

**Exmo. Sr. Ministro Presidente do Eg. Supremo Tribunal Federal**

A **Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB**, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 34.102.228/0001-04, representativa dos interesses dos magistrados brasileiros, com sede no SCN, Quadra 2, Bloco D, Torre B, Sala 1302, Shopping Liberty Mall, Brasília-DF, CEP: 70712-903, vem, respeitosamente, por seus advogados, propor a presente

**Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**

(CF., art., 102, § 1º, Lei n. 9.882/99, art. 1º, *caput*),

em face do artigo 57 e dos parágrafos 1º e 2º da Lei Orgânica da Magistratura (LC n. 35/1979), porque (a) ou não foram recepcionados integralmente pela Constituição Federal de 1988, (b) ou tornaram-se inconstitucionais, devendo, por isso, serem interpretados conforme os princípios constitucionais da individualização da pena, da vedação às penas de caráter perpétuo, e do devido processo legal, nos termos e pelos motivos a seguir deduzidos.

**I – Cabimento da ADPF para declarar a nulidade de norma editada antes da Constituição de 1988 que prevê a pena de “disponibilidade” aos magistrados, com ofensa aos princípios da individualização da pena, da vedação à punição de caráter perpétuo e do devido processo legal**

De acordo com o inciso I, do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.882/99, constitui hipótese de cabimento da ADPF, a impugnação de lei anterior à Constituição Federal que com ela conflitar, havendo, por certo, relevante fundamento de controvérsia constitucional.

Trata-se de critério objetivo a ser aferido pelo cotejo das datas da lei ou ato normativo e o parâmetro constitucional contrariado:

*Art. 1º. (...)*

*Parágrafo único. (...)*

*I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional **sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição***

Pouco importa que os preceitos constitucionais ofendidos já estivessem presentes na Constituição Federal pretérita e viessem a ser reeditados na Constituição Federal vigente, como se deu com alguns deles. Se a lei ou ato normativo questionado for antecedente ao parâmetro constitucional vigente, será cabível a ADPF.

Em precedente no qual essa Corte recusou a ADPF para o fim de examinar a compatibilidade da norma infra constitucional com o texto constitucional vigente à época da sua edição, porém, já revogado, restou esclarecido que ela se presta para questionar a norma precedente à Constituição vigente. Veja-se:

*EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. AGENTE MARÍTIMO. DECRETO-LEI 37/66. DECRETO-LEI 2.472/98. DIREITO CONSTITUCIONAL. ALTERAÇÃO DA NORMA PRÉ-CONSTITUCIONAL POR MEDIDA PROVISÓRIA. COMPATIBILIDADE DE NORMA PRÉ-CONSTITUCIONAL COM A CONSTITUIÇÃO EM VIGOR NA ÉPOCA DE SUA PROMULGAÇÃO. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. 1. O Tribunal Pleno desta Corte assentou a impossibilidade, em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, de se verificar a compatibilidade de norma pré-constitucional com a Constituição em vigor na época de sua promulgação. Precedente: ADPF 33, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 27.10.2006. 2. O objeto desta ação é o art. 32, parágrafo único, b, do Decreto-lei 37, de 18 de novembro de 1966, com redação conferida pelo Decreto-lei 2.472, de 1º de setembro de 1988. O dispositivo, entretanto, passou por nova alteração e sua redação atual é fruto do art. 77 da Medida Provisória 2.158, de 24 de agosto de 2001. 3. Possibilidade de indeferimento liminar pelo Relatório, nos termos do art. 4º, §1º, da Lei 9.882/99, ante a ausência de pressupostos para o processamento da ADPF. 4. Embargos declaratórios a que se nega provimento.*

*(ADPF 371 ED, Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe-255 18-12-2015)*

O Min. Edson Fachin, fez referência em seu voto à lição doutrina de Ingo Wolfgang Starlet, no ponto em que afirma que o “pressuposto da manutenção em vigor e da geração de efeitos das normas infraconstitucionais anteriores é a sua compatibilidade com a nova constituição, o que significa que a existência de vício anteriores, ou seja, eventual inconformidade em sentido formal e material com a constituição anterior, não é relevante para a recepção, pela nova ordem constitucional, do direito anterior, mas apenas a conformidade com a nova constituição”. Veja-se:

*Na dogmática constitucional, também se colhe a mesma conclusão, a partir da obra de Ingo Wolfgang Sarlet: “Pressuposto da manutenção em vigor e da geração de efeitos das normas infraconstitucionais anteriores é a sua compatibilidade com a nova constituição, o que significa que a existência de vício anteriores, ou seja, eventual inconformidade em sentido formal e material com a constituição anterior, não é relevante para a recepção, pela nova ordem constitucional, do direito anterior, mas apenas a conformidade com a nova constituição. Com efeito, o controle de constitucionalidade se verifica apenas e sempre em relação aos parâmetros materiais e formais postos pela constituição em vigor, de tal sorte que o que importa, ao fim e ao cabo, é que a norma anterior guarde sintonia com a constituição vigente, não com a revogada”. (SARLET, Ingo Wolfgang. A norma constitucional no “tempo”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015)*

Pois bem. No caso sob exame, compreende a AMB que a norma contida no art. 57, parágrafos 1º e 52 da LOMAN (LC n. 35/1979), não pode ser tida como integralmente recepcionada pela CF de 1988, (a) seja porque estabeleceu uma punição (disponibilidade) sem quantidade mínima e máxima previamente definidas, que tem sido compreendida como de quantidade única de 2 anos (o que violaria o princípio da individualização da pena), (b) seja porque, ao ser permitida a ampliação do único prazo previsto na lei, em juízo discricionário do órgão censor, sem qualquer limitação no tempo, tem se tornado uma sanção indefinida ou eterna (o que contraria a vedação ao caráter perpétuo da pena), (c) seja, ainda, porque ao ser admitida a ampliação da pena, após o julgamento definitivo do PAD, ter-se-á presente a figura da revisão gravosa da pena com grave ofensa ao devido processo legal.

Com efeito, dentre as 5 sanções administrativas previstas na LOMAN, para serem impostas aos magistrados, 4 se mostram de aplicação certa e se exaurem no tempo com a própria aplicação: censura, advertência, remoção e aposentadoria.

Já a disponibilidade, constitui modalidade de sanção que exigiria a fixação de tempo mínimo ou máximo, para que não se transformasse em uma modalidade de sanção mais gravosa do que a mais grave delas, que é a aposentadoria, porque, enquanto o magistrado está em disponibilidade, permanece submetido a todas as restrições inerentes ao cargo, enquanto que o magistrado que vem a ser aposentado (sanção), deixa a magistratura e, portanto, não mais fica submetido às restrições inerentes ao cargo.

O texto do caput do art. 57 da LOMAN sugere, efetivamente, a imposição da pena de disponibilidade por tempo indeterminado, porque ausente qualquer quantidade de tempo mínimo ou máximo previamente fixado:

*“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.**”*

Já a leitura do § 1º do art. 57 da LOMAN sugere a existência de uma pena única de disponibilidade, de 2 anos, ao prever que o magistrado apenado poderá requerer o seu reaproveitamento após esse prazo.

*“§ 1º - **O magistrado, posto em disponibilidade por determinação do Conselho, somente poderá pleitear o seu aproveitamento, decorridos dois anos do afastamento.**”*

Ocorre que a norma do § 2º do art. 57 da LOMAN acaba por conferir ao sistema, o direito discricionário para o órgão censor indeferir o pedido de reaproveitamento, tornando a disponibilidade uma pena de tempo indeterminado com caráter perpétuo. Veja-se:

*“§ 2º - **O pedido, devidamente instruído e justificado, acompanhado de parecer do Tribunal competente, ou de seu órgão especial, será apreciado pelo Conselho Nacional da Magistratura após parecer do Procurador-Geral da República. Deferido o pedido, o aproveitamento far-se-á a critério do Tribunal ou seu órgão especial.**”*

Não desconhece a AMB que o Conselho Nacional de Justiça fixou, como sendo a melhor interpretação desses dispositivos, o entendimento no sentido de que a disponibilidade contempla a pena única de 2 anos, ao editar enunciado que impôs aos Tribunais a obrigação de deferir o pedido de reaproveitamento do magistrado após o transcurso desse período (desde que não haja fato diverso daquele que tiver dado causa à sanção):

*“4) PENA DE DISPONIBILIDADE*

***Após 2 (dois) anos da aplicação da pena de disponibilidade, ocorrendo pedido de aproveitamento, o Tribunal deverá apontar motivo plausível, de ordem moral ou profissional, diverso dos fatos que ensejaram a pena, capaz de justificar a permanência do magistrado em disponibilidade, mediante procedimento administrativo próprio, oportunizando-se o contraditório.”***

*(CNJ – RD - Revisão Disciplinar nº 0007032-66.2012.2.00.0000 – Rel. Flavio Sirangelo – 191ª Sessão - j. 16/06/2014).*

Ocorre que essa interpretação, conquanto pareça ser a mais fiel à literalidade da lei, já poderia ser considerada inconstitucional em face do texto pretérito e, agora, com maior razão, mostra-se ofensiva ao texto da CF de 1988.

Afinal, está admitindo que os órgãos censores apontem “*motivo plausível, de ordem moral ou profissional, diverso dos que ensejaram a pena*”, para justificar a permanência do magistrado em disponibilidade, o que atenta contra o princípio do devido processo legal, inserido na CF de 1988, porque permite a ampliação da pena, após a sua fixação em decisão definitiva, como se fosse possível promover uma revisão gravosa.

E aí, ao admitir a ampliação da pena de disponibilidade, assim o fez sem qualquer definição de prazo, tornando indefinida a pena e ofendendo o princípio da vedação das penas de caráter perpétuo.

