

ASPECTOS DE INCOMPATIBILIDADE JURÍDICA ASSOCIADOS AO DEVER DE IMPARCIALIDADE E CUMULAÇÃO DE FUNÇÕES NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES NAS PROCURADORIAS GERAIS DOS ESTADOS

ASPECTS OF LEGAL INCOMPATIBILITY ASSOCIATED TO THE DUTY OF IMPARTIALITY AND CUMULATION OF FUNCTIONS IN THE SANCIONATORY ADMINISTRATIVE PROCESSES IN THE GENERAL ATTORNEYS OF THE STATES

Mauricio Jorge Pereira da Mota¹
Roberto Hugo da Costa Lins Filho²

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de estabelecer um panorama sobre o desvio de poder e o dever de imparcialidade nos processos administrativos sancionadores, particularmente no que pertence à incompatibilidade jurídica de cumulação da função pública de julgador em processos administrativos sancionadores com a representação de classe. Trata-se de uma pesquisa de abordagem qualitativa do sentido contemporâneo da objetividade do desvio de poder no que concerne ao dever de imparcialidade do julgador nos processos administrativos disciplinares, consistindo em um estudo exploratório sobre matéria, sobre a qual ainda não existem muitas reflexões teóricas. Essa matéria é o conflito de interesses que eventualmente pode surgir entre as funções de representar e julgar um representado em um processo administrativo sancionador. Discute-se a falta de imparcialidade em sentido objetivo, sua delimitação, as análises doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto e busca-se estabelecer algumas conclusões práticas úteis sobre esse problema teórico.

PALAVRAS-CHAVE: Desvio de poder. Dever de imparcialidade em processos administrativos sancionadores. Função pública de julgador. Representação de classe.

ABSTRACT: The purpose of this article is to establish an overview of the misuse of power and the duty of impartiality in sancionatory administrative processes, particularly with regard to the legal incompatibility of cumulating the public function of judge in sancionatory administrative processes with class representation. This is a research with a qualitative approach to the contemporary sense of objectivity of the misuse of power with regard to the duty of impartiality of the judge in disciplinary administrative processes, consisting of an exploratory study on a matter, about which there are still not many theoretical reflections. This matter is the conflict of interest that may eventually arise between the functions of representing and judging a represented in a sancionatory administrative process. It discusses the lack of impartiality in an

¹Doutor em Direito Civil, Professor do Mestrado e Doutorado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Departamento de Teoria e Fundamentos do Direito, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, parecerista e advogado no Rio de Janeiro. E-mail: mjmotat@gmail.com

²Mestrando em Direito da Cidade na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Procurador do Estado do Rio de Janeiro e advogado no Rio de Janeiro. Email: robertohugo@bastostigre.adv.br

objective sense, its delimitation, doctrinal and jurisprudential analyzes on the subject and seeks to establish some useful practical conclusions on this theoretical problem.

KEYWORDS: Power misuse. Duty of impartiality in sancionatory administrative processes. Public function of judge. Class representation.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O desvio de poder e o dever de imparcialidade nos processos administrativos sancionadores. 1.1. O desvio de poder. 1.2. O dever de imparcialidade do julgador nos processos administrativos sancionadores. 2. A incompatibilidade jurídica que resulta na impossibilidade de cumulação da função pública de julgador em processos administrativos sancionadores dos procuradores do Estado com a função privada de representante de associação de classe dos procuradores. 2.1. A função privada de representação dos associados dos dirigentes de associação de classe dos procuradores. 2.2. O desvio de poder na cumulação da função pública de julgador em processos administrativos sancionadores dos procuradores do Estado com a função privada de representante da associação de classe dos procuradores. 3. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. The misuse of power and the duty of impartiality in the sancionatory administrative processes. 1.1. The misuse of power. 1.2. The judge's duty of impartiality in sancionatory administrative processes. 2. The legal incompatibility that results in the impossibility of cumulating of the public function of judge in sancionatory administrative processes of the state prosecutors with the private function of representative of class association of prosecutors. 2.1. The private representation function of the members of the directors of the association's class of the prosecutors. 2.2. The misuse of power in the cumulation of the public function of judge in sancionatory administrative processes of the State attorneys with the private function of representative of the class association of the attorneys. 3. Conclusion. References.

