

MANDADO DE SEGURANÇA 26.750 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
IMPTE.(S) : GILBERTO PASSOS DE FREITAS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : PAULO RANGEL DO NASCIMENTO
IMPDO.(A/S) : CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
(PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO
Nº 489)
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. MAGISTRADOS. TETO REMUNERATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. VANTAGENS PESSOAIS. ART. 65, VIII, DA LOMAN. PERCEPÇÃO DE VANTAGENS PECUNIÁRIAS EXTRAVAGANTES E EM DESCONFORMIDADE COM A ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO DA MAGISTRATURA NACIONAL. ILEGALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 133 DO CNJ. NECESSIDADE DA INTIMAÇÃO DE TODAS AS PESSOAS DIRETAMENTE INTERESSADAS NO DESFECHO DA CONTROVÉRSIA ADMINISTRATIVA. INTIMAÇÃO POR EDITAL. NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE MATERIAL DA INTIMAÇÃO PESSOAL. POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO ANALÓGICA DO INSTITUTO NORTE-AMERICANO DO *DEFENDANT CLASS*

MS 26750 / DF

**ACTION . PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS. APARENTE
CONFLITO. PONDERAÇÃO.
RACIONALIDADE. PRINCÍPIOS DA
EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL, ECONOMICIDADE
PROCESSUAL, CELERIDADE,
DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO,
DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA
DEFESA E CONTRADITÓRIO.
INTIMAÇÃO DA ENTIDADE DE
CLASSE LEGITIMAMENTE
REPRESENTANTE DOS
INTERESSADOS. REQUISITO DA
REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA.
CONSTITUCIONALIDADE.
RESTABELECIMENTO DOS EFEITOS
DA MEDIDA LIMINAR
ANTERIORMENTE DEFERIDA NO PCA.
MANDADO DE SEGURANÇA
PARCIALMENTE PROVIDO.**

1. O teto estabelecido pela Emenda Constitucional nº 41/2003 é constitucional (MS 24.875, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 06.10.2006), por isso que corrobora a assertiva a rejeição, no julgamento supramencionado, do pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade do vocábulo *pessoais* inserido no art. 37, XII, da Constituição da República de 1988, pela referida emenda.

2. As vantagens pessoais e de qualquer natureza, com o advento da EC 41/2003,

MS 26750 / DF

passaram a ser obrigatoriamente computadas para efeito de teto remuneratório.

3. O art. 65, § 2º, da LOMAN, que deve ser interpretado *cum granum salis*, não tem o condão de tornar imoral e ilegal a percepção de toda e qualquer parcela remuneratória não prevista expressamente na LOMAN, mas somente aquelas de caráter ilegal ou abusivo.

4. Consectariamente, a ilegalidade de um benefício concedido a magistrado, não previsto expressamente na LOMAN, pressupõe notória distorção da vantagem.

5. O Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade do artigo 98 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, o qual previa a ciência ficta de quem pode ser alcançado por decisão administrativa. Precedente: MS 25.962, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 20.03.2009.

6. A existência de interessado na manutenção do ato atacado, com legítimo interesse jurídico direto, impõe ao CNJ dar-lhe ciência do procedimento de controle administrativo.

7. A eminência das garantias processuais acarreta a conclusão de que, identificado o legítimo interesse de terceiro, o acesso ao contraditório e à ampla defesa independem de conjecturas acerca da efetividade deste para produzir a defesa do ato atacado. Precedentes do Plenário desta Suprema

MS 26750 / DF

Corte: MS 27.154, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 08.02.2011; MS 25.962, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 20.03.2009.

8. A aplicação conjunta dos princípios ampla defesa e contraditório (CRFB/88, art. 5º, LV) e dos princípios da efetividade da prestação jurisdicional, economicidade processual, celeridade e duração razoável dos atos administrativos e judiciais (CRFB/88, art. 5º, LXXVIII), como resultado da ponderação de valores constitucionais, concretiza-se na possível intimação da entidade de classe representante dos interessados na conclusão da controvérsia administrativa.

9. O exame de procedência da demanda coletiva passiva (*defendant class action*), cabível tanto no âmbito dos processos jurídicos quanto administrativos, afeta a esfera individual dos associados independentemente do exercício pessoal do contraditório.

10. *In casu*, a questão de fundo do procedimento de controle administrativo impugnado gravita em torno do corte de parcelas nos vencimentos dos impetrantes, determinado pelo Conselho Nacional de Justiça no afã de se manter o teto e eliminar adicionais considerados ilegais.

11. Mandado de segurança parcialmente provido, tão-somente para anular o acórdão prolatado nos autos do PCA nº 489, na ocasião da 13ª Sessão Extraordinária do

MS 26750 / DF

CNJ, em 12.06.2007, para que o Conselho Nacional de Justiça proceda a intimação de todos os interessados no desfecho da controvérsia, ou intimação da entidade de classe apta a representar os interessados de forma legítima e efetiva no processo administrativo, *in casu*, a AMB Associação dos Magistrados Brasileiros.

12. Restabelecimento da higidez dos efeitos da medida liminar deferida pelo CNJ anteriormente à análise de mérito, concedida na ocasião da abertura do Procedimento de Controle Administrativo, mais especificamente na 6ª Sessão Extraordinária realizada em 06.03.2007.

DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado, em litisconsórcio ativo, por Gilberto Passos de Freitas, contra decisão do Conselho Nacional de Justiça proferida no julgamento do Procedimento de Controle Administrativo nº 489, ocasião em que se determinou o corte imediato de determinadas parcelas no subsídio de juízes e de desembargadores, ativos e inativos, do Estado de São Paulo.