Por mais que o enunciado do CNJ esteja a admitir um novo procedimento administrativo, com observância do contraditório e da ampla defesa, para ampliação do prazo da pena de disponibilidade, resta evidente que essa ampliação atenta contra o devido processo legal -- porque admite a ampliação da sanção depois de proferida a decisão terminativa do PAD -- assim como atenta contra o princípio da vedação à pena de caráter perpétuo.

Com efeito, se o magistrado foi apenado com a disponibilidade, em processo administrativo disciplinar que chegou ao fim, não se poderia cogitar da ampliação da pena, por prazo indefinido, porque configurada a hipótese de revisão gravosa da pena.

E se o magistrado tiver sido afastado das suas funções, com a pena de disponibilidade por 2 anos, não se pode admitir a ocorrência de fatos no período de cumprimento da pena, para que se dê a sua ampliação, indefinida e de caráter perpétuo, porque o magistrado já se encontrava fora do exercício da jurisdição.

Qualquer fato novo que viesse a ocorrer, mesmo fora do exercício da jurisdição, haveria de justificar a instauração de novo PAD e não a ampliação da pena de disponibilidade, d.v., porque implicaria, como dito, uma modalidade de revisão gravosa da pena inicialmente fixada, com clara ofensa ao devido processo legal.

\* \* \*

A solução que se apresenta para “salvar” a gradação das penas previstas na LOMAN parece ser a de **conferir interpretação conforme do art. 57, §§ 1º e 2º**, aos princípios constitucionais (a) da individualização da pena, (b) da vedação às penas de caráter perpétuo, (c) do devido processo legal e da (d) proporcionalidade e razoabilidade.

Será o caso de essa eg. Corte, inicialmente, **reconhecer a validade do caput, do art. 57**, no ponto em que prevê a pena de disponibilidade como sanção de menor gravidade do que a aposentadoria, o que não configura qualquer novidade. Veja-se o seu texto:

*“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.**”*

Para tanto, deverá essa Corte, ato seguinte, fixar o entendimento de que a norma do § 1º do art. 57 da LOMAN, ao prever a possibilidade de o magistrado pleitear o seu reaproveitamento após decorrido o prazo de 2 anos, estaria a estabelecer **esse prazo de 2 anos como o quantidade máxima da pena de disponibilidade**:

*“§ 1º - O magistrado, posto em disponibilidade **por determinação do Conselho, somente poderá pleitear o seu aproveitamento, decorridos dois anos do afastamento.**”*

**Não seria possível** a qualquer órgão censor **fixar pena de disponibilidade superior a 2 anos**, porque não há como negar que a norma deferiu ao magistrado o direito de ser reaproveitado após o término desse prazo, tal como reconhecido pelo CNJ.

Estaria **permitido aos órgãos censores, porém, fixar a pena de disponibilidade em qualquer quantidade de dias, meses ou ano e alguns meses, desde que limitada a 2 anos.**

Somente assim estaria **sendo observado o princípio da individualização da pena**, porque viabilizado aos órgãos censores calibrar a quantidade do tempo da sanção de disponibilidade, com observância do princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

A interpretação a ser dada não poderia, porém, como dito anteriormente, admitir a fixação da disponibilidade em quantidade superior a 2 anos, porque o texto legal não fixou qualquer outro prazo e, na parte em que admitiu a ampliação indefinida, não há como negar que estaria a ofender o princípio da vedação ao caráter perpétuo das penas, dada à indefinição de prazo máximo da sanção, que a leitura do texto legal está permitindo.

A fixação da disponibilidade em quantidade superior a 2 anos, sem definição na lei, ofende ainda o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, porque a pena de disponibilidade poderia se tornar mais gravosa do que a própria pena de aposentadoria, na medida em que subsistem, aos magistrados em disponibilidade, os deveres e obrigações da magistratura, o que não ocorre com os aposentados.

Quanto à norma do § 2º do art. 57 da LOMAN deverá essa Corte considerar não recepcionado na sua integralidade, porque viola, a mais não poder, todos os princípios constitucionais enumerados nessa ação.

Viola o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV), ao admitir que o magistrado, já apenado com a disponibilidade, venha a ter essa pena majorada na sua quantidade, após o julgamento definitivo do PAD, como se pudesse haver uma revisão gravosa da pena.

Viola o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI), ao admitir que o órgão censor não defira o pedido de reaproveitamento, sem indicação de qualquer limite temporal, que possa ser considerado adequado e proporcional à conduta faltosa do magistrado apenado.

Viola o princípio da vedação às penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, “b”), ao admitir que o órgão censor, indeferindo o pedido de reaproveitamento, deixe de fixar qualquer limite temporal, tornando indefinida a sanção.

Viola o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, porque a indefinição da quantidade da pena de disponibilidade, poderá torná-la mais gravosa do que a pena que é conceitualmente mais grave, da aposentadoria.

A norma ofende, portanto, os preceitos constitucionais da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da vedação de penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, “b”).

Cabível, assim, a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, para o fim de que esse STF proclame a não recepção integral da norma contida no art. 57, e seus §§ 1º e 2º, da LOMAN, conferindo-lhe interpretação conforme, para impor aos órgãos censores da magistratura (Tribunais e CNJ) a obrigação de fixar, em tempo certo (dias, meses e anos), o prazo de vigência da sanção de disponibilidade eventualmente imposta aos magistrados.

**II – Se as normas impugnadas forem tidas como constitucionais quando editadas, teriam, necessariamente, passado pelo processo de inconstitucionalização após a CF de 1988 para serem declaradas nulas**

Permite-se a AMB sustentar, com base no princípio da eventualidade, que na hipótese de essa Corte considerar que as normas da LOMAN aqui impugnadas, antecedentes à CF de 1988, não forem tidas como inconstitucionais no momento em que editadas, porque já presente no texto constitucional pretérito alguns os preceitos alegados como violados -- como o da individualização da pena -- então será a hipótese de considerar que elas teriam passado pelo processo de inconstitucionalização no decurso do tempo de sua vigência, especialmente após o parâmetro constitucional instituído pela CF de 1988.

A questão se apresenta com base no princípio da eventualidade, porque, conquanto já estivesse contemplado na CF de 1967, por exemplo, o princípio da individualização da pena no § 13º do art. 153, não havia vedação ao caráter perpétuo das penas, mas apenas a vedação à prisão perpétua no § 11 do art. 153, sendo certo, ainda, que o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade passou a integrar o princípio do devido processo legal apenas na CF de 1988.

E aí a jurisprudência dessa Corte é antiga quanto a possibilidade de proclamar a nulidade de norma que nasceu constitucional, mas tornou-se inconstitucional, em razão da alteração da realidade fática em face da qual a norma haveria de ser aplicada.



Veja-se precedente do ano de 1998:

EMENTA: Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, sobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): **processo de inconstitucionalização das leis**. 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual **a possibilidade de realização da norma da Constituição** - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - **subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem**. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328.

(RE 147776, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 19/05/1998, DJ 19-06-1998 PP-00009 EMENT VOL-01915-01 PP-00136)

Esse princípio foi aplicado por essa Corte, mais recentemente, em sede de RE com Repercussão Geral:

*Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que: “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela Lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. **Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS.** 3. **Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993.** A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. **Como a Lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever***

*anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. **Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).** 4. A inconstitucionalidade por omissão parcial do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. O Estatuto do Idoso dispõe, no art. 34, parágrafo único, que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família não será computado para fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS. Não exclusão dos benefícios assistenciais recebidos por deficientes e de previdenciários, no valor de até um salário mínimo, percebido por idosos. Inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo. Omissão parcial inconstitucional. 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.*

*(RE 580963, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 14-11-2013)*

Para justificar o processo de inconstitucionalização, pode a AMB se socorrer do fato de que inúmeros magistrados têm sido colocados em disponibilidade e, ultrapassado o período de 2 anos -- por vezes, em anos e até décadas --, mesmo diante do pedido de reaproveitamento, tem os Tribunais se negado a aceitar o retorno à judicatura do magistrado, invocando os mesmos motivos que o levaram a impor a sanção da disponibilidade ou outros, de toda ordem, transformando a pena de disponibilidade em pena de caráter perpétuo.

Se uma sanção disciplinar tinha determinado fim ou objeto -- como a de colocar o magistrado em disponibilidade por até 2 anos --, mas a sua aplicação, nos casos concretos, estão transformando uma pena certa, de até 2 anos, em pena de tempo indefinido, com caráter perpétuo, dúvida não pode haver que se está diante do processo de inconstitucionalização da norma a justificar a proclamação da sua nulidade.

Então, com base no princípio da eventualidade, pede licença a AMB para afirmar que, ainda que se considere as normas impugnadas constitucionais quando editadas, porque já contidos no texto constitucional pretérito alguns dos preceitos tidos aqui por violados, teria ocorrido, certamente, o processo de mutação constitucional, de sorte a justificar o cabimento desta ADPF para o fim de ser declarada a inconstitucionalidade das normas aqui impugnadas.

### **III – A legitimação da autora, a pertinência temática e o interesse de agir para impugnar dispositivo da Lei Orgânica da Magistratura**

Como esclarecido nos capítulos antecedentes, visa a presente ADPF obter a declaração de nulidade, com interpretação conforme à Constituição, de normas contidas na LOMAN, decorrente da inconstitucionalidade superveniente (promulgação da CF de 1988 ou do processo de inconstitucionalização).

Trata-se de norma de aplicação restrita à magistratura, razão pela qual não há como negar a manifesta pertinência temática entre o objeto social da autora e a norma impugnada.

No caso, a legitimidade ativa *ad causam* da autora decorre do art. 103, IX, da CF, por força do art. 2º, I, da Lei n. 9.882/99, que autoriza os legitimados para a ADI a propositura da ADFP, ou seja, por “*entidade de classe de âmbito nacional*”.

A autora representa, em âmbito nacional, a classe dos magistrados brasileiros de forma ampla (AMB), e apresenta, dentre os seus objetivos institucionais, a defesa dos interesses corporativos. São incontáveis os precedentes nesse sentido.