Introdução

O desvio de poder no direito administrativo contemporâneo assume uma nova realidade. Ele é, assim, objetivo. Ele se conforma e é inteligível no âmbito dos princípios. Não importa a aparente legalidade do fim público colimado se este não é aquele fim para o qual a lei foi instituída, consoante o princípio em referência.

Esse artigo pretende aclarar as dúvidas acerca do dever de imparcialidade do julgador nos processos administrativos sancionadores, e, particularmente, quando ocorre a infração de tal dever pela contrariedade ao fim para o qual a norma legal foi instituída, e a questão do desvio de poder em sua configuração hodierna pela desconsideração de incompatibilidades jurídicas.

Assim abordaremos, sucessivamente, o desvio de poder, seu caráter objetivo, a imparcialidade objetiva ou em sentido objetivo, o dever de imparcialidade do julgador nos processos administrativos sancionadores, o controle do comportamento expressado pelo julgador a partir da perspectiva de um observador leigo externo ao litígio e dotado de

razoabilidade, os conceitos de situações prejudicantes e de contaminação para designar a situação do julgador que tem a sua imparcialidade objetiva afetada, o afastamento de um julgador por violação da aparência de imparcialidade, a natureza da função privada de representação dos associados dos dirigentes de associação de classe dos Procuradores e seu possível desvirtuamento, o desvio de poder na cumulação da função pública de julgador em processos administrativos sancionadores dos Procuradores do Estado com a função privada de representante de associação de classe dos Procuradores, e, concluindo, definiremos os contornos básicos do desvio de poder no dever de imparcialidade dos processos administrativos sancionadores dos Procuradores do Estado.

1. O DESVIO DE PODER E O DEVER DE IMPARCIALIDADE NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES

1.1. O desvio de poder

O desvio de poder (*le détournement de pouvoir*) é uma criação do Conseil d'État francês: uma espécie do gênero do *excès de pouvoir*³.

O excesso de poder significa a utilização de um poder (de um poder público) excedendo os limites estabelecidos na correspondente norma que confere poder. De acordo com a estrutura desse tipo de normas, o excesso pode se referir a diversos aspectos: à competência do órgão, à forma do ato, ou ao fim mesmo, isto é, à consequência (E) que se pretendia alcançar com o resultado (R) da norma que confere poder. *O desvio de poder se refere exatamente a este último aspecto ou, melhor dizendo, à conexão entre o resultado e a consequência.* O que o Conselho de Estado francês começou a fazer, a partir da segunda metade do século XIX, foi anular certos atos da Administração por entender que o poder conferido havia sido exercido para um fim distinto do previsto. *Para a interpretação de que esses fins foram desrespeitados (efetuar uma interpretação teleológica) é necessário recorrer aos princípios que justificam tanto a própria regra que confere poder, como as regras regulativas que determinam seu uso permitido,* de forma que o desvio de poder supõe também a existência de uma dialética entre as

³ Desenvolvimento teórico dessa parte do texto originalmente publicado em MOTA, Mauricio. Reflexões sobre o desvio de poder no dever de imparcialidade do julgador no direito administrativo. Empório do Direito, 15.03.2017. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/reflexoes-sobre-o-desvio-de-poder-no-dever-de-imparcialidade-do-julgador-no-direito-administrativo-por-mauricio-mota>>. Acesso em: 29 de junho de 2020.

regras e os princípios, a ideia de que o sentido e alcance das regras não podem ser determinados com independência dos princípios⁴.

O desvio de poder é, no entendimento de Cretella Júnior, "*expressão que, à letra, em conjunto, significa, portanto, o seguinte: afastamento na prática de determinado ato; poder exercido em direção diferente daquela vista da qual a lei estabeleceu; distorção de finalidade; distorção de fim, direção diversa da que deveria ter*"⁵.

