifestação do poder Estatal, comparado ao Presidente da República, Governadores, Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (Ministros e Secretários), Senadores, Deputados e Vereadores.

Essa posição, no entanto, é combatida por Bandeira de Mello (2007, p. 241-242): “[...] são agentes políticos **apenas** o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos vices, aos auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como Senadores. Deputados federais e estaduais e Vereadores” (grifo nosso). Di Pietro (2000, p. 417) segue o mesmo entendimento:

essas funções políticas ficam a cargo dos órgãos governamentais ou governo propriamente dito e se concentram, em sua maioria, nas mãos do Poder Executivo e, em parte, do Legislativo; no Brasil, a participação do Judiciário em decisões políticas praticamente inexistente, pois sua função se restringe, quase exclusivamente, à atividade jurisdicional sem grande poder de influência na atuação política do Governo, a não ser no controle *a posteriori*.

Com a devida vênia dos estudiosos acima citados, não é esse o melhor entendimento, já que faz algum tempo que o Supremo Tribunal Federal tem classificado os magistrados como agentes políticos:

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de pe passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. **Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica.** 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 228977, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 05/03/2002, DJ 12-04-2002 PP-00066 EMENTA VOL-02064-04 PP-00829).

2.5. GARANTIAS OU REGALIAS?

Os magistrados são cercados de garantias para o livre exercício da função. Quando elas se avultam a ponto de transformarem-se em regalias para tais agentes públicos, o fim da norma não é atingido, e o que deveria preservar a independência e imparcialidade do Judiciário passa a facilitar a prática de atos de improbidade e a conseqüente impunidade de seus agentes. O maior exemplo é a aposentadoria compulsória, que ainda persiste como pena disciplinar, causando indignação da população brasileira, que a entende como prêmio para os magistrados corruptos.

Tanto a aposentadoria como a disponibilidade, em nenhuma hipótese, deveriam ter caráter disciplinar. A atual Constituição Federal adotou a responsabilização penal, civil e administrativa dos agentes públicos por atos praticados no exercício de suas funções. Assegurou, também, direitos e garantias para os servidores públicos, como a estabilidade no cargo (art. 21, Lei 8.112/1990), a irredutibilidade dos vencimentos (art. 41, § 3º, Lei 8.112/1990) e o regime previdenciário próprio (art. 40, CF).

Para os juízes, no entanto, são conferidas prerrogativas especiais: a inamovibilidade, a irredutibilidade de subsídio e a vitaliciedade, que pode ser adquirida após dois anos de exercício, para os juízes de primeira instância ou de imediato, para os magistrados que compõem os Tribunais Superiores ou os Tribunais estaduais e federais. Já a perda do cargo está circunscrita a duas hipóteses: durante o período de aquisição do vitaliciamento, a perda do cargo dependerá de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado (art. 95, I, CF c/c art. 47, LC nº 35/1979).

Percebe-se que, no âmbito administrativo, a punição mais grave que pode ser aplicada ao juiz que, por exemplo, descumpriu seus deveres, prejudicou o erário público, praticou tráfico de influência, vendeu sentenças ou picipou de organização criminosa, é a aposentadoria compulsória. Assim, pode-se chegar ao cúmulo de, diante de uma mesma infração, um servidor comum perder o cargo e um juiz aposentar-se com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, configurando uma desproporção irrazoável que descredibiliza a instituição judiciária.

DISPONIBILIDADE E APOSENTADORIA PODEM SER CONSIDERADAS PENAS?

Já analisado o desproporcional tratamento feito pela Loman, que, com fundamento no art. 93, inciso VIII da Constituição Federal, possibilita a aplicação das penas de disponibilidade e aposentadoria compulsória aos magistrados e seus equiparados, resta fazer um estudo das possíveis formas de afastar a aplicação daquelas penas desproporcionais, já que se espera uma efetiva punição aos atos de improbidade.

Para isso serão analisadas as principais teorias sobre a função da pena – a teoria absoluta ou retribucionista, a relativa ou utilitarista e a mista, também chamada de eclética ou unitária –, pois tal entendimento permitirá perceber que nenhum dos fins da pena está sendo cumprido com a cominação de disponibilidade e aposentadoria compulsória. Dessa forma, serão respeitados diversos princípios constitucionais, como: a igualdade, a razoabilidade, a proporcionalidade, e, sobremaneira, a moralidade.

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

Nessa direção, será abordado o princípio da moralidade, que, depois da Constituição Federal de 1988, foi elevado a fundamento de validade para toda atividade dos agentes públicos. Com base no referido princípio constitucional, será proposta uma melhor interpretação do art. 93, inciso VIII, da Constituição Federal, que excepciona, indevidamente, a função dos institutos da disponibilidade e da aposentadoria compulsória para beneficiar os magistrados.

Dessa forma, procura-se conferir maior segurança jurídica aos administrados, que se veem estarecidos diante de diversos casos de impunidade que maculam a instituição judiciária.

