



Conselho Nacional de Justiça

Autos: PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO - 0002896-55.2014.2.00.0000

Requerente: MARCELLO HOLLAND NETO

Requerido: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - TJSP

DECISÃO MONOCRÁTICA

Cuida o presente procedimento de controle requerido pelo magistrado **Marcello Holland Neto**, pretendendo que o CNJ determine ao TJSP seu aproveitamento imediato, tendo em vista o decurso de mais de 22 anos desde quando lhe foi aplicada a pena de disponibilidade e a constante recusa do Tribunal em reintegrá-lo à função judicante.

Narra que o Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo (TRE/SP), no início dos anos 90, instaurou procedimento a fim de investigar supostas condutas lesivas praticadas pelo Requerente enquanto Juiz eleitoral na 278.^a Zona.

O Requerente foi acusado de intervir nas apurações dos votos, tendo supostamente possibilitado a alteração de resultados no intuito de beneficiar dois candidatos à Câmara Municipal de Guarulhos/SP.

Feita a instrução, o Órgão Especial do TJSP, em 17/6/1992, entendeu que estariam comprovados:

- a) coparticipação na fraude eleitoral;
- b) recebimento indevido de um relógio valioso presenteado por um Partido e entregue por um candidato às eleições, beneficiado comprovadamente nas apurações;
- c) recebimento indevido do auxílio moradia, pago pela Prefeitura.

Por tais razões, os desembargadores aplicaram ao magistrado a pena de disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, fundamentando-se no interesse público, DOC_2 conforme previsto pelo inciso VIII do art. 93 da Constituição da República de 1988 (CR/88) e pelo inciso IV do art. 42 e inciso II do art. 45, ambos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n.º 35/79 - LOMAN).

Ressalta que em 21/2/1994, o Requerente formulou ao TJSP pedido de aproveitamento, o qual foi indeferido por não atendimento ao requisito objetivo legalmente previsto, haja vista que teria sido formulado prematuramente, isto é, antes de transcorridos os dois anos da pena de disponibilidade que lhe fora aplicada.

Ultrapassados referidos dois anos, o Requerente, em 20/5/2003, formulou novo pedido de reaproveitamento, o qual foi novamente indeferido, dessa vez sob o fundamento de que "o retorno do requerente ao exercício da atividade jurisdicional não atende ao interesse público", uma vez que "os fatos que deram lastro à imposição da pena revestem-se de intensa gravidade

(...), a desaconselhar o reaproveitamento colimado. Revelam, na realidade, um quadro incompatível com a judicatura”.

Tendo por base esses fundamentos, o Requerente protocolou no CNJ o Pedido de Controle Administrativo (PCA) n.º 0004713-28.2012.2.00.0000, de relatoria do ex-Conselheiro Ney José de Freitas.

Exalta que não houve, como inclusive reconheceu a Ministra Rosa Weber ao decidir o mandado de segurança impetrado em face da decisão anterior do CNJ, apreciação do mérito da questão trazida pelo Requerente, que não se refere à pena aplicada, mas ao tempo de duração da pena aplicada.

Dessa forma, requer a concessão da medida liminar a fim de que o Requerente seja imediatamente aproveitado pelo TJSP, retornando ao exercício das funções do seu cargo de magistrado exercido à época do afastamento - auxiliar da Capital, já que havia sido removido de uma Comarca de difícil provimento (Guarulhos, hoje classificada como entrância final), recolocando-o na lista de antiguidade (na qual estava classificado em entrância intermediária, equivalente à terceira entrância sem a verba de difícil provimento, que equiparava ao cargo de auxiliar da capital, recebendo inclusive diferença de entrância).

No mérito requer a concessão definitiva da medida, declarando-se nula a negativa de aproveitamento do Requerente sob o argumento de que a manutenção da disponibilidade perpétua configura-se ato ilegal e inconstitucional, ofendendo direitos constitucionais do

Magistrado, determinando ao TJSP que realize o seu imediato aproveitamento, em caráter definitivo, nas funções do seu cargo de magistrado exercido à época do afastamento, retroagindo e reconhecendo todos os direitos a partir de maio de 2003, quando seu reaproveitamento foi inconstitucional e ilegalmente negado.

Instado a se manifestar, o Tribunal requerido alega o esgotamento das vias recursais e constituição da coisa julgada administrativa, tendo em vista o antigo PCA já julgado.

É o Relatório. Passo a decidir.