Na Espanha foi o legislador que expressamente constituiu tal instituição jurídica. A Lei da Jurisdição Contencioso-Administrativa de 1956 dispunha, no art. 83.2: "*a sentença estimará o recurso contencioso administrativo quando o ato ou a disposição incorrer em qualquer forma de infração do ordenamento jurídico, inclusive desvio de poder*", e dava logo uma definição da mesma: "*constituirá desvio de poder o exercício de potestades administrativas para fins distintos dos fixados pelo ordenamento jurídico*"⁶.

Por seu turno, Jean Rivero informa a ocorrência do desvio de poder: "*Há desvio quando o fim perseguido, se bem que de interesse geral, não é o fim preciso que a lei atribuía ao acto. O exemplo típico é o da utilização pelo maire [prefeito] dos seus poderes de polícia, não para manter a ordem, mais para aumentar os rendimentos da comuna (C.E, 4 de julho de 1924, Beaugé, pág. 641: ao proibir aos banhistas que se despissem fora das cabines municipais pagas, instaladas na praia, o maire teve em vista, não a decência pública, mas o interesse financeiro da comuna)*"⁷.

Com sua fulgurante clareza, Hely Lopes Meirelles assim descreve o fenômeno:

"O desvio de finalidade ou de poder se verifica quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, *pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público*. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal"⁸.

⁴ ATIENZA, Manuel & MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 76.

⁵ CRETILLA JUNIOR, José. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 15.

⁶ O art. 70.2 da nova Lei reguladora da Jurisdição Contencioso-administrativa (de 1998) mantém a mesma definição.

⁷ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 290.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p.92.

Os órgãos públicos têm como característica central nos nossos Estados constitucionais, uma autonomia regrada, isto é, eles não gozam, como os particulares, de autonomia sem finalidades: *o ordenamento jurídico lhes confere esse poder não para que persigam seus próprios fins, mas sim, fins públicos*. Em consequência, o princípio que impera aqui não é o da autonomia (que, com certos limites, é o que preside o exercício de poderes privados), *senão o do interesse público, isto é, a obrigação de exercer a função pública a serviço dos interesses gerais*. No exercício dos poderes públicos a caracterização das consequências (de E) é de caráter positivo: concede-se o poder para que, por meio de R, sejam obtidos estados de coisas positivamente determinados.

Explicam Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero que, sendo a **finalidade do ato** uma consequência caracterizada por um determinado estado de coisas, *sua regulação terá que ser feita através de regras de fim ou mediante diretrizes*. Trata-se de regulação mediante regra de fim que concede poder para produzir um resultado ou um fim concreto: por seguir, por exemplo, que em determinada universidade, depois de um certo período de tempo, 50% de seus professores alcance um determinado nível no uso de certa língua; para atingir esse fim, o órgão competente poderá optar por subir o salário dos professores que obtenham o nível desejado, por limitar o acesso a determinados postos a quem não mostre essa eficiência etc.; *uma vez selecionado o meio ou meios adequados, saber se se cumpriu ou não a regra (se o fim foi alcançado ou não) não exige nenhuma ponderação (é suficiente comprovar se se produziu ou não tal estado de coisas)*⁹.

Dessa forma, no direito administrativo, *perseguir um fim distinto ao que sinaliza a lei é o mesmo que perseguir um fim proibido*, pois os poderes públicos, diferente do que se passa com os sujeitos privados, não estão meramente limitados, *mas sim positivamente determinados quanto aos fins que podem lícitamente perseguir*.

É o que se vê, consoante Atienza e Manero, na jurisprudência do Conseil d'État, sobretudo nos famosos arrêts Lesbats, de 15 de fevereiro de 1864. Neles, o Conselho de Estado declarou que se um prefeito utilizava a potestade para regular a permanência e circulação de veículos nas praças próximas à estação de trem, para assegurar o monopólio da única empresa que tinha um contrato com a Companhia de Trem, *cometia um excesso de poder, visto que estava usando a autoridade para um fim diverso daquele que o legislador havia concedido*.