A decisão impugnada pelo presente *mandamus* foi proferida pelo Plenário do CNJ na 13ª Sessão Extraordinária, em 12 de junho de 2007, e possui o seguinte teor:

“O Conselho decidiu:

I por maioria, julgar parcialmente procedente o presente procedimento de controle administrativo, para o fim de:

I.1 em observância ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3854, determinar a aplicação do limitador constitucional de R\$

MS 26750 / DF

24.500,00 (vinte e quatro mil e quinhentos reais), admito, todavia, que possa ultrapassar esse limite, a título de parcela de irredutibilidade que deverá ficar congelada, a parcela intitulada de sexta-parte, nos termos do voto divergente do Conselheiro Alexandre de Moraes;

I.2 determinar, para os casos analisados como irregulares, o corte imediato dos valores referentes às parcelas intituladas de GRAT. REPRES. GABINETE INCORP e ADIC. S/ GRAT. REPR. INCORP, nos termos do voto do Conselheiro Relator;

1.3 determinar, para os casos analisados como irregulares, o corte imediato do valor referente à parcela intitulada de Adicional por Tempo de Serviço, naquilo em que superar a limitação do inciso VIII do art. 65 da LOMAN (recebimento de gratificação adicional de cinco por cento por quinquênio de serviço, até o máximo de sete), nos termos do voto do Conselheiro Relator;

I.4 determinar, para os casos analisados como irregulares, o corte imediato do valor referente à parcela intitulada de Lei 8.553/64, sem maior esclarecimento e previsão no art. 65 da LOMAN, nos termos do voto do Conselheiro Relator;

I.5 determinar, para os casos analisados como irregulares, o corte imediato do valor referente à parcela intitulada de Lei Guerra Dif. Padrão-Dinâmico, nos termos do voto do Conselheiro Relator.

Vencido, em parte, o Conselheiro Relator, que determinava o corte em maior extensão, atingindo as parcelas de sexta-parte, sexta-parte s/ grat. incorp., gratificações de representação incorporadas e parcelas Lei 8553/64, nos termos do voto escrito que fez juntar aos autos. Ressalvaram as suas posições pessoais os Conselheiros Ruth Carvalho, Douglas Rodrigues, Paulo Schmidt, Oscar Argollo, Paulo Lobo e Jirair Aram Meguerian.

II por unanimidade, confirmar, em todos os seus efeitos, a medida liminar deferida na 6ª Sessão Extraordinária realizada em 06 de março de 2007.

Deu-se por impedido para participar do julgamento o

MS 26750 / DF

Conselheiro Cláudio Godoy. Foi designado relator para o acórdão o Conselheiro Alexandre de Moraes. Ausente, justificadamente, o conselheiro Vantuil Abdala. Presidiu o julgamento a Excelentíssima Senhora Conselheira Ellen Gracie (Presidente). Plenário, 05 de junho de 2007.”

Em amparo de sua pretensão, os impetrantes alegam, preliminarmente, que a ordem de intimação por edital dos interessados no procedimento administrativo seria inconstitucional, pois são desembargadores ou juízes pertencentes ao Poder Judiciário do Estado de São Paulo, portanto com endereço certo e conhecido, podendo ser localizados a qualquer momento, o que torna a publicação de edital meio inadequado para os fins almejados.

Asseveram, ainda, a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41/2003, e quanto a isso, afirmam:

“Em resumo, a redação original do art. 95, porque protegida pelo art. 60, § 4º da Constituição Federal, nascida do legislador constituinte, é intocada e não poderia ser objeto de alteração por nenhuma das Emendas Constitucionais que a esse preceito fizeram referência. Além disso, as disposições constantes do art. 37 em seu caput e desdobramentos, no que se refere a teto de vencimentos ou subsídio, dirigem-se aos servidores e, portanto, não atingem os Magistrados, que têm regime próprio e previsão expressa em outro estamento, com dignidade e hierarquia superiores às demais cláusulas.”

Sustentam a impossibilidade de revisão dos atos administrativos que concederam os adicionais após o decurso de 5 (cinco) anos em razão do princípio da segurança jurídica, o qual preconizaria o estabelecimento de um prazo razoável para a anulação ou revisão de atos da Administração que interfiram na esfera jurídica de terceiros.

Alegam que a verba quinquenal, por exemplo, consiste e representa

MS 26750 / DF

uma indenização paga aos magistrados, em particular, após o limite de sete quinquênios, como prêmio pela permanência na carreira, o que a torna de natureza alimentar.

Defendem que a determinação do CNJ ofende o princípio da irredutibilidade de vencimentos estabelecido pelo art. 95 da Constituição da República, assim como o art. 145 da LOMAN, que adotou o sistema de congelamento dos valores excedentes para compensação ou absorção futura, sendo que tal regra não constituiria disposição transitória, estando ainda vigente e produzindo seus devidos efeitos.

Aduzem, por fim, que a questão relativa aos magistrados aposentados exige tratamento diferenciado, pois, de acordo com a Súmula nº 359 do Supremo Tribunal Federal, a situação estipendiária estabiliza-se no momento da aposentação.

Requerem, liminarmente, a suspensão da ordem do CNJ e a concessão da segurança para proteção do direito líquido e certo dos impetrantes.

O Conselho Nacional de Justiça apresentou informações às fls. 205/208.

Devidamente intimado, o Ministério Público Federal emitiu parecer no sentido da denegação da segurança (fls. 218/223).

O Ministro Ricardo Lewandowski declarou-se suspeito para apreciar o feito (fl. 229), razão pela qual os autos foram distribuídos ao Ministro Eros Grau.

Após a aposentaria do então Relator, o processo veio a mim concluso em 03/03/2011.

MS 26750 / DF

É o relatório. **DECIDO.**

Registro que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião da edição da Emenda Regimental nº 28, de 18 de fevereiro de 2009, reformou a redação do art. 205 de seu Regimento Interno para estabelecer, expressamente, que compete ao Relator da causa denegar ou conceder a ordem de mandado de segurança, em sede de julgamento monocrático, desde que a matéria versada no writ em questão constitua objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal (RI/STF, art. 205, caput, na redação dada pela ER nº 28/2009).

Esse entendimento que vem sendo amplamente observado na jurisprudência desta Suprema Corte (v. g., MS 27.649/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 06.03.2009; MS 27.962/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 26.03.2010) possui legitimidade jurídica decorrente da circunstância de o Relator dispor de competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das petições dirigidas ao Supremo Tribunal Federal, justificando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar.