Está claro, finalmente, o interesse de agir, diante da adequação da presente ADPF, na medida em que se mostra necessário afastar do mundo jurídico a norma que, editada antes da Constituição Federal de 1988, está causando lesão ao direito aos magistrados apenados com a sanção da disponibilidade.

### **IV – Os princípios constitucionais da individualização da pena e da vedação de pena perpétua, são aplicáveis ao processo administrativo disciplinar**

Conforme esclarecido pela AMB no primeiro capítulo, a sanção disciplinar da disponibilidade de magistrado, prevista no art. 27 e seus §§ 1º e 2º, ao não prever tempo certo de sua incidência, acabara por violar o princípio constitucional da individualização da pena e, igualmente, da vedação à sanção perpétua.

Tais princípios estão previstos no texto da Constituição Federal nos incisos XLVI e XLVII “b”, do art. 5º, como princípios voltados ao campo do direito penal.

XLVI - a **lei regulará a individualização da pena** e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - **não haverá penas:**

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) **de caráter perpétuo;**
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Ocorre que tais princípios têm aplicação necessária também no direito disciplinar administrativo, conforme assentado na jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MAGISTRADO ESTADUAL. VIOLAÇÃO AO DEVER DE CONDUTA IRREPREENSÍVEL NA VIDA PÚBLICA E PARTICULAR. PENA APLICADA: CENSURA. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PAD POR IRREGULARIDADE NA SESSÃO DE JULGAMENTO REJEITADA. PREJÚIZO NÃO COMPROVADO. PAS DE NULLITÉS SANS GRIEF. REGULAR OBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**, DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REAVALIAÇÃO DAS PROVAS PRODUZIDAS NO PAD. MANUTENÇÃO DA PENA DE CENSURA. ARTS. 35, VIII E 44 DA LOMAN. AGRAVO INTERNO DO MAGISTRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

2. Quanto ao mérito, objetiva o impetrante a exclusão ou, sucessivamente, a revisão de sanção a ele aplicada no PAD. Em sua defesa, alega ter sido desproporcional a pena a ele aplicada, porquanto não houve reiteração de falta funcional. Em seu entender, para a imposição da penalidade de censura é necessária a reincidência na infração, o que, no caso, não teria ocorrido.

3. A análise do PAD 03866-7.2009.001/TJ/AL colacionado aos autos não revela a existência de qualquer irregularidade. O acervo probatório colhido na instância administrativa mostrou-se suficiente para comprovar a existência de um consenso em torno dos fatos alegados e não contestados pelo ora recorrente, ou seja, que o impetrante, Juiz de Direito, tentou agredir fisicamente sua ex-esposa, Escrivã do Juizado Especial da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Maceió, no âmbito deste mesmo Juizado Especial para defesa das mulheres.

4. O Pleno do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, com base nas provas coligidas, reconheceu a prática de procedimento incorreto pelo impetrante (fls. 33/44), infligindo-lhe a pena de censura, nos termos dos arts. 35, VII e 44 a Lei Complementar 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) e 16 do Código de Ética da Magistratura.

5. Na análise dos fatos que cercam o ato praticado pelo impetrante, **indispensável para se inferir a razoabilidade e proporcionalidade da reprimenda**, nota-se que ele não apenas cometeu um ato censurável, mas visceralmente grave. A tentativa de agressão a uma mulher, dentro do Juizado Especial para a defesa das mulheres, no ambiente de trabalho não só da vítima, mas também do próprio agressor, além de revelar um comportamento intolerável, mesmo que de um cidadão comum, demonstra afronta a um dos pilares da justiça: a dignidade da pessoa humana.

Dignidade não como um adjetivo, mas como um substantivo inarredável, conforme artigo 35 da Lei Complementar 35/79.

6. Do mesmo modo, não procede o argumento de que a pena de censura, para ser aplicada, exige a reiteração de infração disciplinar. Na primeira parte do art. 44 da Lei Complementar 35/79, o legislador prescreveu a pena para os casos de reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo. Todavia, na segunda parte do referido dispositivo, o legislador valeu-se de duas palavras - procedimento incorreto - para enunciar todas as hipóteses de ação (ou omissão) reprováveis, inadequadas e condenáveis que, ainda que praticadas fora da função judicante, podem ensejar a aplicação da pena de censura. Inaplicável ao caso o art. 43 da LC 35/79, porquanto a pena de advertência deve ser aplicada nos casos de negligência no cumprimento dos deveres do cargo, hipótese diversa da dos autos.

7. À vista das circunstâncias, não há falar em ilegalidade, abusividade ou desproporcionalidade do acórdão recorrido que, independentemente de punição anterior - avaliando uma das infinitas hipóteses que a vida oferece - puniu com censura o Magistrado que agiu de forma reprovável e inadequada à função judicante.

8. Agravo Interno do Magistrado desprovido.

(AgInt no RMS 37.593/AL, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 20/03/2017)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA OPOSTOS POR JOÃO PEDRO GHIGNONE DA COSTA E PELO ESTADO DO PARANÁ. ADMINISTRATIVO. **PROCESSO DISCIPLINAR**. ESCRIVÃO. CARTÓRIO. DEMISSÃO. IMPEDIMENTO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA. **DESproporcionalidade da pena aplicada**. SERVIDOR COM 35 ANOS DE SERVIÇO. EXACERBAÇÃO DA SANÇÃO PELA AUTORIDADE SUPERIOR.

1. Revelam-se improcedentes os embargos declaratórios em que as questões levantadas não configuram as hipóteses de cabimento do recurso - omissão, contradição ou obscuridade -, delineadas no art.

535 do CPC.

2. A rediscussão, via embargos de declaração, de questões de mérito já resolvidas configura pedido de alteração do resultado do decisum, traduzindo mero inconformismo com o teor da decisão embargada.

Nesses casos, a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que os embargos não merecem prosperar.

3. Esta c. Corte pacificou entendimento segundo o qual, "**mesmo quando se tratar de imposição da penalidade de demissão, devem ser observados pela Administração Pública os princípios** da razoabilidade e proporcionalidade **e individualização da pena**." (Precedentes: MS 13.716/DF, 3a Seção, de minha relatoria, DJe de 13/02/2009 MS nº 8.693 / DF, 3a Seção, Rei. Min. Maria Thereza dc Assis Moura, DJe de 8/5/2008; MS nº 7.260 / DF, 3a Seção, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 26/8/2002 e MS nº 7.077 / DF, 3a Seção, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 11/6/2001).

4. Embargos de declaração de João Pedro Ghignone da Costa e do Estado do Paraná rejeitados. (EDcl no RMS 27.632/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 18/04/2013)

Não é apenas o princípio da individualização da pena -- a exigir a incidência de uma sanção com quantidade certa de duração -- que tem aplicação no processo disciplinar administrativo, mas também o da vedação das penas de caráter perpétuo, como se pode ver dos seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO-OCORRÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. PERITO DA POLÍCIA FEDERAL. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. LAUDO DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA. FATO OCORRIDO HÁ MAIS DE 10 ANOS DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. ELIMINAÇÃO DO CANDIDATO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE, EM ALGUNS CASOS, PELO PODER JUDICIÁRIO. DESPROPORCIONALIDADE.

(...)

3. Afigura-se desarrazoada e desproporcional a eliminação de um candidato na fase de investigação social de concurso para perito da polícia federal, em razão de fato ocorrido 10 anos antes do certame. Perpetuação de fato **que não se amolda ao balizamento constitucional que veda a existência de penas perpétuas.**

4. Recurso especial improvido.

(REsp 817.540/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 19/10/2009)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. OFICIAL DE JUSTIÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. FALTA AO DEVER FUNCIONAL. PRELIMINAR. DECADÊNCIA. INSUBSISTENTE. UTILIZAÇÃO DE PUNIÇÃO MUITO ANTIGA COMO AGRAVANTE. DESCABIDO. PRECEDENTE. ANULAÇÃO DA DEMISSÃO POR DESATENÇÃO À PROPORCIONALIDADE. DIREITO. APLICAÇÃO DE NOVA PENA. POSSIBILIDADE. LÍQUIDO E CERTO EXISTENTE. (...)

3. Há precedente da Sexta Turma aplicável ao caso concreto, pois **não é possível considerar que um fato tão longo seja considerado como agravante, sob o risco de violar o ditame constitucional que veda a perpetuidade das penas;** a se manter a decisão administrativa impugnada, ter-se-ia considerado que um servidor apenado poderia ser considerado reabilitado. Precedente: REsp 817.540/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 19.10.2009. (...)

5. É possível anular judicialmente o ato demissional que ocorre em desatenção ao acervo probatório dos autos e com desatenção à proporcionalidade na sanção, sem prejudicar eventual aplicação de diversa penalidade administrativa. Precedente: MS 15.810/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 30.3.2012; o pedido da inicial versa sobre a anulação da punição, contudo demandando uma nova apreciação administrativa - com eventual pena - a ser aplicada pela autoridade. Recurso ordinário provido.

(RMS 36.347/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2013, DJe 06/03/2014)

**EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PENA DE INABILITAÇÃO PERMANENTE PARA O EXERCÍCIO DE CARGOS DE ADMINISTRAÇÃO OU GERÊNCIA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. INADMISSIBILIDADE: ART. 5, XLVI, "e", XLVII, "b", E § 2, DA C.F. REPRESENTAÇÃO DA UNIÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE PARA INTERPOSIÇÃO DO R.E. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. À época da interposição do R.E., o Ministério Público federal ainda representava a União em Juízo e nos Tribunais. Ademais, em se tratando de Mandado de Segurança, o Ministério Público oficia no processo (art. 10 da Lei nº 1.533, de 31.12.51), e poderia recorrer, até, como "custos legis". Rejeita-se, pois, a preliminar suscitada nas contra-razões, no sentido de que lhe faltaria legitimidade para a interposição. 2. No mérito, é de se manter o aresto, no ponto em que afastou o caráter permanente da pena de inabilitação imposta aos impetrantes, ora recorridos, em face do que dispõem o art. 5, XLVI, "e", XLVII, "b", e § 2 da C.F. 3. Não é caso, porém, de se anular a imposição de qualquer sanção, como resulta dos termos do pedido inicial e do próprio julgado que assim o deferiu. 4. Na verdade, o **Mandado de Segurança é de ser deferido, apenas para se afastar o caráter permanente da pena de inabilitação**, devendo, então, o Conselho Monetário Nacional prosseguir no julgamento do pedido de revisão, convertendo-a em inabilitação temporária ou noutra, menos grave, que lhe parecer adequada. 5. Nesses termos, o R.E. é conhecido, em parte, e, nessa parte, provido.**

(RE 154134, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em 15/12/1998, DJ 29-10-1999 PP-00017 EMENT VOL-01969-01 PP-00191).