3.1. TEORIAS SOBRE A FUNÇÃO DA PENA

A pena é uma resposta estatal consistente na privação ou restrição de bens jurídicos do autor de um fato punível. Ela se justifica por sua necessidade, porque sem ela o ordenamento deixaria de ser coativo, capaz de reagir com eficácia às infrações. Além disso, é indispensável para satisfazer os anseios de justiça da coletividade, evitar justiça privada e permitir a convivência na sociedade.

Nesse sentido, a fim de facilitar e regulamentar a convivência dos homens na sociedade, o Estado utiliza a pena para proteger determinados bens jurídicos de eventuais lesões. Sobre a distinção entre a função do conceito de pena, Bitencourt (2004, p. 104) cita Santiago Mir Puig: “[...] segundo o *conceito* que adotam, a pena é um *mal* que se impõe *por causa da prática de um delito*: conceitualmente, a pena é um *castigo*. Porém, admitir isso não implica, como consequência inevitável, que a função, isto é, fim essencial da pena, seja a retribuição” (grifo do autor). Mas não só a retribuição é posta como fim da pena, existem muitas teorias que explicam a sua função.

Para teoria absoluta, ou retribucionista, pune-se alguém pelo simples fato de ter delinquido. A pena é um fim em si mesma, sua incumbência é fazer justiça. Pois, “[...] castiga-se *quia peccatum est*, isto é, porque delinuiu, o que equivale dizer que a pena é simplesmente a consequência jurídico-penal do delito praticado” (BITENCOURT, 2004, p. 107, grifo do autor). Tradicionalmente, são apontados Kant, Hegel, Binding, Mezger e Welzel como os principais representantes das teorias absolutas da pena.

O ponto positivo das teorias absolutas foi introduzir a ideia de proporcionalidade na cominação das penas, que deverão ser proporcionais ao fato praticado. No entanto, não conceberam fins para pena, pois não se estabeleceu qualquer função para ela.

As teorias relativas, ou utilitaristas, defendem uma pena instrumental, que deve ser utilizada para o combate à ocorrência de infrações. A pena busca fins preventivos posteriores, ou seja, projeta-se para o futuro com função essencialmente preventiva a fim de garantir a sobrevivência da sociedade. Assim, “[...] se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, *quia peccatum est*, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe *ut ne peccetur*, isto é, para que não volte a delinquir” (Ibidem, p. 121, grifo do autor).

Luigi Ferrajoli (2006, p. 244) ressalta as quatro finalidades preventivas comumente indicadas pelo utilitarismo como justificção da pena: “[...] a emenda ou correição do réu, a sua neutralização ou colocação em uma condição na qual não possa causar mal, o fato de conseguir dissuadir todos os outros de imitá-lo por meio do exemplo da punição ou de sua ameaça legislativa, a integração disciplinar destes com aqueles e o consequente reforço da ordem mediante a reafirmação dos valores jurídicos lesados [...]”.

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

Seu ponto positivo foi introduzir uma função político-social à pena de inibir, tanto quanto possível, a prática de novas infrações. Mas ela deixa de ser proporcional à gravidade do fato, pois, visa impedir que o agente volte a cometer infrações, o que pode acarretar em penas indefinidas ou que se baseiem em características do autor. A função preventiva pode ser dividida em duas facetas, a prevenção geral e a prevenção especial.

Para a prevenção geral, “[...] a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos” (BITENCOURT, 2004, p. 125). A prevenção especial não busca a intimidação da sociedade, visa apenas o indivíduo que cometeu uma infração, pois “[...] procura evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que ele não volte a delinquir” (Ibidem, p. 129).

Sendo assim, a prevenção geral e a especial são aspectos diferentes de um mesmo fenômeno. Elas não são teorias excludentes, “[...] prevenção geral e especial são, pois, conceitos que se completam [...]” (TOLEDO, 1994, p. 3).

Ainda que se conheçam fins preventivos para a pena, “[...] para a doutrina tradicional, a pena é concebida como um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que expie sua culpa” (BITENCOURT, 2004, p. 102). Por isso, a fim de conciliar as teorias absolutas e relativas, criou-se a teoria mista, também chamada de eclética ou unitária. Ela agrupa em um conceito os fins retributivos e preventivos da pena. Para ela, a pena é retribuição proporcional ao mal culpável do delito, mas também se orienta à realização de outros fins, como a prevenção.

Existem outras teorias que explicam a função da pena, mas diante das apresentadas já se pode perceber que nenhum dos fins da pena foi observado na prescrição da disponibilidade e aposen-

tadoria compulsória para os casos de improbidade de magistrados e seus equiparados. Como visto, falta proporcionalidade entre a pena cominada e o bem jurídico lesionado. Depois dessa análise, tais penas serão apreciadas num exame principiológico, em que a moralidade será o vetor para diagnosticar a sua constitucionalidade.