Assim, a análise em termos do *arrêt* proposto seria a seguinte:

⁹ ATIENZA, Manuel & MANERO, Juan Ruiz. *op. cit.*, p. 78.

1. Em primeiro lugar, *existe uma regra que permite ao prefeito usar uma norma que confere poder*: para regular a permanência e a circulação dos veículos nas imediações da estação de trem.
2. Em segundo lugar, nenhuma regra proíbe o prefeito de produzir esse resultado normativo (regular de certa maneira a permanência e circulação de veículos), mas no caso em questão essa regulação tem como consequência a produção de um dano (às empresas que não têm um contrato com a Companhia de Trem) *o qual resulta injustificado porque viola o princípio da igualdade de tratamento, que serve de limite à diretiz* (lograr um funcionamento eficiente do acesso ao trem) que justifica a permissão concedida ao prefeito para regular a permanência e circulação dos veículos em imediações próximas à estação de trem.
3. A forma com que esse prefeito fez uso de seu poder normativo *dá lugar a uma situação que infringe o princípio da igualdade de tratamento*, ao criar uma situação de monopólio a favor de uma determinada empresa e em detrimento das demais.
4. Finalmente, *a prevalência do princípio de igualdade de tratamento gera a regra de que a autoridade pública está proibida de usar seu poder de regular a permanência e circulação de veículos nas proximidades da estação de trem de modo que estabeleça um limite para uma determinada empresa*¹⁰.

Portanto, é de rigor concluir que existe desvio de poder - o distanciamento do fim - não somente quando o fim perseguido é diverso do interesse geral (e, portanto, ilícito, pois a atuação da Administração, dos poderes públicos, apenas se justifica se persegue essa finalidade), *mas inclusive quando se trata de fins públicos, fins gerais, mas diferentes dos legalmente estabelecidos*.

Explicam Atienza e Manero isso com um exemplo do Tribunal Supremo espanhol:

Uma decisão do Tribunal Supremo (de 13 de julho de 1987) anulou parcialmente uma portaria do prefeito de Madrid sobre a operação de Regulação do Estacionamento. Segundo o Tribunal *o fim* que deve ser atendido pelo exercício da competência municipal para a organização da *circulação é procurar a segurança e a fluidez do tráfico, razão pela qual incorreu-se em desvio de poder ao exigir a prova de haver pago o imposto de circulação*, como requisito prévio à obtenção da cédula de identidade de residente: «uma finalidade arrecadatória

¹⁰ ATIENZA, Manuel & MANERO, Juan Ruiz. *op. cit.*, p. 81/82.

transcende ao âmbito da pura regulação do tráfico e penetra no terreno tributário (...), *aqui se perseguia uma finalidade de interesse público, mas não é aquela determinada pelo ordenamento jurídico para a potestade em questão*»¹¹.

Por fim *o desvio de poder do ato administrativo tem um caráter objetivo*, o que quer dizer que não é necessária a existência de um elemento subjetivo do agente (a intenção dolosa de agir em desconformidade com a finalidade da lei).

Se existe uma regra regulativa que permite a um órgão O, nas circunstâncias X, realizar uma ação A que produz o resultado da norma (R) (uma lei, um regramento, um ato administrativo) e se esse resultado é objetivamente adequado para uma consequência E (obter determinado estado de coisas), se o resultado da norma (R) é utilizado para obter outra consequência E' (que contraria um princípio jurídico que embasa a regulação permitida e que representa um dano injustificado) ocorre na hipótese um desvio de poder objetivo, com independência de se o órgão em questão teve ou não tal propósito injustificado ao realizar a ação A.

No exemplo acima exposto, no dizer de Atienza e Manero, deve-se verificar qual a atuação do órgão que o desvio de poder supõe e qual a ação por ele efetivamente praticada (da Prefeitura de Madrid) cujo resultado normativo é a produção de uma portaria com determinado conteúdo. *Uma dessas normas tinha como finalidade - na opinião do Tribunal Supremo - não a regulação do tráfego, mas sim favorecer o pagamento de impostos: isto é, estar-se-ia fazendo uso de R não para obter E (regular o tráfego de veículos), e sim E' (favorecer o pagamento de imposto).*

E o que justifica o poder outorgado à Prefeitura é a consecução de E, não de E'.