Nesse passo, oportuno assinalar que o Plenário deste Tribunal, ao apreciar o MS 27.236-AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 30.04.2010, reafirmou a possibilidade processual do julgamento monocrático do próprio mérito da ação de mandado de segurança, desde que observados os requisitos previstos no supracitado art. 205 do RISTF.

Desse modo, mister reconhecer que a controvérsia mandamental em exame ajusta-se conforme se demonstrará ao longo desse decisum - à jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou sobre a matéria, o que, indubitavelmente, possibilita seja proferida decisão monocrática sobre a lide em debate.

O cerne do mandado de segurança *sub examine* gravita em torno do

MS 26750 / DF

corte de parcelas nos vencimentos dos impetrantes - juízes e de desembargadores, ativos e inativos, do Estado de São Paulo -, determinado pelo Conselho Nacional de Justiça, no afã de se manter o teto constitucional de vencimentos, e para eliminar adicionais considerados ilegais.

Com efeito, o mérito do Procedimento de Controle Administrativo, ora impugnado, está indubitavelmente em conformidade com a Constituição da República. É que com o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, as vantagens pessoais e de qualquer natureza passaram a ser obrigatoriamente computadas para efeito de teto remuneratório.

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal entendeu, na ocasião do julgamento do MS 24.875, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 06.10.2006, ser constitucional o teto estabelecido pela EC nº 41/2003. Além disso, rejeitou-se, naquela mesma assentada, o pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade da expressão *pessoais* constante no inciso XI do artigo 37 da Carta Magna, na redação que lhe atribuiu a referida Emenda Constitucional, e da expressão *"e da parcela recebida em razão de tempo de serviço"*, contida no artigo 8º da referida Emenda, o que corrobora a obrigatoriedade do cômputo destas parcelas na remuneração e subsídio dos ocupantes de funções públicas.

Ademais, outro ponto que merece ser esclarecido, para a devida compreensão da tese que ora se põe em julgamento, é a interpretação que deve ser dada ao § 2º do art. 65 da LOMAN (Lei Complementar nº 35, de 14.03.1979), o qual preconiza, *in verbis* :

“Art. 65 - Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens:

(...) § 2º - É vedada a concessão de adicionais ou vantagens pecuniárias não previstas na presente Lei, bem

MS 26750 / DF

como em bases e limites superiores aos nela fixados.”

A *ratio* desse dispositivo é a de evitar que normas estaduais e federais ampliem, de forma abusiva, as parcelas a serem pagas aos seus magistrados. O objetivo é o de impedir que se criem vários tipos de magistrados: uns com mais direitos e outros com menos. O propósito da norma não foi o de impedir que direitos reconhecidos aos trabalhadores brasileiros sejam pagos a magistrados, como se devessem ser punidos por estarem submetidos à rigorosa disciplina da LOMAN, a qual, além deste aspecto, tem desempenhado o relevante papel de emoldurar o regime jurídico nuclear da magistratura, a ser filtrado pelo texto constitucional.

Em verdade, a ilegalidade de um benefício concedido a magistrado, não previsto expressamente na LOMAN, pressupõe notória distorção, ou mesmo excrescência da vantagem.

Na atual conjuntura, em que o subsídio é percebido em parcela única e há um controle efetivo e rigoroso do CNJ quanto aos abusos, é cediço, *verbi gratia*, que são admitidas as parcelas de caráter indenizatório, *ex vi* do art. 37, § 11, da Carta de 1988. Nesse contexto, a LOMAN não prevê, por exemplo, o pagamento de adicional de férias, não trata do pagamento de plano de saúde do magistrado, da licença-maternidade e paternidade. Contudo, essas vantagens têm sido reconhecidas e, por razões naturais, devem ser aceitas desde que não sejam abusivas.

É de se destacar, por outro lado, que nem todas as verbas elencadas no art. 65 da LOMAN são pagas aos magistrados. Juízes Federais não estão recebendo, por exemplo, a gratificação pelo efetivo exercício em Comarca de difícil provimento, assim definida e indicada em lei e nem mesmo o adicional por tempo de serviço previsto no art. 65, inciso VIII.

Desse modo, não se vislumbra, em uma visão interdisciplinar, e que parta da premissa de que o texto constitucional é o cume axiológico de

MS 26750 / DF

nosso ordenamento jurídico, qualquer ilícito no pagamento a magistrados de direitos concedidos regularmente à maioria dos trabalhadores brasileiros, servidores públicos ou não, e, especialmente, aos membros do Ministério Público, carreira com que a magistratura guarda plena simetria, na esteira do que reconhecido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Constata-se, portanto, que o CNJ, que, sabidamente, não é um órgão com um caráter corporativista, tem permitido uma leitura do artigo 65 da LOMAN mais consentânea com a realidade atual. A acomodação do dispositivo legal à realidade presente deve ter como meta impedir abusos, coibir o pagamento de gratificações e adicionais em descompasso com a moralidade.

Nesse diapasão, a Resolução nº 13 do CNJ, que disciplina a aplicação do teto remuneratório constitucional e trata do subsídio mensal dos membros da magistratura, prevê, por exemplo, a possibilidade (CRFB, art. 5º, inciso II, alínea *b*) de recebimento de uma verba pelo magistrado em decorrência do desempenho da função de Diretor do Foro. Será imoral ou ilegal a percepção da referida verba? Um magistrado que assumiu a função de Diretor do Foro vai realizar mais trabalho e terá uma responsabilidade adicional em cotejo com o seu colega que não assumiu a referida função. Assim, o art. 65, § 2º, da LOMAN, que deve ser interpretado *cum granum salis*, não tem o condão de tornar imoral e ilegal a percepção de toda e qualquer parcela remuneratória não prevista expressamente na LOMAN, mas somente aquelas de caráter ilegal ou abusivo.

Estabelecida essa premissa, passo ao exame da constitucionalidade e legalidade das verbas ora impugnadas.