3.2. DA MORALIDADE

O agir moral corresponde a uma atividade pautada numa faculdade humana, em que opta por agir moralmente ou não. É da natureza humana essa consciência do que é moral ou imoral. A moral comum é ligada à ética individual e o seu descumprimento não acarreta penas no plano normativo, já que repercute apenas no plano individual. Sobre a moralidade administrativa, salienta José Afonso da Silva (2007, p. 336):

A ideia subjacente ao princípio é a de que moralidade administrativa não é moralidade comum, mas moralidade jurídica. Essa consideração não significa necessariamente que o ato legal seja honesto. Significa, como disse Maurice Hauriou, que a moralidade administrativa consiste no conjunto de ‘regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração’.

A moralidade administrativa está ligada à moralidade jurídica, ao tutelar uma administração impessoal e honesta. Ela decorre da lei e deve ser observada por todos os indivíduos submetidos à norma, independentemente da sua intenção. Por isso é preciso observar os princípios que a Administração Pública está obrigada a respeitar, sob pena de sanção estatal. Conforme advoga Di Pietro (1991, p. 111),

não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos.

Dessa forma, todos os agentes públicos, além de limitados pelos parâmetros estritamente legais, também estão pelos limites morais. O brocardo “*nom omne quod licet honestum est*” (nem tudo que é lícito é honesto) concede a visão de que o princípio em tela não se confunde com o princípio da legalidade.

A imoralidade exsurge, pois, do próprio objeto do ato administrativo, quando este afronta a honestidade, a boa-fé, as normas de conduta aceitas como legítimas pelos administrados, a dignidade humana e a ética. Resulta de um confronto lógico entre os meios de que se vale o agente público e os fins colimados com o ato. Adequação, compatibilidade, em uma palavra: proporcionalidade (PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1997, p. 52).

São inúmeros os dispositivos constitucionais que tratam da moralidade. Um dos principais é o § 4º do art. 37, pois a Constituição determina que a moralidade seja fundamento de validade de todos os atos da Administração, já que nem todo ato baseado na estrita legalidade é honesto. O vício de imoralidade é suficiente para desfazer o ato, pois não se trata de moral meramente subjetiva, decorre de um dos princípios basilares da Administração:

art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Fede-

ral e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Tal hipótese de perda ou suspensão dos direitos políticos já tinha sido prevista no inciso V do art. 15 da Constituição “[...] é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”.

Sobre a distinção entre a probidade e a moralidade, clara é a explicação de Carvalho Filho (2007, p. 927):

A doutrina, em geral, procura distinções quanto ao sentido de *probidade* e de *moralidade*, já que ambas as expressões são mencionadas na Constituição. Alguns consideram distintos os sentidos, entendendo que a probidade é um subprincípio da moralidade. Para outros, a probidade é conceito mais amplo do que o de moralidade, porque aquela não abarcaria apenas elementos morais. Outros ainda sustentam que, em última instância, as expressões se equivalem, tendo a Constituição, em seu texto, mencionado a moralidade como princípio (art. 37, caput) e a improbidade como lesão ao mesmo princípio (art. 37, § 4º). Em nosso entender, melhor é esta última posição. De um lado, é indiscutível a associação de sentido das expressões, confirmadas por praticamente todos os dicionaristas; de outro, parece-nos desnecessário buscar diferenças semânticas em cenário no qual foram elas utilizadas para o mes-

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

mo fim – a preservação do princípio da moralidade administrativa. Decorre, pois, que, diante do direito positivo, o agente ímprobo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade (grifo do autor).

Outro dispositivo constitucional protetor da normalidade do serviço público é o que dispõe sobre a ação popular, que pode ser ajuizada em caso de ofensa à moralidade administrativa. Regulamentada pela Lei nº 4.717/1965, autoriza qualquer cidadão deduzir a pretensão de anular atos do Poder Público contaminados de imoralidade:

art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXIII - qualquer cidadão é pe legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado picipe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

A ação civil pública é mais um instrumento processual. Previsita no art. 129, III da Constituição e regulamentada pela Lei nº 7.347/1985, constitui em uma das funções institucionais do Ministério Público na defesa da moralidade administrativa: “[...] São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

A reputação ilibada, que corresponde a caracteres morais, como a honestidade, lealdade, retidão, probidade, é um dos requisitos

para a escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça conforme a Constituição:

art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

Na descrição dos atos que constituem crimes de responsabilidade, a ausência de probidade na administração está elencada como hipótese. A probidade corresponde a uma das características da moralidade, que seria a retidão no trato com a coisa pública, como estabelece o art. 85 da Constituição: “[...] são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: V - a probidade na administração”.

O decoro parlamentar, exigência feita aos legisladores, também possui conotação moral, pois significa a necessidade de um comportamento pautado na decência, dignidade, recato. Fere o decoro parlamentar, por exemplo, a utilização de expressões que configurem crime contra honra, o abuso de poder e o recebimento de vantagens indevidas, conforme preceitua o art. 55 da Constituição: “[...] perderá o mandato o Deputado ou Senador: II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar”.