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIRETOR DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. **PENA DE INABILITAÇÃO PERMANENTE. IMPOSSIBILIDADE. ART. 5., LXXVII, PAR. 2., E LXVI, LETRA E, DA CF. DEFERIMENTO.**

*I. OS DIREITOS E GARANTIAS EXPRESSAMENTE PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EXCLUEM OUTROS TANTOS DECORRENTES DO REGIME E DOS PRINCÍPIOS NELA ADOTADOS (ART. 5., LXXVII, PAR.2.).*

**II. A VEDAÇÃO AS PENAS DE CARATER PERPETUO NÃO PODE SER INTERPRETADA RESTRITIVAMENTE, ESTENDENDO-SE AS PENALIDADES DE SUSPENSÃO E INTERDIÇÃO DE DIREITOS CAPITULADOS NO INCISO LXVI, LETRA E, DO MESMO ARTIGO.**

*III. SEGURANÇA CONHECIDA.*

*(MS 1.119/DF, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 18/12/1991, DJ 16/03/1992, p. 3071, REPDJ 01/06/1992, p. 8021)*

Até mesmo o CNJ já reconheceu a aplicação desse princípio:

RECURSO ADMINISTRATIVO. DECISÃO SINGULAR PROFERIDA EM PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. **MAGISTRADO. DISPONIBILIDADE. CARÁTER PERPÉTUO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO CNJ.** ENUNCIADO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS A ENSEJAR A REFORMULAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

**1. Pena de disponibilidade por mais de vinte e dois anos.**

2. A vedação à aplicação de pena perpétua não se restringe ao âmbito penal, aplicando-se também na esfera das penalidades administrativas.

3. Na hierarquia das penas previstas na Loman, a disponibilidade se situa antes da aposentadoria compulsória.

4. Enunciado Administrativo CNJ. Após 2 (dois) anos da aplicação da pena de disponibilidade, ocorrendo pedido de aproveitamento, o Tribunal deverá apontar motivo plausível, de ordem moral ou profissional, diverso dos fatos que ensejaram a pena, capaz de justificar a permanência do magistrado em disponibilidade, mediante procedimento administrativo próprio, oportunizando-se o contraditório.

5. Ausência de motivo plausível, de ordem moral ou profissional, diverso dos fatos que ensejaram a pena .

6. A inexistência de argumentos novos e suficientes a alterar a decisão monocrática impede o provimento do recurso administrativo.

5.Recurso administrativo conhecido e improvido.

(CNJ - RA – Recurso Administrativo em PCA - Procedimento de Controle Administrativo - 0000408-30.2014.2.00.0000 - Rel. EMMANOEL CAMPELO - 31ª Sessão Virtualª Sessão - j. 15/02/2018 ).

Daí a possibilidade de esse eg. STF vir a considerar que os dispositivos da LOMAN, com a interpretação literal que vindo sendo dada, violam os princípios constitucionais da individualização da pena, da vedação às penas de caráter perpétuo, e do devido processo legal, no âmbito do processo disciplinar administrativo imposto aos magistrados.

**V – O precedente desse STF que reafirma o entendimento do CNJ -- impugnado nessa ADPF -- no sentido de que a disponibilidade poderia ser prorrogada pelo fato de “subsistirem” as mesmas razões que deram causa à sanção**

É importante registrar que essa eg. Corte já teve a oportunidade de enfrentar, por meio de uma de suas Turmas, a questão posta nessa ADPF, quando apreciou determinado mandado de segurança e o concedeu para cassar decisão do CNJ que admitia a permanência do magistrado em disponibilidade, por prazo superior aos 2 anos e de forma indefinida, porém, apenas em razão de ter sido oferecida contra ele uma ação de improbidade. Veja-se a ementa do acórdão da lavra da Ministra Carmen Lúcia:

*EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PROCESSO DISCIPLINAR CONTRA MAGISTRADO. **PENA DE DISPONIBILIDADE** COM PROVENTOS PROPORCIONAIS. **DECURSO DO PRAZO DE DOIS ANOS** (ART. 57, § 1º, DA LOMAN). **PEDIDO DE APROVEITAMENTO. INDEFERIMENTO MOTIVADO PELO AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA** CONTRA O MAGISTRADO. NECESSIDADE DE AGUARDAR O DESFECHO DA AÇÃO. **FUNDAMENTO INIDÔNEO. AFASTAMENTO POR PRAZO INDETERMINADO: DESPROPORCIONALIDADE. ORDEM DE SEGURANÇA CONCEDIDA.** (MS 32271, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 16/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014)*

Ainda que no precedente esse STF tenha deferido a segurança, para cassar a decisão do CNJ -- que mantinha o magistrado em disponibilidade por tempo indeterminado -- ele assim o fez apenas por compreender que o motivo alegado não seria idôneo ou válido (existência de ação de improbidade proposta).

Inicialmente, diga-se, esse STF rejeitou a possibilidade de o órgão censor promover nova valoração dos fatos anteriormente verificados para justificar a ampliação da disponibilidade (tese essa sustentada pela AMB na presente ADPF):

*4. O ato apontado como coator revela ter o indeferimento do pedido de aproveitamento se respaldado em juízo de valor sobre a gravidade da conduta imputada à magistrada e na circunstância de ter sido ajuizado contra ela ação civil pública por improbidade administrativa, a qual poderia resultar na perda de seu cargo.*

*5. Quanto à gravidade das condutas atribuídas à Impetrante, deve-se rememorar que o Conselho Nacional de Justiça pronunciou-se sobre a questão no julgamento da Revisão Disciplinar n. 0007669- 22.2009.2.00.0000. Como relatado, o Ministério Público do Pará pediu a revisão da pena de censura aplicada à Impetrante pelo Tribunal de Justiça paraense, substituindo-a pela pena de aposentadoria compulsória. Entretanto, após sopesar os fatos e as circunstâncias da causa,*



*decidiu o Conselho Nacional de Justiça pela aplicação de pena mais branda, a disponibilidade com proventos proporcionais. Não se pode, após aquele julgamento, pretender imprimir tons mais fortes aos mesmos fatos avaliados, sob pena de se proceder ao rejuízo da questão de fundo para agravar a pena. Não pode pretender o Conselho Nacional de Justiça converter o pedido de providências em revisão disciplinar da pena por ele mesmo imposta, pois isso representaria a criação da inadmissível figura da revisão disciplinar da revisão disciplinar.*

Seria, de fato, um despautério, d.v., admitir que, em sede de pedido de reaproveitamento do magistrado colocado em disponibilidade, pudesse o órgão censor visitar os fatos que justificaram a imposição da pena, para ampliá-la.

Mas a 2ª Turma **admitiu a possibilidade, em tese, de ser mantida a disponibilidade**, seja em razão dos mesmos fatos, seja por fatos supervenientes, no seguinte trecho:

*Como destacado nas passagens transcritas e realçado no exame preliminar desta ação, o prazo estabelecido no § 1º do art. 57 da Lei Complementar n. 35/1979 não consubstancia direito subjetivo do magistrado a retornar ao exercício da função após o decurso de dois anos de sua disponibilidade, mas apenas requisito temporal objetivo para se pleitear o aproveitamento. O deferimento do pedido sujeita-se, portanto, ao exame da subsistência, ou não, das razões que determinaram a disponibilidade ou da superveniência de fatos novos, o que há de ser feito pelo órgão que impôs a sanção com fundamentação idônea, o que não se mostra presente nesta ação.*

O exame do voto proferido pela eminente Ministra Carmen Lúcia aponta, efetivamente, no sentido de que **seria possível a manutenção do magistrado em disponibilidade, em período superior a 2 anos**, se se verificasse que estariam “mantidas” as razões que levaram à imposição daquela pena, **tendo o magistrado apenas o direito de pedir o seu reaproveitamento, mas não o direito de obter o reaproveitamento.**

Com a ressalva do devido respeito, tal entendimento não pode prevalecer, porque constitui uma ofensa ao princípio da individualização da pena, a parte da decisão que admite a possibilidade de o órgão censor vir a manter o magistrado em disponibilidade, sob o fundamento de que estariam “mantidas” as “razões que determinaram a disponibilidade”.

Pouco importa que esse STF tenha considerado ilegítima a fundamentação acolhida pelo CNJ para o fim de cassar a decisão que indeferiu o pedido de reaproveitamento do magistrado, após o transcurso dos 2 anos de sanção, porque a simples admissão da permanência de uma pena, por prazo indefinido, implica reconhecer a ausência de individualização da pena e passa a configurá-la como de caráter perpétuo.

**VI – O precedente do STJ que rejeita a tese de violação ao princípio da vedação ao caráter perpétuo da pena, e que também não pode ser aceito, d.v.**

Para obter o provimento judicial pretendido, compreende a AMB que se mostra necessário apresentar a interpretação existente que lhe é contrária, para poder infirmá-la.