Ab initio, inegável não merecer prosperar a alegação de que as verbas denominadas **Lei 8.533/64** e **L. Guerra Dif. Padrão Dinâmico (Lei**

MS 26750 / DF

Estadual nº 5.135/59) não poderiam ser retiradas dos vencimentos dos impetrantes - pois já se achariam incorporadas aos proventos destes há décadas, de modo que seriam oriundas de um ato jurídico perfeito. Neste ponto, além de serem abusivas ao panorama fático jurídico atual, por não se justificarem na ordem constitucional vigente, é certo que tais verbas foram criadas antes da edição da LOMAN, cujo início de vigência manifestou inequívoca *ratio*, no seu art. 145, no sentido da extinção de todas as gratificações e adicionais concedidos anteriormente aos magistrados, *in verbis* :

“Art. 145 - As gratificações e adicionais atualmente atribuídos a magistrados, não previstos no art. 65, ou excedentes das percentagens e limites nele fixados, ficam extintos e seus valores atuais passam a ser percebidos como vantagem pessoal inalterável no seu quantum, a ser absorvida em futuros aumentos ou reajustes de vencimentos.”

Outrossim, no que diz respeito às parcelas denominadas **gratificação representação de gabinete incorporada e adicional sobre gratificação representação incorporada**, a linha de raciocínio acima delineada deve ser a mesma, já que estas são vantagens não previstas no direito positivo para a magistratura nacional e em desconformidade com a Resolução nº 133 do CNJ, a qual, ao reconhecer a densidade normativa do texto constitucional e dispor sobre a simetria constitucional entre Magistratura e Ministério Público e equiparação de vantagens, enumera as verbas e vantagens devidas aos magistrados, cumulativamente com os subsídios. E isso, frise-se, sem que dispositivo algum da Lei Complementar número 35/79 precisasse ser declarado inconstitucional.

Além disso, o art. 65, § 1º, da LOMAN, aponta a natureza transitória das mesmas, em face da temporariedade dos cargos ocupados (*Art. 65, § 1º - A verba de representação, salvo quando concedida em razão do exercício de cargo em função temporária, integra os vencimentos para todos os efeitos legais*). Vale dizer, somente farão jus às referidas verbas de

MS 26750 / DF

representação os magistrados que estiverem exercendo os cargos de direção previstos na LOMAN, durante o exercício do cargo e até o limite do teto constitucional, não se podendo falar, de maneira alguma, na incorporação de tais parcelas.

Já no tocante ao **Adicional de Tempo de Serviço ATS**, constata-se que ele foi limitado pela própria LOMAN (LC nº 35/79), a qual estabeleceu, em seu art. 65, VIII, o percentual máximo de 35% (trinta e cinco por cento), o que corresponde a sete quinquênios, calculados sobre o vencimento e a representação mensal, vedada a concessão em bases e limites superiores aos fixados (art. 65, § 2º), de sorte que os argumentos lançados quanto a este ponto também militam em desfavor dos impetrantes.

Sob outro enfoque, a alegação de ofensa ao princípio constitucional da irredutibilidade (CRFB/88, arts. 37, XV e 95, III) não merece ser acolhida. E assim é porque o art. 95 da Constituição da República não garante, a título de irredutibilidade, presença *ad eternum* da forma de cálculo do subsídio, mas apenas a expressão numérica a ele correspondente, adotando-se o que chamou-se de sistema de congelamento. Não obstante, tal sistema é aplicável apenas às parcelas que eram regularmente recebidas o que é o caso da denominada **sexta-parte**, implementada pela Constituição Estadual (SP) - não havendo se falar em direito adquirido à incorporação de parcelas indevidamente pagas as outras impugnadas, conforme demonstrado acima. Para tanto, imperioso rememorar que a jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que a redução do estipêndio decorrente da supressão de rubrica de remuneração concedida ilegalmente não ofende o princípio constitucional da irredutibilidade, *verbis*:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Servidor público. Retificação do ato de aposentadoria. Possibilidade. Precedentes. **1. A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento no sentido da possibilidade de a**

MS 26750 / DF

Administração Pública, com base no princípio da legalidade, corrigir seus atos quando eivados de vícios ou ilegalidades, sem que isso importe em ofensa aos princípios do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos. 2. Este Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que, antes de decorridos cinco anos do ato de concessão inicial de aposentadoria, o controle externo da legalidade do citado ato não precisa de abertura de prazo para contraditório e ampla defesa 3. Agravo regimental não provido. Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. (1ª Turma, 25.9.2012.RE 418402 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 25/09/2012 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012);

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APOSENTADORIA DE MAGISTRADO. NÃO-PREENCHIMENTO DA TOTALIDADE DOS REQUISITOS PARA A OBTENÇÃO DA VANTAGEM PREVISTA NO ART. 184, INC. II, DA LEI N. 1.711/1952. INAPLICABILIDADE DO ART. 250 DA LEI N. 8.112/1990. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA E OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE SALÁRIOS NÃO CONFIGURADAS. 1. O direito à aposentação com a vantagem prevista no inciso II do art. 184 da Lei n. 1.711/1952 exige que o Interessado tenha, concomitantemente, prestado trinta e cinco anos de serviço (no caso do Magistrado-Impetrante, trinta anos) e sido ocupante do último cargo da respectiva carreira. O Impetrante preencheu apenas o segundo requisito em 13.7.1993, quando em vigor a Lei n. 8.112/1990. 2. A limitação temporal estabelecida no art. 250 da Lei n. 8.112/1990 para a concessão da vantagem pleiteada teve aplicação até 19.4.1992, data em que o Impetrante ainda não havia tomado posse no cargo de Juiz togado do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. 3. O Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento de que,

MS 26750 / DF

sendo a aposentadoria ato complexo, que só se aperfeiçoa com o registro no Tribunal de Contas da União, o prazo decadencial da Lei n. 9.784/99 tem início a partir de sua publicação. Aposentadoria do Impetrante não registrada: inoccorrência da decadência administrativa. 4. **A redução de proventos de aposentadoria, quando concedida em desacordo com a lei, não ofende o princípio da irredutibilidade de vencimentos. Precedentes.** 5. Segurança denegada. (MS 25552, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 29.05.2008).