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

Num Estado Democrático de Direito, o Poder Constituinte Originário, ao elaborar a Constituição, representa o povo. O texto constitucional, dessa forma, deve atender às necessidades dos cidadãos para que possua legitimidade. Assim ocorre com os princípios da Administração Pública, que foram eleitos pelo povo como balizadores da conduta dos agentes públicos e como proteção contra arbitrariedades.

A Constituição Federal de 1988 trouxe como princípios fundantes da Administração Pública a legalidade, a impessoalidade, a publicidade, a eficiência e a moralidade. Mais do que um princípio apenas da Administração pública, a moralidade é um imperativo para a conduta do cidadão, pois é pressuposto dos princípios da boa-fé, da honestidade, que permeiam o nosso ordenamento jurídico.

Do mesmo modo que os outros princípios, a moralidade, além de constituir a base do ordenamento, também é pressuposto de validade para os atos estatais em geral. Ainda que seja legal, um ato que agrida o princípio da moralidade ofende o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio e justiça.

Em suma, num ordenamento jurídico em que a exigência de probidade no trato da coisa pública é elevada a tal patamar, o ato moral, mais do que uma simples expectativa dos cidadãos, é pressuposto de validade de todos os atos. Igualmente, para a consecução dos interesses públicos, além do respeito à estrita legalidade, devem ser respeitados todos os postulados morais, como a honestidade, a boa-fé e a lealdade.

3.3. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Basta a leitura de alguns dispositivos para se verificar que o princípio da moralidade permeia toda a Constituição de 1988. No entanto, a interpretação que é feita do seu art. 93, inciso VIII, continua no sentido de que ele autoriza a Lei Orgânica da Magistratura tratar da disponibilidade e da aposentadoria compulsória como penas, ofendendo sobremaneira preceitos constitucionais. Imprescindível para esse estudo é entender que essa interpretação apressada cria uma grave incompatibilidade com o espírito constitucional.

O conteúdo do referido inciso foi atualizado pela Emenda Constitucional nº 45/2004: o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, que antes deveria ser decretado com um *quorum* de dois terços, hoje “[...] fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa”. A inclusão do Conselho Nacional de Justiça também ocorreu com a reforma. Assim, apesar de pacífico entre os doutrinadores a possibilidade de controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais¹, pois advêm do Poder Constituinte Derivado², o cerne

1 Para Moraes (2006, p. 598), a existência do Poder Constituinte Derivado nasce da vontade do Poder Constituinte Originário, o qual limita a atuação daquele: “[...] a emenda à constituição é produzida segundo uma forma e versando sobre conteúdo previamente limitado pelo legislador constituinte originário. Dessa maneira, se houver respeito aos preceitos fixados pelo art. 60 da Constituição Federal, a emenda constitucional ingressará no ordenamento jurídico com *status* constitucional, devendo ser compatibilizada com as demais normas originárias. Porém, se qualquer das limitações impostas pelo citado igo for desrespeitada, a emenda constitucional será inconstitucional, devendo ser retirada do ordenamento jurídico através das regras de controle de constitucionalidade, por inobservarem as limitações jurídicas estabelecidas na Carta Magna”.

2 Paulo Bonavides (2008, p. 146) explica a distinção entre os conceitos de Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado: “[...] o primeiro faz a Constituição e não se prende a limites formais: é essencialmente político ou, se quiserem, extrajurídico. O segundo se insere na Constituição, é órgão constitucional, conhece limitações tácitas e

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

da questão não veio com a mudança, mas está presente no texto constitucional original.

Já admitindo a impossibilidade de controle de constitucionalidade e a consequente declaração de inconstitucionalidade de uma norma constitucional proveniente do Poder Constituinte Originário, Paulo Bonavides, citando Canotilho (1993, p. 285), é claro ao repudiar tal hipótese para o atual molde brasileiro:

A probabilidade de uma norma constitucional originalmente inconstitucional é praticamente impossível em Estados de legalidade democrática. Por isso é que a figura das normas constitucionais inconstitucionais, embora nos conduza ao problema fulcral da validade material do direito, não tem conduzido a soluções práticas dignas do registro.

Como guardião da Constituição, o Tribunal Constitucional deve preservar o texto de normas que violem seu espírito. No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal cumpre esse papel conforme o art. 102 da Constituição: “[...] compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

Percebe-se que, entre os tipos normativos sujeitos a controle, não estão incluídas as normas constitucionais, mesmo que violem a principiologia constitucional. Assim, a maior parte da doutrina acredita que

expressas, e se define como poder primacialmente jurídico, que tem por objeto a reforma do texto constitucional. Deriva da necessidade de conciliar o sistema representativo com as manifestações diretas de uma vontade soberana, competente para alterar os fundamentos institucionais da ordem estabelecida”.