Trata-se de requerimento formulado pelo Juiz de Direito **MARCELLO HOLLAND NETO** para que o Conselho Nacional de Justiça exerça o controle de legalidade do ato administrativo praticado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que resultou na manutenção da pena de disponibilidade aplicada ao magistrado há mais de 20 anos.

O primeiro tema, que me parece crucial neste procedimento, é o precedente de análise da matéria neste CNJ, sem enfrentamento do mérito por entender que a questão fora judicializada pelo requerente.

Anoto que o magistrado tem exaustivamente ressaltado que não está questionando a penalidade imposta há 22 anos, que já não comporta qualquer discussão. Ao invés, o que ele quer ver controlada é a perpetuidade da pena de disponibilidade que lhe foi aplicada sem data de fim.

Com razão o requerente. **Não houve, como inclusive reconheceu a Ministra Rosa Weber ao decidir o mandado de segurança impetrado em face da decisão anterior do CNJ, apreciação do mérito da questão trazida pelo Requerente, que, repito, não se refere à pena aplicada, mas ao tempo de duração da pena aplicada.**

Portanto, não há que se falar em coisa julgada administrativa.

Quanto à matéria posta em discussão, ressalto que o fundamento legal para a imposição da pena de disponibilidade com vencimentos proporcionais está no artigo 103, VIII, da Constituição da República com regulação nos artigos 28 e 42, IV, 45, II, 57, §1º, da LOMAN.

Parece evidente, nesse sentido, que o prazo bienal indica a duração mínima da pena de disponibilidade, momento a partir do qual o apenado pode requerer ao Tribunal o seu reaproveitamento.

Por seu turno, o §2º do artigo 57 da LOMAN destaca que o aproveitamento far-se-á a critério do Tribunal ou seu órgão especial. Ou seja, não se divisa a constituição de posição jurídica em favor do apenado a obrigar o Tribunal ao reinstitui-lo nas atividades jurisdicionais após dois anos da apenação.

Contudo, indaga-se: **Pode a pena de disponibilidade, que tem caráter temporário, converter-se em pena perpétua? Parece que não.**

Já houve neste Conselho julgamento da mesma matéria, cujas ementas transcrevo os itens que interessam no presente caso:

Revisão Disciplinar 0007032-66.2012.2.00.0000 de relatoria do Exmo. Conselheiro Flavio Sirangelo.

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.

No **PP 0002723-65.2013.2.00.0000**, sob a relatoria do conselheiro Paulo Teixeira, envolvendo um juiz do TJMA, **afastado há mais de três anos** de suas funções, o voto foi pelo deferimento do retorno do magistrado, sob o fundamento de que *"O que poderia justificar o afastamento do juiz durante prazo superior ao mínimo legal seria, por exemplo, sua conduta durante o afastamento. No caso em análise, não havendo indícios de atividades irregulares pelo magistrado entre a aplicação da pena de disponibilidade e este momento, não encontro fundamento para a manutenção do afastamento da atividade judicante."*

A decisão proferida no **PP 0007085-47.2012.2.00.0000**, Relator Conselheiro Sílvio Luís Ferreira da Rocha, 28/5/2013, aduz:

A disponibilidade, enquanto pena, significa inatividade remunerada com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço (art. 57, caput, da LOMAN). Enquanto sanção disciplinar a

disponibilidade acarreta sérias restrições ao punido. Coloca-o na inatividade com vencimentos proporcionais, mas o mantém vinculado à Instituição com o dever de observar todas as vedações aplicáveis à carreira, entre elas a de exercer outra atividade remunerada, além daquelas legalmente permitidas.

A disponibilidade só não é mais severa do que a aposentadoria compulsória porque permite o retorno do apenado a atividade pelo aproveitamento, decorrido o prazo mínimo de 2 (dois) anos do afastamento, segundo dispõe o art. 57, § 1º, da LOMAN: " O magistrado, posto em disponibilidade por determinação do Conselho, somente poderá pleitear o seu aproveitamento, decorridos dois anos do afastamento".

Mas, se esse retorno não for admitido, a disponibilidade torna-se de fato mais severa do que a aposentadoria por implicar, como dito, no dever de observar as vedações aplicadas à Magistratura. Por essa razão, sustenta-se que a disponibilidade não pode produzir efeitos sem data, nem deixar o aproveitamento do magistrado à discricionariedade absoluta do Tribunal por manifesta incompatibilidade com os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da vedação constitucional a perpetuidade ou vitaliciedade das sanções.