Pois bem. O exame da jurisprudência do STJ levou a constatar a existência de precedente no qual esteve em debate a questão de a pena de disponibilidade ser ou não de caráter perpétuo, tendo o STJ recusado a pecha, sob o fundamento de que a lei (LOMAN) teria afirmado tratar-se, na hipótese, de juízo de conveniência da administração e não de direito do magistrado. Veja-se a ementa do acórdão:

*MAGISTRADO - APROVEITAMENTO - INEXISTENCIA DE DIREITO LIQUIDO E CERTO. O APROVEITAMENTO DE MAGISTRADO POSTO EM DISPONIBILIDADE ESTA SUBORDINADO A CONVENIENCIA DA ADMINISTRAÇÃO (SUMULA N. 39 DO STF), INEXISTINDO DIREITO LIQUIDO E CERTO A SER PROTEGIDO PELO MANDAMUS. AFASTADA A ALEGADA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA R. DECISÃO RECORRIDA E O CARATER PERPETUO DA PENA IMPUTADA, UMA VEZ PERSISTENTES OS MOTIVOS DETERMINANTES DO AFASTAMENTO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.*

*(STJ, 1ª Turma, RMS n. 318, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 19/11/1990, RSTJ 15/178)*

Para o STJ, **seria juízo de conveniência do órgão censor, manter ou não o magistrado em disponibilidade**, e essa situação **poderia perdurar que, ainda assim, não restaria configurado o caráter perpétuo da pena**. Veja-se:

*“Cabe, exclusivamente, ao Egrégio Tribunal de Justiça decidir da conveniência ou não da recorrente ser reaproveitada por que conhece bem a atuação da impetrante, como juíza e sabe quais seriam as consequências de seu retorno à atividade.*

*Se não existe lei nenhuma garantindo ao Magistrado em disponibilidade o seu aproveitamento, que é sempre subordinado à conveniência da administração (Súmula n. 39 do STF), não existe nenhum direito e muito menos líquido e certo a ser protegido. O artigo 57, § 1º, da Lei Orgânica da Magistratura não assegura tal direito porque garante apenas o direito de pleiteá-lo, decorridos dois anos de disponibilidade. Feito o requerimento, caberá ao Tribunal respectivo decidir sobre a conveniência ou não do aproveitamento.*

*A pena não é perpétua porque a disponibilidade continuará enquanto persistirem os motivos determinantes de seu afastamento e não houverem conveniência para o retorno”.*

Com a ressalva do devido respeito, a afirmação do STJ, no sentido de que cabe exclusivamente ao órgão censor administrativo, em juízo de conveniência, deferir ou indeferir o pedido de reaproveitamento do magistrado apenado com a sanção da disponibilidade, bem ainda que não haveria lei alguma conferindo ao magistrado o direito de ser aproveitado, depois de imposta a sanção da disponibilidade, revela-se manifestamente inconstitucional.

Afinal, implica dizer que a pena de disponibilidade não teria uma quantidade máxima, podendo perdurar no tempo de forma indefinida, a juízo do órgão censor, fato esse que a transforma inegavelmente em pena de caráter perpétuo.

Trata-se de um entendimento, d.v., manifestamente inconstitucional, violador de todos os princípios apontados na presente ação, também porque, conforme demonstrará a AMB, a pena de disponibilidade pressupõe o reconhecimento de uma conduta não incompatível com o exercício da magistratura, porque, se o fosse, deveria resultar na aplicação da pena de aposentadoria.

**VII – O entendimento do CNJ, que observa a literalidade da lei, também não pode ser aceito, porque admite a manutenção da disponibilidade por prazo superior a 2 anos de forma indefinida**

O exame da jurisprudência do CNJ revela que aquele órgão administrativo fixou entendimento no sentido de que somente na hipótese de não haver condutas ou circunstâncias desabonadoras é que pode o magistrado ser reaproveitado, o que implica estar o CNJ reconhecendo a possibilidade de ser mantida a indisponibilidade por tempo superior a 2 anos.

É certo que o CNJ tem imposto aos Tribunais o reaproveitamento dos magistrados, quando não há outras condutas ou circunstâncias desabonadoras, mas, o que se tem visto, é a imposição por parte das diversas Cortes de Justiça, das mais diversas formas de impedimento ao exercício desse direito dos magistrados.

No ano de 2013, por exemplo, o CNJ manteve magistrado em disponibilidade, mesmo depois de vencidos os 2 anos, afirmando inexistir ilegalidade na decisão do Tribunal:

RECURSO ADMINISTRATIVO. RETRATAÇÃO. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS CONHECIDO COMO PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **JUIZ FEDERAL COLOCADO EM DISPONIBILIDADE PELO ÓRGÃO ESPECIAL EM RAZÃO DE PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. INSURGÊNCIA QUANTO À AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA SANÇÃO IMPOSTA. PEDIDO DE REAPROVEITAMENTO NEGADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.** PEDIDO IMPROCEDENTE.

1. Recurso Administrativo interposto com vistas a reformar decisão monocrática que não conheceu do pedido e determinou o arquivamento liminar do procedimento, em virtude da ausência de interesse geral da matéria discutida.

2. Entendimento do Plenário do CNJ de que o interesse geral é presumido quando a matéria subjacente for de natureza disciplinar.

3. Retratação da decisão monocrática proferida quanto ao juízo de admissibilidade.

4. Ilegalidade não demonstrada.

5. Pedido julgado improcedente.

(CNJ - RA – Recurso Administrativo em PP - Pedido de Providências - Conselheiro - 0007002-31.2012.2.00.0000 - Rel. BRUNO DANTAS - 170ª Sessão Ordináriaª Sessão - j. 28/05/2013 ).

Posteriormente, no ano de 2015, o CNJ alterou aquele entendimento, para dizer que não poderia o Tribunal, depois do trânsito em julgado da decisão que impôs a pena de disponibilidade, aumentá-la, valendo-se da indefinição temporal em abstrato da pena (essa decisão resta isolada na jurisprudência do CNJ):

**DISPONIBILIDADE COMPULSÓRIA. REVISÃO DA PENA PELO CNJ. PRAZO PARA APROVEITAMENTO. 2 ANOS. DECURSO. PEDIDO DE RETORNO ÀS ATIVIDADES. PARECER FAVORÁVEL DO TRIBUNAL.**

1. A pena aplicada resultou da prática de conduta isolada na carreira do magistrado (apesar de gravemente lesiva à jurisdição).

2. Manifestação favorável do Tribunal ao aproveitamento.

3. Manifestação desfavorável do Ministério Público.

4. Conquanto sejam gravíssimos os fatos que levaram à punição do magistrado (privilegiou pessoa de seu trato pessoal - o advogado do favorecido pela decisão, que é ex-marido da filha do magistrado), já foram analisados e receberam a pena que foi considerada adequada, a qual teve seu trânsito em julgado no CNJ. **Não se pode, após o trânsito em julgado, aumentar a pena aplicada, utilizando-se da indefinição temporal da pena em abstrato.**

**5. Ausência de fatos novos e posteriores ao julgamento do magistrado que justifiquem a manutenção da pena.**

**6. Pedido julgado procedente.**

(CNJ - PP - Pedido de Providências - Conselheiro - 0002723-65.2013.2.00.0000 - Rel. PAULO TEIXEIRA - 206ª Sessão Ordináriaª Sessão - j. 07/04/2015 ).

No ano de 2018, o CNJ, apreciando o caso de magistrado que estava em disponibilidade por mais de 22 anos, considerou-a ilegal, com a marca da perpetuidade, razão pela qual proclamou sua ilegalidade:

RECURSO ADMINISTRATIVO. DECISÃO SINGULAR PROFERIDA EM PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. **MAGISTRADO. DISPONIBILIDADE. CARÁTER PERPÉTUO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO CNJ.** ENUNCIADO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS A ENSEJAR A REFORMULAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. **Pena de disponibilidade por mais de vinte e dois anos.**

2. A vedação à aplicação de pena perpétua não se restringe ao âmbito penal, aplicando-se também na esfera das penalidades administrativas.

3. Na hierarquia das penas previstas na Loman, a disponibilidade se situa antes da aposentadoria compulsória.

4. Enunciado Administrativo CNJ. **Após 2 (dois) anos da aplicação da pena de disponibilidade, ocorrendo pedido de aproveitamento, o Tribunal deverá apontar motivo plausível, de ordem moral ou profissional, diverso dos fatos que ensejaram a pena, capaz de justificar a permanência do magistrado em disponibilidade,** mediante procedimento administrativo próprio, oportunizando-se o contraditório.

5. Ausência de motivo plausível, de ordem moral ou profissional, diverso dos fatos que ensejaram a pena.

6. A inexistência de argumentos novos e suficientes a alterar a decisão monocrática impede o provimento do recurso administrativo.

5. Recurso administrativo conhecido e improvido.

(CNJ - RA em PCA n. 0000408-30.2014.2.00.0000 - Rel. EMMANOEL CAMPELO - 31ª Sessão Virtualª Sessão - j. 15/02/2018 ).

Igualmente no ano de 2018, voltou o CNJ a apreciar caso de magistrado que estava em disponibilidade há mais de 2 anos, sem que houvesse outras condutas ou circunstâncias desabonadoras contra ele, razão pela qual determinou que o Tribunal promovesse o seu reaproveitamento:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. **DISPONIBILIDADE COMPULSÓRIA. PEDIDO DE APROVEITAMENTO. TRANSCURSO DO PRAZO DE 2 ANOS.** INEXISTÊNCIA DE CONDUTAS OU CIRCUNSTÂNCIAS DESABONADORAS DE ORDEM MORAL OU PROFISSIONAL DIVERSAS DAQUELAS QUE MOTIVARAM A APLICAÇÃO DA PENA. RETORNO ÀS ATIVIDADES. MATÉRIA PACIFICADA.