Se coubesse, pois, à alçada judicial decidir sobre a conservação ou remoção de regras contidas na Constituição, como pretendem os promotores da argüição de inconstitucionalidade, nossa mais alta Corte de Justiça, cessando de ser o tribunal dos litígios constitucionais, se transformaria numa entidade constituinte (BONAVIDES, 1993, p. 289). O Tribunal Constitucional, *poder constituído*, não há de intervir a sua função, como ocorrerá, caso reconheça a si mesmo competência para desfazer ou invalidar preceitos da própria Constituição. Nessa hipótese, não se arvora ele tão somente em ‘quo Poder’, mas em Poder dos Poderes, acima do Executivo e do Legislativo, sobranceiro à própria Constituição, deslembado de que lhe provem toda a autoridade exercida no desempenho da função jurisdicional (BONAVIDES, 1993, p. 289, grifo no original).

Em que pese a existência de doutrina minoritária em sentido contrário – seguidores do jurista alemão Otto Bachof³ –, entende-se como única saída para que o dispositivo em comento mantenha-se válido e adequado ao ordenamento jurídico a sua interpretação conforme a Constituição.

3 Vale ressaltar que Bachof (2008, p. 23-24) em sua Monografia “Normas Constitucionais Inconstitucionais?” (Verfassungswidrige Verfassungsnormen?) verifica a possibilidade de existirem normas que, mesmo oriundas do Poder Constituinte, entrem em conflito com outras do mesmo texto constitucional. Tal tese foi baseada numa decisão sobre o art. 184 da Constituição de Baviera proferida em 24/04/1950, que estabelecia: “A nulidade inclusivamente de uma disposição constitucional não está *a priori* e por definição excluída pelo facto de tal disposição, ela própria, ser parte integrante da Constituição. Há princípios constitucionais tão elementares, e expressão tão evidente de um direito anterior mesmo à Constituição, que obrigam o próprio legislador constitucional e que, por infracção deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade podem ser nulas... Se o art. 184 da Constituição tivesse o sentido de colocar o legislador, no tocante às medidas a tomar por este relativamente aos grupos de pessoas aí designadas, duradouramente fora da Constituição e do direito, seria nulo, por infracção da própria idéia de direito, do princípio do Estado-de-direito, do princípio da igualdade e dos direitos fundamentais que são expressão imediata da personalidade humana”.

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

Essa forma de concretização dos preceitos constitucionais encontra no formalismo jurídico um obstáculo para sua utilização. No entanto, a Constituição deve ser entendida como um contexto, não como um conjunto de normas isoladas, pois ela estabelece as diretrizes para todo o ordenamento jurídico. Interpretar conforme a Constituição não significa alterar o conteúdo da norma, constitui uma maneira de compatibilizá-la com a Constituição Federal e seus princípios. Como adverte Gerson Sicca (1999, p. 20),

o princípio em estudo tem por base a Constituição como norma superior do ordenamento, estando toda a atividade hermenêutica vinculada ao disposto no texto maior da ordem jurídica. Determina que se leve em conta a interpretação possível da norma sob exame de constitucionalidade, tendo em vista os métodos tradicionais da hermenêutica jurídica, sendo assim, pois, o texto da norma o fundamento e o limite do procedimento hermenêutico.

Surge, portanto, a necessidade de interpretação conforme a constituição quando a norma possui algum conteúdo ambíguo, indeterminado ou até mesmo plurissignificativo. No caso em estudo, existe autorização para que o legislador elabore o Estatuto da Magistratura após a iniciativa do Supremo Tribunal Federal, na forma de Lei Complementar, observado que “[...] o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa”, de acordo com o . 93, inciso VIII, da Constituição.

Como a expressão “interesse público” pode ensejar diferentes interpretações, compete aos aplicadores da lei precisá-la de forma que não macule o princípio da supremacia do interesse público. Num

caso de improbidade, por exemplo, não é de interesse público manter o magistrado em uma ociosidade remunerada. Seu afastamento deve consistir em efetiva expulsão dos quadros do Judiciário.

Descobertas as múltiplas possibilidades de interpretação, algumas delas incompatíveis com o texto constitucional, devem ser excluídas tais interpretações a fim de que a norma não seja declarada nula. Se existe a possibilidade de ser interpretada em consonância com o texto constitucional, ela se torna uma alternativa de justificação para a validade da norma. Para que seja feita, a interpretação conforme a Constituição exige:

- (a) que se tenha uma compreensão prévia do conteúdo do texto constitucional, sendo necessária sua interpretação;
- (b) tendo essa compreensão prévia, que o intérprete verifique até que ponto cabe ao legislador a livre concretização dos valores constitucionais, expostos por meio de normas jurídicas;
- (c) que o julgador conheça os seus limites, procurando no texto da norma o sentido compatível com a compreensão verificada da norma constitucional. Para isso, a Constituição é vista como norma superior, com plenas possibilidades de realização das tarefas;
- (d) que a interpretação conforme à Constituição seja concebida como um mecanismo de controle de constitucionalidade, devido ao fato de o julgador declarar em qual sentido a norma é constitucional, excluindo as demais possibilidades de interpretação (Ibidem, p. 20).

Mais do que apenas uma forma interpretação de normas, ela constitui mecanismo de aplicação com o fito de concretizar os preceitos constitucionais e fortalecer o princípio da prevalência da Constituição.