Noutro giro, também não merece prosperar a alegação de impossibilidade de revisão do ato administrativo pois, muito embora o disposto nos artigos 54 da Lei Federal nº 9.784/99 e art. 95 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, que preveem a adequação do instituto da decadência administrativa quanto aos atos do citado Conselho, não se verifica, *in casu*, a prescrição aventada. A espécie versa sobre relação jurídica continuada, de trato sucessivo, renovando-se, mês a mês, a oportunidade de vir-se a glosar prática porventura estranha ao ordenamento jurídico. Em síntese, a circunstância de o pagamento das parcelas ora impugnadas anteceder o período de cinco anos do surgimento do processo administrativo no CNJ não gera preclusão.

Nesse sentido, escoreita a conclusão trazida pelo Ministério Público Federal em seu parecer, ao assentar que *“o pagamento das parcelas ocorre de forma continuada, configurando relação de trato sucessivo. Assim, o prazo decadencial renova-se mês a mês, não sendo aplicável ao caso a vedação do art. 54 da Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999 e do art. 95 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça”* (fl. 221).

Ato contínuo, os impetrantes alegam, ainda, a nulidade da intimação por edital promovida pelo CNJ:

“Muito embora tal chamamento venha embasado no art. 95 do RICNJ, não pode, por óbvio, uma norma administrativa, de cunho

MS 26750 / DF

eminente interno de uma instituição, qualquer que seja ela, se sobrepor a uma Lei Federal, formalmente perfeita e em plena vigência e eficácia, impondo-se, com a devida vênua, seja a intimação por edital declarada nula de pleno direito, para que outra, formal e legal, seja efetuada, para que os interessados todos possam lançar mão do devido processo legal. (fl. 07)."

Quanto a esse ponto, especificamente, razão assiste aos Impetrantes. Nos termos do art. 103-B, § 4º, II da Constituição da República, o Conselho Nacional de Justiça é competente para "*zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União*".

Da leitura do indigitado preceito, extraem-se duas competências: (i) zelar pela observância do art. 37 e; (ii) proceder à apreciação da legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo, inclusive, desconstituir tais atos ou fixar prazo para que se adotem, *in concreto*, as providências necessárias à estrita observância da lei. Interessa, no caso *sub examine*, a segunda atribuição. Ora, se incumbe ao Conselho Nacional de Justiça proceder, nos casos concretos, a tal avaliação, é inelutável que, em se tratando de restrição à esfera jurídica de qualquer cidadão - *in casu* os administrados -, não pode exercer sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando o postulado da plenitude de defesa, pois é certo que qualquer medida imposta pelo Poder Público - inclusive medidas administrativas emanadas pelo CNJ de que resultem consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais, exige a fiel observância do princípio do *due process of law* (CRFB, art. 5º, LV).

Pois bem. A garantia constitucional do contraditório indubitavelmente pressupõe que, em regra, quem vier a sofrer as

MS 26750 / DF

consequências jurídicas de uma decisão processual, não pode sofrê-las como sujeito alheio ao processo; há de, mediante conhecimento prévio, ter oportunidade de participar eficazmente de todo o trâmite processual para ajudar a preparar e formar a decisão final, exercendo seu *direito ou a capacidade de influenciar ativamente na condução e resultado do processo* (Nicolo Trocker, *Processo Civile e Costituzione*, Milano, A. Giuffrè, 1974, p. 371 tradução livre).

Desse modo, como decorrência sistemática e evidente da explícita regra do contraditório - que, embora objeto de disposição autônoma, compõe o princípio constitucional do *due process of law* - exige-se, como pressuposto da garantia, que o interessado jurídico tenha **ciência efetiva** dos termos da causa para que possa exercer os ônus de participar ativamente no processo. Não pode, pois, satisfazê-la nenhuma técnica de comunicação ficta, que, como a da ciência por editais, só se justifica em casos de intransponível impossibilidade de informação real.

Não obstante o Regimento Interno do CNJ dispunha, no art. 98, que *o Relator determinará a oitiva da autoridade que praticou o ato impugnado e, por edital, dos eventuais beneficiários de seus efeitos, no prazo de 15 (quinze) dias, é de se conferir eficácia própria e devida ao artigo 100, do mesmo Regimento Interno, o qual, em respeito às garantias constitucionais, preceitua a aplicabilidade, no que couber, da Lei nº 9.784/99. Esta lei traz, em seus artigos 3º, II, 26, § 3º e 4º, e 28, a necessária intimação dos interessados. Merece transcrição os artigos supramencionados, *verbis*:*

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

(..)

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

MS 26750 / DF

Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.

(...)

§ 3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.

§ 4º No caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deve ser efetuada por meio de publicação oficial.

(...)

Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.

Além disso, necessário constatar a previsão contida no artigo 231 do Código de Processo Civil, e especificamente no artigo 163 do Estatuto dos Funcionários Públicos da União (Lei nº 8.112/90), a qual estabelece, com toda clareza, que a citação por edital somente se fará se o acusado ou o indiciado estiver em local incerto e não sabido.

Isto posto, devem ser objeto de intimação real, sob pena de nulidade do processo administrativo, todos os atos processuais de que possa resultar, para o interessado ou interessados jurídicos, a imposição de deveres, ônus, sanções, ou restrição ao exercício de direitos e atividades, além de outros atos, de qualquer natureza, que lhes digam respeito.

Isso significa, portanto, não se poder admitir que um procedimento administrativo contenha uma facilitação relativamente ao processo de intimação, ou seja, no processo judicial se exige a intimação de acordo com o devido processo legal e no procedimento administrativo se autoriza, em casos como esse, que haja intimação por edital. Em hipótese

MS 26750 / DF

alguma passa-se pelo crivo da constitucionalidade e proporcionalidade.