O decurso do intervalo mínimo de 2 (dois) anos do afastamento previsto no art. 57, § 1º, da LOMAN é requisito objetivo ou condição de procedibilidade para que se possa requerer o aproveitamento e não condição de implantação ou aquisição de um direito subjetivo a ele. Assim, o Tribunal pode, no exercício de uma competência discricionária, deliberar pelo não aproveitamento em razão, salvo melhor juízo, de fatos que não estejam diretamente relacionados com os que deram origem a punição, como ausência de vaga, condutas ou circunstâncias

desabonadoras de ordem moral ou profissional diversas daquela que motivaram a aplicação da pena.

Demais disso, verifica-se que o pedido de aproveitamento do magistrado foi negado com fundamento de que "o retorno do requerente ao exercício da atividade jurisdicional não atende ao interesse público", uma vez que "os fatos que deram lastro à imposição da pena revestem-se de intensa gravidade (...), a desaconselhar o reaproveitamento colimado. Revelam, na realidade, um quadro incompatível com a judicatura"

Na 16ª Sessão virtual deste Conselho Nacional de Justiça, nos autos do Procedimento de Competência da Comissão n. 0001858-37.2016.2.00.0000 , acerca da PENA DE DISPONIBILIDADE aplicada aos magistrados, foi aprovado o seguinte ENUNCIADO ADMINISTRATIVO:

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; PP - Pedido de Providências nº 0002723-65.2013.2.00.0000 - Rel. Paulo Teixeira - 206ª Sessão - j. 07/04/2015).

Ocorre que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deixou de apontar motivo plausível, de ordem moral ou profissional, diverso dos fatos que ensejaram a pena, capaz de justificar a permanência do

magistrado em disponibilidade, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, por quase 22 (vinte e dois) anos.

Portanto, ressalto que a natureza da pena de disponibilidade não incorpora a perpetuidade, ou seja, não se trata de penalidade que encerre definitivamente a atuação funcional do magistrado, como é o caso da aposentadoria compulsória, por exemplo.

Na hierarquia das penas previstas na Loman, a disponibilidade se situa antes da aposentadoria compulsória justamente porque há uma gradação entre elas, sendo a disponibilidade aplicada a conduta punível menos grave.

Neste passo, não faria sentido aplicar a pena de disponibilidade, sem ter a intenção de permitir o reaproveitamento do magistrado punido, como parece ter ocorrido no presente caso, em que o magistrado está em disponibilidade por mais de 22 anos, ou seja, durante quase toda sua vida profissional produtiva.

Nada justifica impedir que o apenado possa dar continuidade às suas atividades laborativas, essenciais que são para a preservação da dignidade pessoal e, além, para a realização dos ideários da alma, tão ligados à obra que cada ser humano pode construir em seu período de atividade profissional.

Não há como sustentar um discurso de democracia e respeito quando as penas podem ultrapassar o limite da razoabilidade, estendendo-se por mais de vinte anos,

impedindo que o apenado possa empenhar-se em outra atividade profissional.

Ora, os atos praticados pelo magistrado não mereceram a pena máxima de aposentadoria compulsória, portanto, não há como o mesmo ser punido com disponibilidade *ad eternum*.

Se a conduta, como decidiu o tribunal, era tão grave a ponto de desaconselhar o retorno do magistrado às atividades judicantes, melhor seria que a penalidade fosse condizente. Inadmissível é que se perpetue a disponibilidade, a modo que a pena alcance caráter mais aflitivo e mais gravoso do que pretendeu o próprio legislador.

Desta forma, entendo que não cabe ao CNJ disciplinar a temporalidade máxima da pena de disponibilidade, deixando ao tribunal uma margem de discricionariedade na análise do caso concreto, mas impedindo a perpetuidade das penas de disponibilidade e seguindo o novo Enunciado Administrativo deste Conselho, que determina que "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.**"

Neste caso concreto, considerando que o Plenário deste Conselho já deliberou acerca do tema, entendo que deve haver o retorno do requerente ao exercício da jurisdição.

Certamente o longo tempo de afastamento impõe uma readaptação funcional ou reabilitação necessária, com a frequência de cursos de atualização e aperfeiçoamento e o retorno gradativo à função jurisdicional, até o retorno definitivo do requerente.

Como a questão ora versada já possui precedentes deste Conselho, julgo monocraticamente o presente pedido, determinando ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inicie o procedimento administrativo necessário ao reaproveitamento do magistrado nas funções judicantes, na forma que couber, de acordo com as regras e práticas usualmente observadas para o funcionamento da atividade judiciária local.

Intimem-se.

Brasília, data registrada no sistema

Conselheiro Emmanoel Campelo

Relator

IMPRIMIR