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

Isso expressa um pensamento *favor legis*, que significa que o legislador não pretendeu que a norma estivesse em contradição com o espírito constitucional, pois, a princípio, todas as normas possuem uma presunção de constitucionalidade. Quando surge alguma interpretação dissonante, ela deve ser afastada, pois o princípio dá ao juiz a função de guardião da Constituição. Deve o juiz atentar para o modelo normativo construído pelo legislador, não sendo possível a livre discricionariedade no julgamento. “[...] Está o julgador submetido a um conjunto de princípios e regras contido na Constituição, o que mostra as opções políticas adotadas pelos legisladores que atuaram em nome de um poder constituinte” (Ibidem, p. 21).

Por isso, existem limites na utilização dessa forma de interpretação. Ela será admissível apenas se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado original do mesmo. No que se refere aos limites impostos ao julgador pela norma, lembra Gerson Sicca (1999, p. 24):

percebe-se que não é possível uma interpretação que contrarie sentido expresso da lei, sendo o texto o ponto de partida para que se esclareçam quais são as interpretações possíveis e quais devem ser afastadas por inconstitucionalidade. A verificação do sentido da norma se dá pelos métodos tradicionais (gramatical, lógico, sistemático, teleológico, histórico), sendo o elemento sistemático, além do gramatical, de importante valia para se compreender o sentido da Constituição e a possibilidade de enquadramento da norma em exame no projeto normativo superior definido por aquela.

Nesse sentido, o Judiciário não pode ultrapassar tais limites, sob pena de usurpar as atribuições do Poder Legislativo. Dessa forma, soluciona-se a tensão existente entre o princípio de supre-

macia do legislador na concretização dos valores constitucionais e a necessidade de garantir os direitos dos cidadãos. O Judiciário não pode ser tão forte a ponto de violar a tripição das funções estatais, nem tão fraco a ponto de ser coadjuvante da vida política. Por isso, adverte Paulo Bonavides (2008, p. 421):

o controle das leis, por meio do princípio da proporcionalidade deferido à judicatura dos tribunais, precisa, todavia manter aberto e desimpedido o espaço criativo outorgado pela Constituição ao legislador para avaliar fins e meios, porquanto a determinação de meios e fins pressupõe sempre uma decisão política, não importa seja esta de conteúdo econômico, social, ou jurídico-político.

Afastar o rigor das regras abstratas contidas nas leis não significa conferir livre-arbítrio aos magistrados, eles buscam o entendimento que melhor exprima os valores da Constituição:

O princípio da proporcionalidade, abraçado assim ao princípio da interpretação conforme a Constituição, move-se, pois, em direção contrária a esse entendimento e, ao invés de deprimir a missão do legislador ou a sua obra normativa, busca jurisprudencialmente fortalecê-la, porquanto na apreciação de uma inconstitucionalidade o aplicador da lei, adotando aquela posição hermenêutica, tudo faz para preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa pelo seu respectivo autor (Ibidem, p. 427).

O dispositivo em questão – art. 93, VIII, CF – cogita a disponibilidade e a aposentadoria compulsória como formas de punição, disciplinadas pelo Estatuto da Magistratura, ofendendo gravemente as teorias sobre a função da pena e o princípio constitucional da moralidade, já que não há interesse público em manter agentes ímprobos nessas espécies de inatividade remunerada.

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

Dessa forma, para manter a coerência constitucional, o dispositivo deve ser interpretado de forma que, diante de um ato de improbidade praticado por magistrado se perceba que não há interesse público na aplicação de tais penalidades, pois “[...] a Administração Pública não é a titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção. Daí a *indisponibilidade* do interesse público” (DI PIETRO, 1991, p. 163, grifo do autor). Por isso “[...] o interesse público, ao invés de implicar, necessariamente, discricionariedade administrativa, constitui um dos princípios limitadores dessa discricionariedade” (Ibidem, p. 170). Neste sentido, Di Pietro (1991, p. 161) afirma que:

Além de inspirar o legislador, inclusive na criação de novos institutos, o princípio vincula a Administração Pública ao aplicar a lei, no exercício da função administrativa. Assim é que, se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse público. Em consequência, se, ao usar desses poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará praticando ato ilegal, por desvio de poder.

Como a instituição encarregada de distribuir justiça terá sua credibilidade mantida se é beneficiada com tal aberração legislativa? Qual a *ratio legis* em, diante de uma mesma infração, aposentar um juiz com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço e demitir um professor universitário, por exemplo?

O anacronismo da presente interpretação do dispositivo é tamanho que a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, em vez de ter diminuído o *quorum* para a aplicação de tais penas, deveria ter

expurgado as referidas hipóteses do ordenamento jurídico brasileiro para evitar tal entendimento. Expurgar uma norma anacrônica do ordenamento não macularia a força da Constituição, pelo contrário, lhe conferiria mais solidez.

A imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, que é a mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises. A força e a violência, tomadas assim por árbitro das refregas constitucionais, fariam cedo o descrédito da lei fundamental (BONAVIDES, 2008, p. 197).