Estabelecidas essas premissas, certo é que a jurisprudência pacífica desta Suprema Corte se consolidou nesse mesmo sentido, ao dispor que os procedimentos do CNJ, ao interferirem na esfera jurídica de terceiros, devem obedecer aos cânones do contraditório, da ampla defesa e do *due process of law*, ressaltando, ainda, a inconstitucionalidade da previsão regimental de citação por edital (intimação ficta) daqueles atingidos pela decisão do Conselho Nacional de Justiça. Confira-se os seguintes precedentes, *verbis* :

EMENTA: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - ATUAÇÃO - TERMO INICIAL. A atuação fiscalizadora do Conselho Nacional de Justiça não ficou balizada no tempo, considerada a Emenda Constitucional nº 45/2004. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - CONTRADITÓRIO. Envolvida, no processo administrativo, situação constituída no tocante a terceiros, impõe-se a ciência destes para, querendo, apresentarem defesa. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - CIÊNCIA FICTA. A espécie de conhecimento ficto, presente publicação ou edital fixado em setor do Órgão, pressupõe a ciência do processo em curso, surgindo como regra a comunicação direta. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - PROCESSO - CIÊNCIA - ARTIGO 98 DO REGIMENTO INTERNO. Desconhecida a existência do processo, mostra-se inconstitucional dispositivo do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça - artigo 98 - prevendo a ciência ficta de quem pode ser alcançado por decisão administrativa. CONCURSO PÚBLICO - NOTÁRIOS E REGISTRADORES - COMISSÃO. Faz-se regular a comissão de concurso com a participação, personificando notários e registradores, da Presidente da entidade de classe, pouco importando seja esta notária ou registradora. (MS 25.962, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Dje de 20/03/2009).

MS 26750 / DF

DECISÃO: [...] desconstituição das investiduras nas serventias cartorárias de titularidade dos ora Impetrantes, há muito outorgadas pelo TJ-ES. [...] 2. O caso é de liminar. [...] A regra do contraditório, [...] Não pode, pois, satisfazê-la nenhuma técnica de comunicação ficta, que, como a da ciência por editais, só se justifica em casos de intransponível impossibilidade de informação real. No caso, isto significa que à validade do processo administrativo não bastaria sequer, em princípio, a dita intimação por editais, quando eram conhecidos os endereços dos ora impetrantes. [...] (MS 27571 MC, Relator Min. Cezar Peluso, publicado em DJe 25.09.2008).

Ademais, importante enfatizar que a inobservância do contraditório e da ampla defesa, quando tão bem caracterizada como no caso dos autos, não exige argumentação complementar que identifique, antes mesmo do ingresso na relação de processo, o efetivo prejuízo causado pela ausência, tendo por base o princípio do *pas de nulité sans grief*. É que, a eminência das garantias processuais acarreta a conclusão de que, identificado o legítimo interesse de terceiro, o acesso ao contraditório e à ampla defesa independem de conjecturas acerca da intensidade do potencial ou da aptidão do interessado para produzir a defesa do ato atacado. Eventuais abusos, como a apresentação de argumentos meramente protelatórios, podem ser combatidos pelos instrumentos legais existentes.

Por outro lado, é certo que nenhuma norma constitucional, nem mesmo a regra do *due process of law* ou do contraditório, pode ser interpretada isoladamente. A Constituição da República caracteriza-se por um típico compromisso entre forças políticas divergentes, que em 1988 se uniram para definir um destino coletivo em comum, balizando a atuação dos poderes políticos através das regras e dos princípios definidos no pacto constitucional. Trata-se de compromisso porquanto a base plural da sociedade, no momento constituinte, assinalava relevância a valores díspares, sem uma univocidade ideológica, provocando a convivência, por exemplo, da liberdade de expressão (CRFB, art. 5º, IV) e

MS 26750 / DF

do direito à intimidade (CRFB, art. 5º, X), da proteção do consumidor (CRFB, art. 5º, XXXII, e art. 170, V) e do princípio da livre iniciativa (CRFB, art. 170, *caput*), e de muitos outros casos.

Porém, no caminhar para atingir a finalidade por detrás deste pacto político abrangente, a qual consiste na construção de um Estado brasileiro caracterizado sobremaneira por uma sociedade cada vez mais livre, justa e igualitária, almejando cada vez mais aprimorar a qualidade dos serviços jurisdicionais oferecidos a todos os brasileiros, oferecendo-lhes uma justiça comprometida, principiológica, eficaz e célere, é que podem entrar em rota de colisão valores igualmente caros ao texto constitucional.

Nesses casos, que sob um primeiro ângulo poderiam ensejar verdadeiras arbitrariedades pelo intérprete, ao optar, em voluntarismo, pela norma que lhe parecesse merecedora de maior prestígio, impõe-se, como ensina a novel teoria da interpretação constitucional, a harmonização prudencial e a concordância prática dos enunciados constitucionais em jogo, a fim de que cada um tenha seu respectivo âmbito de proteção assegurado, como decorrência do princípio da unidade da Constituição. Em outras palavras, cabe ao intérprete conciliar as normas constitucionais cujas fronteiras não se mostram nítidas à primeira vista, assegurando a mais ampla efetividade à totalidade normativa da Constituição, sem que qualquer de seus vetores seja relegado ao vazio, desprovido de eficácia normativa. (Nesse sentido é a abalizada doutrina nacional, *v.g.*: José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 672-700; Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 493-530; Luís Roberto Barroso, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 343-365, dentre outros).

Todo esse caminho lógico a ser percorrido para a harmonização de comandos normativos indicando soluções opostas demanda do aplicador

MS 26750 / DF

da Constituição a reconstrução do sistema de princípios e de regras exposto no seu texto, guiado por um inafastável dever de coerência. E é somente quando essa tentativa de definição dos limites próprios a cada norma fundamental se mostrar infrutífera, já que sobrepostos os respectivos âmbitos de proteção, que cabe ao intérprete fazer o uso da técnica da *ponderação de valores*, instrumentalizada a partir do manuseio do *postulado da proporcionalidade*, a fim de operar concessões recíprocas, tanto quanto se faça necessário, entre os enunciados normativos em jogo, resguardado, sempre, o *núcleo essencial* de cada direito fundamental. E por não ser lícito, mesmo nessas hipóteses, a ablação da eficácia, em abstrato, das normas constitucionais, o resultado do método ponderativo há de ser o estabelecimento de uma *relação de precedência condicionada* entre os princípios em jogo, identificando-se o peso prevaLENcente de uma das normas com o devido balizamento por parâmetros interpretativos que reduzam a arbitrariedade e estimulem a controlabilidade intersubjetiva do processo decisório.