1. Transcorrido o prazo de 2 (dois) anos do afastamento do magistrado e, não havendo condutas ou circunstâncias desabonadoras de ordem moral ou profissional diversas daquelas que motivaram a aplicação da pena ou qualquer óbice a justificar a permanência do Magistrado em disponibilidade, **impõe-se, como consectário, o seu retorno à função judicante.**

2. Pedido de Providências julgado procedente. (CNJ – PP n. 0002818-90.2016.2.00.0000 - Rel. ANDRÉ LUIZ GUIMARÃES GODINHO - 270ª Sessão Ordináriaª Sessão - j. 24/04/2018 ).

Em realidade, **desde o ano de 2014 o CNJ fixou o entendimento**, nos autos do Procedimento de Competência de Comissão nº 0001858-37.2016.2.00.0000, acerca da pena de disponibilidade aplicada aos magistrados, **tendo aprovado Enunciado Administrativo que**, conquanto vede a possibilidade de ser mantida a sanção pelo mesmo fato que deu causa à pena, **admite a possibilidade de manter-se o magistrado em disponibilidade se o Tribunal “apontar motivo plausível, de ordem moral ou profissional”**:

#### 4) PENA DE DISPONIBILIDADE

Após 2 (dois) anos da aplicação da pena de disponibilidade, ocorrendo pedido de aproveitamento, **o Tribunal deverá apontar motivo plausível**, de ordem moral ou profissional, **diverso dos fatos que ensejaram a pena, capaz de justificar a permanência do magistrado em disponibilidade, mediante procedimento administrativo próprio**, oportunizando-se o contraditório.

(CNJ – RD - Revisão Disciplinar nº 0007032-66.2012.2.00.0000 – Rel. Flavio Sirangelo – 191ª Sessão - j. 16/06/2014).

Tal entendimento, por óbvio, contempla uma interpretação literal da LOMAN que, no entender da AMB configura clara ofensa aos princípios constitucionais da individualização da pena, da vedação às penas de caráter perpétuo e do devido processo legal, já que admite a fixação de uma pena sem indicação da quantidade mínima ou máxima de tempo da sanção (da disponibilidade), permite que a pena se torne indefinida no tempo, com claro caráter de perpetuidade, e assim o faz mediante um procedimento que implica manifesta ampliação da pena em razão de outros fatos, diversos dos que levaram à sua aplicação.

Acresce que o entendimento do CNJ, que visaria a pelo menos impor aos Tribunais o dever de fundamentar, validamente, eventual indeferimento de pedido de reaproveitamento do magistrado, tem se revelado inócuo.

Como dito anteriormente, os Tribunais têm imposto uma série de obstáculos, como se pode ver dos seguintes precedentes, nos quais o CNJ foi chamado a intervir:

RATIFICAÇÃO DE LIMINAR. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA PORTARIA N. 9.341/TJSP. LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA. REAPROVEITAMENTO DE MAGISTRADO POSTO EM **DISPONIBILIDADE E AFASTADO DA ATIVIDADE JUDICANTE HÁ 25 ANOS**. NECESSIDADE DE AFERIÇÃO PRÉVIA DA CAPACIDADE TÉCNICA E JURÍDICA, BEM COMO DAS CONDIÇÕES DE SAÚDE DO MAGISTRADO, SOB PENA DE GRAVE COMPROMETIMENTO DO INTERESSE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE FUMUS BONI IURIS E DE PERICULUM IN MORA INDISPENSÁVEIS À CONCESSÃO DA TUTELA CAUTELAR. MEDIDA LIMINAR NÃO RATIFICADA.(CNJ - ML – Medida Liminar em PCA - Procedimento de Controle Administrativo - 0005442-15.2016.2.00.0000 - Rel. BRUNO RONCHETTI - 244ª Sessão Ordináriaª Sessão - j. 07/02/2017 ).

RECURSO ADMINISTRATIVO. DECISÃO SINGULAR PROFERIDA EM PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. **MAGISTRADO. DISPONIBILIDADE. CARÁTER PERPÉTUO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO CNJ**. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS A ENSEJAR A REFORMULAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. **Pena de disponibilidade por mais de vinte e dois anos.**

2. A vedação à aplicação de pena perpétua não se restringe ao âmbito penal, aplicando-se também na esfera das penalidades administrativas.

3. Na hierarquia das penas previstas na Loman, a disponibilidade se situa antes da aposentadoria compulsória.
  4. Enunciado Administrativo CNJ. **Após 2 (dois) anos da aplicação da pena de disponibilidade, ocorrendo pedido de aproveitamento, o Tribunal deverá apontar motivo plausível, de ordem moral ou profissional, diverso dos fatos que ensejaram a pena, capaz de justificar a permanência do magistrado em disponibilidade**, mediante procedimento administrativo próprio, oportunizando-se o contraditório.
  5. Ausência de motivo plausível, de ordem moral ou profissional, diverso dos fatos que ensejaram a pena.
  6. A inexistência de argumentos novos e suficientes a alterar a decisão monocrática impede o provimento do recurso administrativo.
- 5.Recurso administrativo conhecido e improvido.  
(CNJ - RA – Recurso Administrativo em PCA - Procedimento de Controle Administrativo - 0000408-30.2014.2.00.0000 - Rel. EMMANOEL CAMPELO - 31ª Sessão Virtualª Sessão - j. 15/02/2018 ).

RECURSO ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **MAGISTRADO EM DISPONIBILIDADE. PEDIDO DE REAPROVEITAMENTO. RETORNO GRADUAL E ADAPTATIVO.** CAPACITAÇÃO PELA ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA. RESTABELECIMENTO DE SUBSÍDIO APÓS DELIBERAÇÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL QUANTO AO RETORNO AO EXERCÍCIO DA JUDICATURA. RECURSO CONHECIDO QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O Plenário do CNJ sedimentou entendimento sobre o procedimento para análise dos pedidos de reaproveitamento de magistrados em disponibilidade no PCA n. 000619-61.2017.2.00.0000 (utilizado como fundamento da decisão monocrática) e no PCA n. 0005442-15.2016.2.00.0000 (caso específico de magistrado do TJSP).
2. Apesar de não existir diferença entre os procedimentos traçados nos dois julgados, por ser o PCA n. 0005442-15.2016.2.00.0000 caso que trata especificamente da situação do Tribunal bandeirante, deverá o TJSP obedecer integralmente suas determinações quanto ao magistrado recorrido, a fim de evitar qualquer disparidade de tratamento entre magistrados paulistas.
3. Recurso conhecido e, no mérito, desprovido.
- 4 Determinação ao Tribunal de Justiça de São Paulo que siga os procedimentos já traçados por este Conselho no julgamento do PCA n. 005442-15.2016.2.0000.(CNJ - RA – Recurso Administrativo em PCA - Procedimento de Controle Administrativo - 0007982-02.2017.2.00.0000 - Rel. VALDETÁRIO ANDRADE MONTEIRO - 50ª Sessão Extraordináriaª Sessão - j. 23/10/2007 ).

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. REAPROVEITAMENTO DE MAGISTRADO COLOCADO EM DISPONIBILIDADE. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. PORTARIA N. 9.341/2016. LEGALIDADE DAS ETAPAS 1 E 2. **ILEGALIDADE DA ETAPA 3 E DO PRAZO PARA NOVO PEDIDO DE REAPROVEITAMENTO. PROPOSTA DE CAPACITAÇÃO PELA ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA.** RETORNO GRADUAL E ADAPTATIVO. RESTABELECIMENTO DE SUBSÍDIO APÓS DELIBERAÇÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL QUANTO AO RETORNO AO EXERCÍCIO DA JUDICATURA.

1. São legais e enquadram-se no artigo 78, inciso II, da LOMAN as etapas I e II, constantes do artigo 2º da Portaria n. 9.341/2016, que correspondem, respectivamente, à “Sindicância da Vida Progressiva e Investigação Social” e à “Reavaliação da Capacidade Física, Mental e Psicológica” no procedimento estabelecido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para reaproveitamento de magistrado em disponibilidade.
2. A terceira etapa, destinada à “Reavaliação da Capacidade Técnica e Jurídica”, prevista no inciso III do artigo 2º da Portaria n. 9.341/2016, é ilegal, pois o mecanismo nela estabelecido para aferição das condições técnica e jurídica do magistrado – de caráter seletivo – pode obstar o direito ao reaproveitamento, hipótese não admitida no ordenamento vigente e em precedentes.
3. A admissão de etapa seletiva, na forma proposta, conjugada com a aplicação do artigo 15 da Portaria n. 9.341/2016, corresponde a agravamento da sanção aplicada no procedimento administrativo disciplinar.

4. Os artigos 9º a 11 e 15 da Portaria n. 9.314/2016, combinados, implicam descumprimento da lei, pois criam limitações distintas daquela prevista na LOMAN (artigo 57, § 1º) e exorbitam as orientações expedidas pelo STF, no MS n. 32.771/DF, e pelo CNJ, em Enunciado Administrativo.
5. A etapa de “Reavaliação da Capacidade Técnica”, desprovida de natureza seletiva, deverá corresponder à frequência em curso oficial oferecido por Escola de Magistratura, in casu, pela Escola Paulista da Magistratura (criada pela Resolução n. 24/88), a qual avaliará a aptidão do magistrado para o retorno imediato ou gradual e adaptativo ao exercício da judicatura.
6. Após manifestação do Ministério Público e do Conselho Superior da Magistratura, respectivamente, acerca do parecer da Comissão de Reavaliação (artigo 57, § 2º, da LOMAN c/c os artigos 12, parágrafo único, e 13, da Portaria n. 9.341/2016), caberá ao Órgão Especial deliberar sobre o procedimento de reaproveitamento.
7. A integralidade do subsídio será restabelecida somente após a decisão do Órgão Especial.
8. Procedimento administrativo conhecido e, no mérito, parcialmente provido.  
(CNJ - PCA - Procedimento de Controle Administrativo - 0005442-15.2016.2.00.0000 - Rel. DALDICE SANTANA - 263ª Sessão Ordináriaª Sessão - j. 28/11/2017 ).