Não a expurgando, outra compreensão não pode subsistir que não a defendida nestas linhas. A credibilidade dos magistrados, representantes do Poder Judiciário, não depende apenas da efetividade das penas que aplicam. Sua sujeitabilidade às diretrizes constitucionais é fator de grande relevância social, pois não podem ser tratados como sujeitos acima da lei. Uma lei ilegítima, como a que prescreve a disponibilidade e a aposentadoria como penas aos magistrados e seus equiparados em caso de improbidade não representa os anseios da população.

A impunidade, de tanto atormentar a vida do povo brasileiro, já se tornou um tema de pouco alvoroço social dada sua cotidianidade. As autoridades políticas do Brasil veem-se encobertas por uma legislação permissiva e por aplicadores corporativistas, o que dificulta sobremaneira a efetivação da justiça. Autoridades que ocupam cargos de natureza política nos três poderes da República e das quais se espera uma conduta pautada na honestidade, retidão e lealdade. A ausência de tais requisitos gera uma crise de representatividade, em que o povo não se vê representado pelos ocupantes dos cargos políticos do país.

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

Apesar de recepcionada pela nova ordem constitucional, a Lei Orgânica da Magistratura, ao manter a disponibilidade e a aposentadoria compulsória como penas disciplinares, cria uma inconstitucionalidade, pois ofende diretamente o princípio da moralidade e da supremacia do interesse público. Sua vigência é anacrônica ao novo molde constitucional e gera escárnio da população.

Tais penas, longe de serem consideradas simples afastamento do juiz dos quadros do Judiciário, representam descanso remunerado para aquele que ofendeu a coisa pública. Pode-se considerá-las premiações, não penalizações para o magistrado ímprobo. Considerando como fins da sanção penalizar o agente, recompor o prejuízo e servir de exemplo para as outras pessoas, percebe-se que nenhum dos seus fins está sendo alcançado com tal aberração da legislação brasileira. A disponibilidade e a aposentadoria dos magistrados em nenhuma hipótese deveria ter caráter disciplinar. Torna-se, inclusive, uma forma de estímulo para a prática de infrações.

Aliada a esta legislação permissiva está a estrutura da política brasileira, viciada pela troca de favores e pelo tráfico de influência, o que gera um ambiente propício a desmandos dos agentes políticos, incluídos os magistrados. Tamanho inconformismo com a política do país e descrédito com os representantes dos três poderes que surgiu a expressão “politicagem”, que significa uma política mesquinha que serve a interesses individuais.

Depois de apurado ato de improbidade no âmbito administrativo, penalizar magistrado com disponibilidade ou aposentadoria compulsória provoca repúdio da sociedade, que estará, por meio dos tributos, arcando com a manutenção dessa pessoa que desonrou a moralidade administrativa. O afastamento remunerado não é suficiente, a punição deve consistir na manifestação expressa do órgão judicial no sentido de repúdio às condutas criminosas perpetradas por seus integrantes.



CONCLUSÃO

No decorrer desse estudo, procurou-se compreender os regimes de responsabilização do magistrado pela prática de ato de improbidade tendo em vista a inadmissibilidade da aplicação das penas disponibilidade e aposentadoria compulsória. Foram expostas as posições doutrinárias e jurisprudenciais que corroboram e as que discordam desse entendimento, demonstrando que as adotadas nesse desenho teórico melhor se coadunam aos princípios constitucionais pátrios. O seguinte conjunto de aspectos desenvolvidos nos capítulos representam os desdobramentos teóricos que fizeram chegar a esta conclusão, a saber:

Entende a disponibilidade como manifestação da estabilidade conferida aos servidores públicos após o cumprimento do estágio probatório. Ela ocorre quando o cargo ocupado pelo servidor é extinto, é declarada sua desnecessidade ou, em virtude da reintegração de outro servidor, seja desalojado sem ter um cargo de origem para regressar. Possui caráter garantista, pois permite o

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

fruímento dos proventos integralmente até que o servidor disponível seja aproveitado em outro cargo.

Identifica a aposentadoria compulsória, diferenciando-a das outras modalidades: por invalidez e voluntária. Ela é assegurada ao servidor que completa setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. Corresponde ao descanso remunerado definitivo do servidor público.

Constata que a improbidade de um servidor público civil da União, de acordo com a Lei nº 8.112/1990, enseja a pena de demissão. O Poder Disciplinar cuida dessa manutenção da normalidade do serviço público, pois cuida da apuração e punição dos possíveis atos e omissões ofensivos ao regular funcionamento da Administração Pública.

Sustenta a inaplicabilidade de duas penas previstas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional aplicáveis em caso de improbidade: a disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço e a aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço. Num comparativo com as penalidades da Lei nº 8.112/1990, percebe-se o desproporcional tratamento que os atos de improbidade possuem, revelando uma irrazoabilidade legislativa que deve ser afastada pelos julgadores.