Nesse caminhar, a controvérsia narrada nestes autos coloca em aparente rota de colisão princípios constitucionais garantidores da efetivação, no campo material, da intimação pessoal de todos os interessados no PCA mais de 3.000 (três mil) juizes e desembargadores (fls. 39-140). De um lado, verifica-se os já citados princípios da ampla defesa e contraditório (CRFB/88, art. 5º, LV) e, do outro, os princípios da efetividade da prestação jurisdicional, economicidade processual, celeridade e duração razoável dos atos administrativos e judiciais (CRFB/88, art. 5º, LXXVIII).

Desse modo, em se constatando aparente conflito de princípios constitucionais, há que se buscar uma correta ponderação que leve a um equilíbrio entre eles, mantendo assim uma racionalidade, controlabilidade e proporcionalidade na interpretação constitucional que deve ser dada ao caso.

MS 26750 / DF

Esse sistema próprio de equilíbrio e ponderação entre princípios jurídicos provoca imperativamente uma análise científica daquilo que o Ministro Gilmar Mendes (Revista de Informação Legislativa n° 122/297), examinando decisões da Corte Constitucional alemã chamou de processo da ponderação. Com a lucidez que lhe é própria, disse o Ministro Gilmar Mendes que *"no processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio de direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação.."*

Nesse aspecto, entendo que, da melhor análise conjunta dos princípios em aparente colisão, deve-se resgatar o que a experiência norte-americana denomina *defendant class action*, instrumento maior da ação representativa, na qual os titulares do direito, ou os interessados na resolução da lide, o que ocorre *in casu*, são representados em juízo, ainda que no âmbito administrativo, por legitimados para tanto, que defendem o direito da classe em nome próprio.

Importante frisar que, apesar de polêmico, o tema não é bem uma novidade no direito positivo brasileiro. A partir de uma interpretação sistemática, o ordenamento jurídico admite claramente seja incluída a entidade representante de classe na posição de legitimado passivo nas demandas coletivas. Apenas à guisa de exemplos, vale apenas conferir o que dispõe o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, ao afirmar que *Art 83 - Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.*, assim como o art. 5^a, § 2^o, da Lei n° 7.347/1985 - Lei da Ação Civil Pública, que faculta ao Poder Público e a outras associações legitimadas habilitarem-se como litisconsortes de qualquer das partes, *verbis* : *Art. 5^o, § 2^o - Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.*

Não discrepa deste entendimento a doutrina de Kazuo Watanabe

MS 26750 / DF

(Código brasileiro de defesa do consumidor. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 828), o qual salienta, com a lucidez característica de suas obras, que *o ordenamento jurídico brasileiro permite seja incluída a classe na posição de legitimado passivo, desde que observado o requisito da representatividade adequada.*

Antes de adentrar no mérito deste instituto, que a doutrina e uma parte recente da jurisprudência nacional vem dedicando seus esforços para compreender e utilizar analogicamente a prática norte-americana no âmbito das lides judiciais, faz-se necessário enfatizar que seu foco de atuação é específico das ações coletivas tuteladoras de interesses individuais homogêneos, nos quais a entidade de classe representante de seus afiliados integra - tanto ativamente (*plaintiff class action*) quanto passivamente (*defendant class action*) - um dos polos de determinada lide para defender ou buscar determinado interesse daquela coletividade. Não por outro motivo, entendo que tal instituto também merece lugar quando em tela processos de natureza administrativa - nos quais as questões de fato e de direito sejam comuns a todos os membros da classe representada -, pois consiste em buscar o melhor interesse dos administrados em termos de economia e celeridade processuais, acesso à justiça e efetividade do direito material, sem deixar de lado o princípio do devido processo legal e seus derivados.

Pois bem. Estabelecida essa premissa, necessário se faz ressaltar o fato de para que a devida caracterização de uma *class action* deve-se ter, como elemento essencial, a existência de um vínculo de representação entre as partes que defendem os interesses do grupo e os integrantes da classe representada, os quais são chamados, doutrinariamente, de membros ausentes.

Por certo, a existência de um vínculo de representação conduz à uma relativização da liberdade de escolha e da autonomia típica dos litigantes quando em tela a tutela individual (*v.g.*, participar diretamente do

MS 26750 / DF

processo e contratar advogado para elaborar defesa própria). Assim é que, para manter a ponderação adequada entre os princípios constitucionais invocados e preservar sobremaneira o *due process of law*, faz-se necessário que esteja preenchido o que requisito de admissibilidade específico, denominado representatividade adequada (*adequacy of representation*), vale dizer, necessário se faz que os membros ausentes tenham sido. Convém, neste particular, colacionar o magistério de Ada Pellegrini Grinover (Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 57-58), que preleciona que:

“Com efeito, a cláusula da representatividade adequada tem fundamento constitucional e pretende exatamente conciliar as garantias do devido processo legal com as ações coletivas, cujas decisões sejam vinculativas para toda a categoria.

Por ela, a parte ideológica leva a juízo o interesse metaindividual, representando concretamente o grupo titular do interesse, que terá exercido seus direitos processuais, através das garantias da defesa e do contraditório asseguradas ao representante. O mecanismo baseia-se na concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, a ponto de afirmar-se que nesse caso o julgado não atuaria propriamente ultra partes, nem significaria real exceção ao princípio dos limites subjetivos da causa, mas configuraria, antes, um novo conceito de representação substancial e processual, adaptado às novas exigências emergentes na sociedade.”

É com base nesse entendimento que entendo que a necessária ponderação conduz à impositiva oportunidade que todos os interessados devem possuir de tomar ciência dos atos processuais que possam vir a lhes afetar a situação jurídica, e que possam, desde que queiram, apresentar suas razões de defesa. Contudo, para que se preserve o princípio da efetividade e da duração razoável dos atos administrativos, a necessária defesa de interesses se concretiza, da forma mais célere, eficaz e menos dispendiosa possível, com a intimação da entidade de classe representante daqueles interessados, a qual deverá capaz de defender

MS 26750 / DF

adequadamente os interesses dos membros da classe que estejam ausentes no processo, ou melhor, os pontos de defesa da entidade de classe devem ser os mesmos dos interessados.