Então, o que se pode depreender é que, efetivamente, a sanção de disponibilidade, tal como prevista pelo legislador, não está observando os princípios da individualização da pena, da vedação ao caráter perpétuo e do devido processo legal, pois está permitindo a colocação de magistrado, em disponibilidade, não apenas por tempo incerto, como igualmente por tempo indeterminado.

**VIII – A disponibilidade remunerada pressupõe a constatação de uma conduta censurável do magistrado, mas que pode ser tida como compatível com o exercício superveniente da magistratura, já que prevê o retorno à atividade judicante. Logo, a sanção há de ter tempo máximo quantificado**

Como visto ao longo dessa petição, a Loman trata da disponibilidade como hipótese de sanção com a marca da conduta “não incompatível” com o exercício da magistratura, porque já no *caput* do art. 57 está dito que ela será imposta quando as faltas praticadas não justifiquem a decretação da aposentadoria:

*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.*

Não é só. A análise do § 1º revela que transcorrido o prazo de 2 anos o magistrado tem o direito de pleitear o seu reaproveitamento, assim como a análise do § 2º revela que, uma vez deferido o pedido, caberá ao Tribunal promover o seu aproveitamento:



§ 1º - O magistrado, posto em disponibilidade por determinação do Conselho, somente poderá pleitear o seu aproveitamento, decorridos dois anos do afastamento.

§ 2º - O pedido, devidamente instruído e justificado, acompanhado de parecer do Tribunal competente, ou de seu órgão especial, será apreciado pelo Conselho Nacional da Magistratura após parecer do Procurador-Geral da República. Deferido o pedido, o aproveitamento far-se-á a critério do Tribunal ou seu órgão especial.

É preciso notar, a partir do conteúdo do *caput* do art. 57 da Loman, que o pressuposto para aplicação da pena de disponibilidade é que a conduta reprovável não seja incompatível com o exercício da magistratura, pois, do contrário a pena aplicável seria a de aposentadoria.

Isso, porque, essa pena somente é possível de ser aplicada no “*caso em que a gravidade das faltas a que se reporta o artigo anterior não justifique a decretação da aposentadoria*”.

A aposentadoria pressupõe, efetivamente, a verificação da presença das condutas vedadas à magistratura, previstas no § único do art. 95, da CF:

*Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:*

*Parágrafo único. Aos 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 participação em processo;*

*III - dedicar-se à atividade político-partidária.*

*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.*

Essas são as condutas vedadas, previstas no próprio texto constitucional, cuja prática ensejam a sanção máxima, para o afastamento do cargo, dada a incompatibilidade com o exercício da judicatura.

Também a Loman, em seu art. 26, II, estabeleceu as condutas cuja adequação típica ensejam o afastamento do cargo, em razão da incompatibilidade com o exercício da judicatura:

*Art. 26 - O magistrado vitalício somente perderá o cargo (vetado):*

*I - em ação penal por crime comum ou de responsabilidade;*

*II - em procedimento administrativo para a perda do cargo nas hipóteses seguintes:*

*a) exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular;*

**b) recebimento, a qualquer título e sob qualquer pretexto, de percentagens ou custas nos processos sujeitos a seu despacho e julgamento;**

**c) exercício de atividade político-partidária.**

§ 1º - O exercício de cargo de magistério superior, público ou particular, somente será permitido se houver correlação de matérias e compatibilidade de horários, vedado, em qualquer hipótese, o desempenho de função de direção administrativa ou técnica de estabelecimento de ensino.

§ 2º - Não se considera exercício do cargo o desempenho de função docente em curso oficial de preparação para judicatura ou aperfeiçoamento de magistrados.

Pois bem. Se a premissa para aplicar a sanção de disponibilidade é a impossibilidade de aplicação da pena de aposentadoria, isso implica dizer que a conduta apenada com a disponibilidade, a despeito da sua reprovabilidade e de configurar infração disciplinar, é uma conduta COMPATÍVEL com a permanência do apenado no cargo de magistrado, não apenas porque ele subsiste com o cargo de magistrado (afastado das funções), como igualmente porque a disponibilidade pressupõe o seu retorno à atividade judicante.

Tanto assim que ele permanece vinculado ao Tribunal e submetido aos diplomas legais que disciplinam as condutas impostas aos demais magistrados (em atividade).

**IX – A disponibilidade remunerada, quando imposta nos primeiros anos da judicatura, se ultrapassar 2 anos, torna-se mais gravosa do que a aposentadoria e constitui um constrangimento inconstitucional. Ofensa ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.**

É importante registrar que o CNJ, mesmo adotando a interpretação literal da LOMAN, já tenha considerado o fato de que, por vezes, a pena de disponibilidade, tal como vem sendo aplicada, tem se tornado mais gravosa do que a aposentadoria.

Veja-se a ementa da decisão proferida na RevDis nº 0007032-66.2012.2.00.0000, na qual o CNJ afirmou que “o prolongamento excessivo do período de disponibilidade ou a falta de iniciativa do tribunal em reaproveitar o magistrado punido **redundaria em sanção mais grave do que a própria aposentadoria compulsória**”:

*EMENTA: JUIZ SUBSTITUTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA. PROCEDIMENTO DE REVISÃO DISCIPLINAR. ADMISSIBILIDADE. LIMITAÇÃO ÀS HIPÓTESES PREVISTAS NOS ARTIGOS 82 E 83 DO REGIMENTO INTERNO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE ÀS EVIDÊNCIAS DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. CONSIDERAÇÃO DE*

QUE AUSENTE DESPROPORÇÃO NA FIXAÇÃO DAS PENAS DE CENSURA E DE DISPONIBILIDADE APLICADAS NOS DOIS PROCESSOS DISCIPLINARES SUCESSIVAMENTE INSTAURADOS PELO TRIBUNAL ESTADUAL REQUERIDO CONTRA O MAGISTRADO REQUERENTE. (...). 7. **Duração da disponibilidade imposta ao requerente. Constatação de que a pena de disponibilidade remunerada do requerente já perdura por mais de dois anos.** Embora a deliberação sobre a data final do período da disponibilidade esteja submetida ao próprio tribunal a que pertence o magistrado punido, não se cogita de que essa atividade esteja situada no campo de discricionariedade absoluta do órgão sancionador. Limitação temporal do período de afastamento compulsório que deve ser considerada para coibir o risco de eternização da penalidade. Imposição de limite ao período de disponibilidade que se julga viável mediante o temperamento ditado pela razoabilidade e pela observância de correlação entre a conduta punível e a sanção aplicada. **Adoção do entendimento de que o prolongamento excessivo do período de disponibilidade ou a falta de iniciativa do tribunal em reaproveitar o magistrado punido redundaria em sanção mais grave do que a própria aposentadoria compulsória.** Constatação de que ausente justificação, inclusive pela consideração do princípio da proporcionalidade e do postulado da razoabilidade, para que se mantenha por mais tempo o afastamento compulsório do magistrado requerente, sobretudo por considerar-se que ele, colocado em disponibilidade por mais de dois anos e suportando as graves consequências daí decorrentes, já recebeu o sancionamento cabível da conduta que infelizmente adotou na época dos fatos apurados no PAD. 8. Pedido de Revisão Disciplinar julgado parcialmente procedente para, mantida a decisão sancionadora, determinar ao tribunal estadual requerido que inicie o procedimento administrativo necessário ao reaproveitamento do magistrado nas funções judicantes, na forma que couber. (CNJ – RD - Revisão Disciplinar nº 0007032-66.2012.2.00.0000 – Rel. Flavio Sirangelo – 191ª Sessão - j. 16/06/2014)

Já no julgamento do Pedido de Providências nº 0002723-65.2013.2.00.0000, de relatoria do então Conselheiro Paulo Teixeira, julgado em 07/04/2015, o CNJ assentou a impossibilidade de a pena de disponibilidade assumir feições de pena indefinida, bem como a impossibilidade de manutenção do afastamento sem a existência de fatos novos, diferentes daqueles que ensejaram a punição, capazes de justificá-lo:

**EMENTA: DISPONIBILIDADE COMPULSÓRIA. REVISÃO DA PENA PELO CNJ. PRAZO PARA APROVEITAMENTO. 2 ANOS. DECURSO. PEDIDO DE RETORNO ÀS ATIVIDADES. PARECER FAVORÁVEL DO TRIBUNAL.** 1. A pena aplicada resultou da prática de conduta isolada na carreira do magistrado (apesar de gravemente lesiva à jurisdição). 2. Manifestação favorável do Tribunal ao aproveitamento. 3. Manifestação desfavorável do Ministério Público. 4. **Conquanto sejam gravíssimos os fatos que levaram à punição do magistrado (privilegiou pessoa de seu trato pessoal - o advogado do favorecido pela decisão, que é ex-marido da filha do magistrado), já foram analisados e receberam a pena que foi considerada adequada, a qual teve seu trânsito em julgado no CNJ. Não se pode, após o trânsito em julgado, aumentar a pena aplicada, utilizando-se da indefinição temporal da pena em abstrato.** 5. **Ausência de fatos novos e posteriores ao julgamento do magistrado que justifiquem a manutenção da pena.** 6. **Pedido julgado procedente.** CNJ , Pedido de Providências nº 0002723-65.2013.2.00.0000 – Rel. Paulo Teixeira – 206ª Sessão – j. 07/04/2015)

Merece destaque, ainda, o voto convergente da então Conselheira Débora Cioci, no sentido de que **a pena de disponibilidade, antes da EC 45/2004, era utilizada pelos tribunais** -- ainda que de forma ilegal e inconstitucional -- como pena mais grave do que a aposentadoria, **justamente para afastar o magistrado da atividade, com**

**rendimentos proporcionais, porém, impedindo-o de exercer outras atividades, como a advocacia – o que seria possível em caso de aposentadoria:**

