

PARECER

Trata-se de parecer requerido pelos magistrados **CRISTINA DE FARIA CORDEIRO, RUBENS ROBERTO REBELLO CASARA, ANDRÉ LUIS NICOLITT e SIMONE DALIA NACIF LOPES**, sobre a Reclamação Disciplinar, contra eles instaurada na 261^a Sessão do Conselho Nacional de Justiça, decorrente do Pedido de Providências nº 0002959-12.2016.2.00.0000, oriundo do Rio de Janeiro, que havia arquivado o

Procedimento Prévio de Apuração instaurado pela E. Corregedoria-Geral de Justiça do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro.

1. DA QUESTÃO SUSCITADA

Os consulentes pretendem resposta acerca da seguinte questão:
Tendo o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro determinado o arquivamento de Procedimento Prévio de Apuração, em 13 de junho de 2016, e o Conselho Nacional de Justiça, por unanimidade, procedido à revisão de tal decisão, em 24 de outubro de 2017, qual é o sentido hermenêutico da norma prevista no inciso V do §4º do artigo 103-B da Constituição da República, introduzido pela EC nº 45/2004?

2. Da RESPOSTA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO

Trata-se de uma questão que se exaure na literalidade do texto ou – o que dá no mesmo – nos limites semântico-hermenêuticos da Constituição, conforme será explicitado à luz da Hermenêutica Jurídica, da Teoria do Direito e da contemporânea Teoria Constitucional.

Com efeito, a questão se cinge à discussão acerca da interpretação da norma do texto do seguinte dispositivo da Constituição da República, que, dentre outras competências previstas no artigo 103-B, § 4º, estabelece que ao CNJ cabe: *V – rever, de ofício ou mediante provação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;*

É sabido que a interpretação do Direito passou por fases e evoluções. O século XIX foi o século do positivismo legalista, chamado de positivismo clássico, com suas três vertentes: a francesa (exegetismo),

a alemã (jurisprudência dos conceitos) e a inglesa (jurisprudência analítica). O que essas três vertentes tinham em comum? Simples. A “colagem” entre texto e norma. Era o tempo do textualismo. A interpretação se esgotava na lei, tempo, pois, do assim chamado juiz boca da lei. Cada uma das três vertentes teve a sua antítese, na sequência, que vai do final do século XIX ao decorrer de décadas do século XX e, em determinadas circunstâncias, ainda se extende ao século XXI: o exegetismo francês gerou seu contraponto na Livre Investigação Científica; o pandectismo alemão teve a sua antítese na Jurisprudência dos Interesses e depois na Jurisprudência dos Valores; e, no mundo do *common law* (EUA e Inglaterra), a jurisprudência analítica foi contraditada pelo realismo jurídico.

De todo modo, o positivismo clássico continuou a oferecer resistências. Foi enfrentado por HANS KELSEN, que construiu sua própria vertente conhecida como positivismo normativista, e por HERBERT HART, com uma espécie de *soft* positivismo, que, por sua vez, foi combatido por RONALD DWORKIN, que se tornou o mais importante autor não-positivista ou pós-positivista.

O mais conhecido na teoria do Direito entre nós foi o autor que cunhou a expressão *pós-positivismo*, FRIEDRICH MÜLLER, que, paralelamente a DWORKIN, abriu outra frente de combate contra o positivismo. É dele a clássica formulação – de cunho hermenêutico, eis que caudatório de HANS-GEORG GADAMER – de que o texto da lei não contém a própria norma, com o que buscava superar os ranços ainda existentes do velho positivismo, também conhecido como “formalismo jurídico”.

Criou-se, assim, uma verdadeira “corrida do ouro” em direção da superação desse formalismo interpretativo, que tinha na subsunção o seu mais importante baluarte. Entretanto, o próprio MÜLLER **jamais disse que estava proibida a interpretação que fazia coincidir o sentido da lei com aquilo que se considerava a sua norma.**

Essa questão assume contornos mais importantes ainda quando começou a se formular, no âmbito da doutrina constitucional, a tese da força normativa da Constituição, **baseada na tese de que a Constituição é norma jurídica, que vincula**, gerando teses como a Constituição Normativa de KONRAD HESSE, a Constituição Dirigente, de GOMES CANOTILHO e a Constituição Normativa, de LUIGI FERRAJOLI, entre outras concepções que coloca(va)m no texto constitucional um importante componente da hermenêutica. Ou seja, se a norma é produto da interpretação do texto, isto não quer dizer que o intérprete possa fazer qualquer norma. Ao contrário: o texto importa. E muito. É dele que partimos e, na democracia, o desejável é que os próprios limites semânticos sejam respeitados. O ponto de partida pode, também, ser o ponto de chegada!

Por isso, a grande desmitificação na hermenêutica jurídica foi exatamente afastar a tese de que seria ruim ou inadequado respeitar aquilo que já se chamou de “literalidade” ou “respeito à letra da lei”, conforme deixo claro em vários artigos e livros (por todos, *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, Revista dos Tribunais, 4^a. Ed., 2013 e Dicionário de Hermenêutica, Editora Casa do Livro, 2017 e *Aplicar a letra da Lei é uma*

atitude positivista?, in Revista Novos Estudos Jurídicos da Univali, vol 15, n.1, 2010).

Aliás, o próprio criador da tese de que a norma é produto da interpretação do texto, FR. MÜLLER, diz, claramente, **que há casos em que a área da norma pode ser inteiramente gerada pelo Direito**: esse é o caso das normas sobre prazos, termos, no caso de prescrições relativas às formas, de regras institucionais e procedimentais (in: *O Novo Paradigma do Direito*, Ed. RT, 2009, passim).