De fato, não seria razoável imaginar o contrário. Sendo certo que as entidades de classe de âmbito nacional possuem legitimidade *ad causam* inclusive para propor ação direta de constitucionalidade perante este Supremo Tribunal Federal (CRFB/88, art. 103, IX), não faria sentido que não se permitisse também a presença de tais entidades no polo passivo das ações coletivas, ainda quando em se tratando de processos administrativos, como visto acima, na defesa dos interesses coletivos da categoria. *In casu*, não parece haver dúvidas que a entidade de classe representante para a defesa dos interessados no PCA, ora impugnado, é a Associação dos Magistrados Brasileiros AMB, pois resta mais que evidente o estreito vínculo objetivo entre as finalidades institucionais de tal entidade com o conteúdo fático-jurídico do procedimento de controle administrativo.

Dessa maneira é que se pode afirmar que a AMB poderá (e deverá) se assim entender o CNJ -, na medida do possível, atuar em defesa dos interesses coletivos de tal maneira que o resultado final o julgamento do PCA em nada se alteraria caso todos os interessados tivessem apresentado, individualmente, suas defesas.

Tal entendimento possui embasamento na autorizada doutrina de José dos Santos Carvalho Filho (Ação Civil Pública. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 141) que, em percuciente análise, defende o seguinte, *verbis*:

“Se é possível admitir somente para algumas pessoas a condição jurídica para utilização desse específico instrumento protetivo, não teria sentido fixar qualquer restrição no que toca à legitimação passiva. A ofensa aos interesses difusos e coletivos, que justifica a posição de parte legítima passiva para a causa, pode muito bem

MS 26750 / DF

derivar não apenas de atos e fatos do Poder Público, incluindo-se aí as pessoas da administração indireta, como ainda de práticas imputáveis a particulares. A legitimação passiva, desse modo, haveria que ter toda a amplitude possível, de modo a permitir a perfeita proteção dos interesses sob tutela contra os atos de quem quer que os vulnerasse.”

Assim é que entendo que a obrigatória observância do chamado *devido processo legal coletivo* (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada Teoria Geral das Ações Coletivas*. São Paulo: RT, 2006, p. 269 e s.), não exige a intimação prévia - equivalente à citação no processo jurisdicional - de todos aqueles que poderiam ser prejudicados pelos efeitos da decisão, vale dizer, de todos os desembargadores e juízes, ativos e inativos, pertencentes ao Poder Judiciário do Estado de São Paulo, mas sim que eles sejam ao menos representados de forma adequada.

Além disso, certo é que o exame de procedência da demanda coletiva passiva (*defendant class action*) - desde que os interessados sejam legitimamente representados pela entidade de classe - afeta a esfera individual dos associados **independentemente** do exercício pessoal do contraditório. Nesse diapasão é a preciosa lição de Ada Pellegrini Grinover (Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos versão eletrônica), “a ação coletiva passiva será admitida para a tutela de interesses ou direitos difusos ou coletivos, pois esse é o caso que desponta na *defendant class action*, conquanto os efeitos da sentença possam colher individualmente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas. Por isso, o regime da coisa julgada é perfeitamente simétrico ao fixado para as ações coletivas ativas.”

Andre Vasconcelos Roque (Class Actions, Rio de Janeiro: JusPodivm, 2013, p. 133) também se debruçou sobre a questão, observando com agudeza que:

MS 26750 / DF

“O controle da representatividade adequada possui duas funções muito importantes: por um lado, assegurar que a conduta dos representantes esteja alinhada aos interesses da classe; por outro, garantir que a decisão a ser proferida ao final da class action vinculará a todos e não estará sujeita a questionamentos futuros.”

Portanto, a *defendant class actions*, indubitavelmente aplicável ao caso, representa a saída que o mecanismo da ponderação entre os princípios constitucionais proporciona para a solução do caso, mantendo hígida a sempre necessária observância do devido processo legal. Desse modo, para favorecer a devida economia processual e permitir que sejam apreciadas pretensões que, de outra forma, jamais seriam concretizadas, é que se admite processos administrativos (e judiciais) de natureza representativa. A conclusão se faz evidente. Como seria materialmente impossível que todos os envolvidos participassem ativamente do processo administrativo, admite-se que eles atuem através da entidade de classe representante, que deverá tomar as decisões sempre buscando os reais interesses de seus membros, valendo-se de todas as providências processualmente cabíveis.

Por derradeiro, ressalto que a concessão da segurança pretendida deve se ater, tão-somente, à garantia do contraditório e da ampla defesa, e, portanto, versar os atos estritamente dependentes do vício formal apontado. Não se constrói a concessão desta ação mandamental de modo a impedir o Conselho Nacional de Justiça de apreciar novamente a questão que lhe foi submetida com o PCA nº 489, neste mesmo processo ou em outro, desde que sanado o reconhecido vício de intimação.

Ex positis, **CONHEÇO** da ação e **CONCEDO PARCIALMENTE** a segurança, tão-somente para anular o acórdão prolatado nos autos do PCA nº 489, na ocasião da 13ª Sessão Extraordinária do CNJ, em 12.06.2007, para que o Conselho Nacional de Justiça proceda a intimação de todos os interessados no desfecho da controvérsia, ou a intimação da entidade de classe apta a representar os interessados de forma legítima e

MS 26750 / DF

efetiva no processo administrativo, *in casu*, a AMB Associação dos Magistrados Brasileiros.

Finalmente, por entender que o tema de fundo do PCA resta juridicamente incólume, pelas razões acima expostas, entendo por bem **RESTABELECER**, como consequência do provimento parcial desta ação, com esteio no art. 250 do Código de Processo Civil, a higidez dos efeitos da medida liminar deferida pelo CNJ anteriormente à análise de mérito, concedida na ocasião da abertura do Procedimento de Controle Administrativo, mais especificamente na 6ª Sessão Extraordinária realizada em 06 de março de 2007.

Publique-se. Int..

Brasília, 11 de novembro de 2013.

Ministro **LUIZ FUX**

Relator

Documento assinado digitalmente