*Além do requisito temporal, o § 2º da Loman estabelece que o pedido de aproveitamento deverá ser instruído e acompanhado de parecer do Tribunal e do Ministério Público. A norma não especifica quais pontos devem ser observados nos estudos, fato este que pode gerar uma infinidade de situações. Nesse contexto, tenho que ao realizar o exame da conveniência e oportunidade, a perseguição do Estado não poderá desprezar o direito fundamental da pessoa humana de que não será condenada a uma penalidade/sanção de caráter permanente (perpétuo), pois a finalidade da punição, entre outras, é a de possibilitar a regeneração e a readaptação do condenado à vida civil, familiar e profissional. Caso assim não fosse, deveria o julgador deliberar pela aplicação da pena mais grave (aposentadoria compulsória), observada a respectiva gradação legal, o que não ocorreu no presente caso. Destaco que, durante muito tempo, e antes da Emenda Constitucional 45/2004, os Tribunais Brasileiros tinham o costume de aplicar a pena de disponibilidade como penalidade mais grave àqueles magistrados que incidissem em infração disciplinar. Aplicava-se a lógica de que, ao penalizar o magistrado com a disponibilidade, o Tribunal o mantinha fora da atuação jurídica, uma vez que a disponibilidade o impedia de advogar, realizar novos concursos públicos, etc. E como já dito, a falta de critérios objetivos disciplinando o retorno do magistrado às funções jurisdicionais, após o cumprimento do prazo de dois anos, possibilitava uma prorrogação temporal da pena de disponibilidade pelas Cortes.*

Ora, a pena de disponibilidade, quando imposta a juiz que tenha, por exemplo, 10 anos de carreira, obrigará o magistrado a se manter e manter seus dependentes com uma remuneração inferior a 1/3 da sua remuneração na atividade, porque será proporcional.

Em realidade, terá a sua subsistência e de sua família agravada igualmente pelo fato de deixar de receber as verbas indenizatórias recebidas pelos magistrados que estão no exercício das funções. A redução da remuneração, com o comprometimento da subsistência do magistrado apenado e de sua família pode fazer com que passe a receber ¼ ou menos do que receberia em atividade.

Constitui, portanto, uma modalidade de “constrangimento” legal, porém, inconstitucional, porque na prática força o magistrado a pedir sua exoneração do cargo.

## **X – Medida cautelar necessária**

A AMB ousa formular pedido de medida cautelar, para o fim de impor a todos os Tribunais, assim como ao CNJ, a única interpretação constitucional possível do art. 57,

§§ 1º e 2º, da LOMAN, no sentido de que a pena de disponibilidade precisa ser fixada em quantidade certa (observando o prazo máximo de 2 anos) após o que o magistrado estará automaticamente reintegrado à atividade, passando a receber subsídios integrais e verbas indenizatórias devidas aos demais magistrados, sem possibilidade de se lhes opor qualquer obstáculo, que não seja uma nova sanção decorrente de novo PAD, por fatos ocorridos durante a vigência da pena de disponibilidade, se houver.

Com efeito, a despeito de estarem as normas impugnadas vigendo a tanto tempo, pode a AMB invocar o critério da conveniência, que essa eg. Corte sufragou na sua jurisprudência quando do exame de medida cautelar em ação de controle concentrado de constitucionalidade, porque existem vários magistrados colocados em disponibilidade, alguns há décadas, em flagrante ofensa aos princípios constitucionais da individualização da pena, da vedação de imposição de pena com caráter perpétuo, assim como da proporcionalidade e da razoabilidade. Veja-se:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 118 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. - NÃO HÁ DUVIDA DE QUE HÁ RELEVÂNCIA JURÍDICA NAS QUESTÕES DE SABER SE, EM FACE DA ATUAL CONSTITUIÇÃO, PERSISTE A NECESSIDADE DA OBSERVANCIA PELOS ESTADOS DAS NORMAS FEDERAIS SOBRE O PROCESSO LEGISLATIVO NELA ESTABELECIDO, BEM COMO SE OS PRECEITOS DO PAR. 9. DO ARTIGO 42 E DO PAR. 7. DO ARTIGO 144, AMBOS DA CARTA MAGNA FEDERAL, OS QUAIS ALUDEM A LEI ORDINARIA, ABARCAM O ESTATUTO DOS SERVIDORES PUBLICOS MILITARES. - **DADA A RELEVÂNCIA JURÍDICA DESSAS QUESTÕES**, QUE ENVOLVEM O ALCANCE DO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE QUE E ATRIBUIDO AOS ESTADOS, E POSSIVEL - COMO SE ENTENDEU NO EXAME DA MEDIDA LIMINAR REQUERIDA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 568 - **UTILIZAR-SE DO CRITÉRIO DA CONVENIENCIA, EM LUGAR DO "PERICULUM IN MORA". PARA A CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR, AINDA QUANDO O DISPOSITIVO IMPUGNADO JÁ ESTEJA EM VIGOR HÁ ALGUNS ANOS.** PEDIDO DE LIMINAR DEFERIDO, PARA SUSPENDER "EX NUNC", E ATÉ A DECISÃO FINAL, A EFICACIA DO INCISO IX DO PARAGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 118 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

(ADI 1087 MC, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/1995, DJ 07-04-1995 PP-08870 EMENT VOL-01782-01 PP-00001)

Nesse precedente essa Corte assinalou que era possível utilizar **“em lugar” do “periculum in mora”**, o **“critério da conveniência”** para suspender dispositivo legal vigente **“há alguns anos”**:

Realmente, diante dos pronunciamentos presentes nos inúmeros precedentes apresentados nesta petição, evidenciando a existência de magistrados colocados em disponibilidade em tempo muito superior a 2 anos, **revela-se manifesta a**

**conveniência para conferir a interpretação, conforme a Constituição Federal**, do art. 57, §§ 1º e 2º, da LOMAN.

Acresce que, no caso sob exame, o pedido de liminar não estaria amparado apenas no “critério da conveniência”, porque mesmo o *periculum in mora*, pode-se dizer que está presente em razão de **inúmeros casos nos quais os magistrados estão tendo os seus direitos fundamentais violados** em razão da aplicação dessas normas manifestamente inconstitucionais.

Requer, assim, a AMB, nos termos do § 1º do art. 5º da Lei n. 9.882/99 (“*em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno*”) seja **deferido o pedido de liminar para conferir a interpretação, conforme a Constituição Federal**, do art. 57, §§ 1º e 2º, da LOMAN, *ad referendum* do Plenário.

#### **XI – Pedido final**

Deferido o pedido de liminar e referendada pelo Plenário, deverão ser ouvidos o Congresso Nacional (que editou a Lei Complementar n. 35/1979), assim como o Conselho Nacional de Justiça, o Advogado Geral da União e o Procurador Geral da República, nos termos do § 2º do art. 5º da Lei n. 9.882/99.

Ao final, restando demonstrada a relevância da controvérsia constitucional a respeito de dispositivos de lei federal (art. 57, §§ 1º e 2º, da LOMAN) anteriores à CF de 1988, que se tornaram incompatíveis com os princípios constitucionais (a) da individualização da pena, (b) da vedação de imposição de pena com caráter perpétuo, (c) assim como da proporcionalidade e da razoabilidade, requer a AMB que esse eg. STF declare a inconstitucionalidade dos mesmos, com efeito *ex tunc*, de forma a conferir a interpretação conforme à Constituição, no sentido de:

- Reconhecer a validade do caput, do art. 57, no ponto em que prevê a pena de disponibilidade como sanção de menor gravidade do que a aposentadoria.
- Fixar o entendimento de que a norma do § 1º, do art. 57, ao prever a possibilidade de o magistrado pleitear o seu reaproveitamento após decorrido o

prazo de 2 anos, estaria estabelecendo o prazo de 2 anos como quantidade máxima da pena de disponibilidade.

- Fixar a possibilidade de os órgãos censores fixarem a pena de disponibilidade em qualquer quantidade de dias, meses ou anos, desde que limitada a 2 anos.

Proclamar a inconstitucionalidade da norma do § 2º do art. 57 porque fatos supervenientes à pena de disponibilidade demandam novo processo administrativo disciplinar.

Assim fazendo, estará essa Corte praticando mais um ato de justiça.

Brasília, 20 de abril de 2020.



**Alberto Pavie Ribeiro**  
(OAB-DF, nº 7.077)

**Documentos que instruem a ação:**

01-Inicial

02-Procuração

03-Atos Constitutivos

04-Estatuto Social

05-LOMAN

06- CNJ, Revisão Disciplinar nº 0007032-66.2012.2.00.0000, Rel. Flavio Sirangelo, j. 16/06/2014;

07- CNJ, Recurso Administrativo em PCA, n. 0000408-30.2014.2.00.0000, Rel. Emmanoel Campelo, j. 15/02/2018

08- STF, 2ª Ta., MS 32271, Min. Cármen Lúcia, DJe-250 19-12-2014

09-STJ, 1ª Tª, RMS n. 318, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 19/11/1990, RSTJ 15/178

10- CNJ, Recurso Administrativo em PP n. 0007002-31.2012.2.00.0000, Rel. Bruno Dantas, j. 28/05/2013

11- CNJ, Pedido de Providências nº 0002723-65.2013.2.00.0000, Rel. Paulo Teixeira, j. 07/04/2015

12- CNJ, Pedido de Providências n. 0002818-90.2016.2.00.0000, Rel. André Godilho, j. 24/04/2018

13- CNJ, Medida Liminar em PCA n. 0005442-15.2016.2.00.0000, Rel. Bruno Ronchetti, j. 07/02/2017

14- CNJ, Recurso Administrativo em PCA n. 0007982-02.2017.2.00.0000, Rel. Valdetário Andrade Monteiro, j. 23/10/2007

15- CNJ, Procedimento de Controle Administrativo n. 0005442-15.2016.2.00.0000, Rel. Daldice Santana, j. 28/11/2017

(AMB-STF-ADPF-CNJ-DISPONIBILIDADE-INICIAL)