Pois é exatamente disso que se trata. No caso sob exame, a área da norma a ser atribuída ao texto que diz que ao CNJ compete *rever, de ofício ou mediante provação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano*, **é inteiramente gerada pelo Direito, isto é, pela Constituição**. Simples assim.

Em uma democracia, é adequado e moralmente desejável que se retire dos textos jurídicos a normatividade textual, uma vez que, com isso, **mais se firma o sentido da vontade legislativa, preservando-se, assim, a separação de Poderes previsto na Constituição**.

Portanto, não parece haver dúvida acerca do sentido do texto (norma) em questão: o CNJ pode rever todos os processos disciplinares de juízes que foram julgados nos últimos doze meses. Da clareza do texto se tira as seguintes conclusões (normas):

- a primeira é a de que o constituinte derivado estabeleceu um limite temporal para a revisão dos processos, cuja revisão pode decorrer de atos de ofício ou por provocação;

- a segunda é a de que, ao dizer que a revisão será feita nos casos julgados há menos de um ano, isto quer dizer que o prazo é “seco”, peremptório, sem suspensões ou interrupções, sequer se cogitando de esperar trânsito em julgado, pela simples razão de que pode a revisão ser feita de ofício;

- em terceiro lugar, como consequência, se a revisão não for feita no prazo de até um ano, o Estado (Poder Judiciário, por intermédio do CNJ) perde o “direito” de o fazer;

- em quarto, a norma que decorre do texto aponta para o sentido de que esta coloca o prazo de um ano como ônus do Estado (CNJ), correndo este a favor do juiz, nos casos de absolvição/arquivamento, isto porque já no dia seguinte ao julgamento em que um procedimento for arquivado ou o juiz foi absolvido, começa a fluir o prazo de um ano;

- em quinto, logicamente se deduz disso que o próprio processo que exsurge da revisão deve ser concluído no prazo de um ano; ou seja, o CNJ pode rever, até de ofício, o que foi decidido por um Tribunal, mas tem o ônus de fazê-lo – e concluí-lo – dentro de um ano, para que não fique sob o cabeça do juiz a espada de Dâmocles; não fosse assim e alguém poderia provocar o CNJ no último dia do prazo de um ano e depois não haveria prazo para o CNJ discutir se revia ou não – é evidente que não é esse o sentido que se extrai do texto;

- em sexto, nitidamente se trata de uma norma que tem o condão de invadir a seara dos direitos fundamentais do juiz – detentor de garantias impares na Constituição –, o que faz com que a interpretação deva ser feita de forma absolutamente restrita, sem extensões de sentido e tampouco analogias que produzam efeito *in malam partem*;

- em sétimo, tais circunstâncias fazem com que haja duas consequências acerca do prazo, na alocução “rever os processos julgados a menos de um ano”: a *uma*, que o período de um ano seja contado sempre a favor do juiz que foi absolvido, mantendo o ônus na mão de quem pretenda revisar esse ato; a *duas*, que nos casos de condenação, esse prazo – rigoroso – de um ano seja interpretado como “prazo que o réu tem para interpor o recurso ao CNJ”; isso decorre da relevante circunstância de que a palavra “de ofício”, por óbvio, só se aplica à Corregedoria que não logou êxito na punição, ou seja, por qual razão um Tribunal, ao condenar um juiz, recorreria de si mesmo, “de ofício”?

Agregue-se, ainda, que a força normativa (limites semânticos) da Constituição também vem de seu silêncio eloquente, em determinados casos e circunstâncias. O caso *Marbury v. Madison* é um bom exemplo. A Constituição dos Estados Unidos da América estabelece que a Suprema Corte é um órgão recursal. E ponto. Por isso, em 1803 declarou a constitucionalidade do dispositivo da Lei de Organização Judiciária, que, para além do texto (e sua norma que se esgotou na obra do Direito, para usar um exemplo de MÜLLER), dizia que a Suprema Corte também poderia expedir *mandatory acts*. Foi simples e, ao mesmo tempo, complexa a decisão, face às repercussões políticas. Mas ali ficou fixada a tese da

Constituição rígida, antecedendo aquilo que, a partir do segundo pós-guerra, ficou conhecida como “Constituição como norma jurídica vinculante”.

No caso Marbury v. Madison, no silêncio eloquente estava um oceano de sentidos. Pois, no caso sob exame, no silêncio do dispositivo, que simplesmente diz que o CNJ pode rever processos de juízes julgados há menos de um ano, é que encontramos a continuidade das garantias da magistratura, ficando claro que esse prazo é peremptório e de ônus exclusivo da parte mais forte, o estado-CNJ, que, se não agir antes de completado um ano do dia da decisão absolutória, decai no seu “direito”. E não é desarrazoado afirmar que, nos casos de recurso de decisão absolutória, o próprio processo decorrente da revisão deve ser encerrado nesse prazo de um ano, sob pena também de falecer o direito de o estado-CNJ buscar a reversão da decisão do Tribunal recorrido.

3. CONCLUSÃO

A resposta adequada à Constituição é que, não tendo o CNJ sequer examinado a revisão do procedimento arquivado pelo TJRJ dentro do prazo de um ano fluído desde o dia seguinte ao do julgamento pelo OETJRJ (13 de junho de 2016), decaiu o direito de revisão, forte

na leitura do inciso V do § 4º do artigo 103-B da Constituição do Brasil.

É nesse sentido o parecer.

De Porto Alegre para Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2017.



LENIO LUTZ STRECK

Pós-doutorado em Direito Constitucional (FDUL/Portugal)

Professor Titular dos Programas de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS e da UNESA

Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst)

Professor Emérito da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ)

Advogado – OAB/RS 14.439