Afirma que outra interpretação do art. 93, VIII da Constituição Federal não pode subsistir senão a que o entende conforme a principiologia constitucional. Assim, os atos de disponibilidade e aposentadoria compulsória de magistrado nunca serão aplicados em caso de improbidade por estarem condicionados ao interesse público. Dele a Administração não pode dispor para a aplicação daquelas penas previstas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Esclarece que as garantias da magistratura devem servir para o livre exercício da função judicante, não para permitir ou estimular a prática de infrações. Dessa forma, a independência do Poder Judiciário consagrada no princípio da separação dos poderes permite que o mesmo seja um órgão suficientemente forte, aplicando a lei aos casos concretos, inclusive contra o Governo.

Compreende a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, garantias da magistratura, como meios para o exercício da jurisdição livre de qualquer influência externa ou interna. Diferencia as mesmas das prerrogativas legais do juiz, que, em vez de proteger o exercício da função, protegem o magistrado enquanto agente público e pessoa física. As vedações impostas aos magistrados, nessa direção, também se constituem em instrumentos de salvaguarda da imparcialidade do juiz.

Classifica os juízes na categoria agentes políticos com base na pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e no entendimento de pe da doutrina. Os mesmos não devem ser classificados como servidores públicos porque sua função é pura manifestação do poder estatal e ocupam cargos estruturantes do Estado.

Aponta o princípio da moralidade como fundamento de validade para todos os atos da Administração, ao exigir boa-fé, retidão e honestidade no trato com a coisa pública. A improbidade, lesão ao referido princípio, não pode ser combatida com a disponibilidade e a aposentadoria dos magistrados ímprobos, sob pena de violar o princípio da supremacia do interesse público.

Assevera que as hipóteses de disponibilidade e aposentadoria compulsória punitivas configuram regalias, não prerrogativas, visto que não se vislumbra qualquer fim repressivo ou preventivo em tais penas. Elas são ofensivas aos preceitos constitucionais e não refletem o anseio popular pela repressão aos atos de impro-

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

bilidade, ao invés, servem de estímulo para a prática de atos de improbidade, já que serão premiados com descanso remunerado.

Desatrelar a imagem do Judiciário dessas regalias depende de bom senso dos julgadores, que, pautados na moralidade e na honorabilidade da função judicante, fortaleçam a instituição judiciária e determinem medidas correccionais eficazes. Longe de diminuir as garantias de independência e imparcialidade do Judiciário, tal medida diminuirá o descrédito da sociedade, como também protegerá os princípios constitucionais. Dessa forma, independentemente de mudança legislativa, a aplicabilidade da disponibilidade e da aposentadoria aos magistrados ímprobos encontra na interpretação conforme a Constituição fundamento para seu afastamento.

Conclui-se, por fim, que um resgate dos valores éticos e morais se faz necessário para afastar a aplicação de aberrações legislativas como as previstas nos artigos 56 e 57 da Lei Orgânica da Magistratura, ofensivas a diversos princípios constitucionais, como os da proporcionalidade, da razoabilidade e da moralidade. Num Estado Democrático de Direito, a legislação deve representar os anseios da população por justiça. Aferida improbidade de magistrado em processo judicial, onde foi assegurada ampla defesa, a consequência ideal deve ser sua expulsão dos quadros do judiciário.



REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas.** In: AJURIS, v. 24, n. 70, jul/1997.

ARRUDA, Kátia Magalhães. **A responsabilidade do juiz e a garantia da Independência.** In: Revista de Informação Legislativa, a. 34, n. 133, jan-mar/1997.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

A inadmissibilidade das penas

Disponibilidade e aposentadoria aos magistrados ímprobos

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DIP, Ricardo; MORAES JR., Volney Corrêa Leite de. **Crime e Castigo**. Campinas: Millennium, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FONSECA, Rosemayre Gonçalves de Carvalho. **A ação de improbidade administrativa e os agentes políticos**. In: Revista CEJ, a. 11, n. 37, abr-jun/2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Pe Geral – Volume I**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Lei de improbidade administrativa conflita com a Lei Complementar nº 35/79 da Ma-**

gistratura Nacional. Disponível em: <<http://www.gomesdemattos.com.br/igos/Lei%20de%20Improbidade%20Conflita%20com%20a%20LC%2035-79.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **A disponibilidade remunerada dos servidores públicos à luz da Constituição de 1988.** In: Revista de Informação Legislativa, a. 35, n. 137, jan-mar/1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

SICCA, Gerson dos Santos. **A interpretação conforme à Constituição – Verfassungskonforme Auslegung – no direito brasileiro.** In: Revista de Informação Legislativa, a. 36, n. 143, jul-set/1999.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional positivo.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.



**FRANCISCO MOISÉS
NASCIMENTO SOARES**
é bacharel em Direito pela
Universidade Federal de
Sergipe, Pós-graduado em
Direito Penal pela Faculdade
Anhanguera-Uniderp.
É Analista Judiciário do
Tribunal de Justiça do Estado
de Alagoas.

Email: franciscomoises@gmail.com