O desvio de poder é, assim objetivo. Ele se conforma e é inteligível no âmbito dos princípios. Não importa a aparente legalidade do fim público colimado (a arrecadação de impostos) se este não é aquele fim para o qual a lei foi instituída, consoante o princípio em referência (regular o tráfego de veículos). O princípio de que se deve lograr o estado de coisas E' (favorecer a arrecadação) pode, sem perder sua validade, resultar derrotado (dadas todas as circunstâncias que concorrem em um determinado caso) por outro princípio portador de razões mais fortes (o princípio de que uma Prefeitura não deve exceder suas competências, o princípio de segurança jurídica etc.). Em consequência, o Tribunal Supremo estaria aqui dizendo que, dadas as mencionadas circunstâncias, uma Prefeitura está proibida de perseguir um fim E'; não há, pois, contradição alguma na afirmação de que *prima facie* ou em abstrato se deve (é

¹¹ ATIENZA, Manuel & MANERO, Juan Ruiz. *op. cit.*, p. 81/82.

obrigatório) procurar realizar E', mas que, no entanto, nas circunstâncias C, não se deve (está-se proibido) procurar E'¹².

1.2. O dever de imparcialidade do julgador nos processos administrativos sancionadores

Acerca da *impessoalidade* e da *isonomia*, algumas considerações se fazem pertinentes. A atuação das pessoas em geral é movida por seus interesses egoísticos, ou seja, busca-se a satisfação das próprias necessidades ou daqueles que lhes são próximos. A administração pública, porém, *deve ter como finalidade essencial a satisfação do interesse público*, buscando as melhores alternativas para a sociedade como um todo. E, por "interesse público", não deve se compreender alguma concepção ideológica pessoal do agente, mas aquilo que é definido como tal pelo Direito. Portanto, o princípio da impessoalidade (ou da finalidade) *decorre diretamente do princípio da legalidade*.

Atuar impessoalmente, portanto, significa ter sempre a finalidade de satisfazer os interesses coletivos, mesmo que, no processo, interesses privados sejam prejudicados. *O que se veda é a atuação administrativa com o objetivo de apenas beneficiar ou prejudicar pessoas*.

Impessoalidade significa *imparcialidade* e *isonomia*, pois a função da administração pública é a execução da lei (na lição de Miguel Seabra Fagundes, "*administrar é executar a lei de ofício*"), independentemente de quais sejam os interesses beneficiados ou prejudicados. Até mesmo os próprios interesses do Estado, enquanto pessoa jurídica, somente podem ser satisfeitos se estiverem respaldados pela lei. Assim, em um processo sancionador, a eventual decisão pertinente ao Estado deve ser baseada na melhor aplicação da lei e não em nenhum interesse subjetivo.

Os atos da administração devem sempre estar de acordo com a finalidade genérica (satisfação do interesse público) e com sua finalidade específica, que lhe é própria. A desobediência a qualquer uma dessas finalidades constitui uma espécie de abuso de poder chamada de desvio de finalidade ou de desvio de poder (ex.: a remoção de um servidor de uma localidade para outra tem o objetivo de suprir a necessidade de pessoal no local de destino (finalidade específica). Caso seja utilizada para puni-lo ou por simples perseguição pessoal, *haverá desvio de poder*:

“O princípio da *isonomia* não corresponde a uma norma igual em eminência a outra qualquer, ou mesmo aos outros princípios, no contexto constitucional. A

¹² ATIENZA, Manuel & MANERO, Juan Ruiz. *op. cit.*, p. 88/89.

análise do seu conteúdo revelará a sua insigne posição, que lhe realça decisivamente o significado normativo, em comparação com os outros princípios e normas constitucionais. Com surpreendente perspicácia, Francisco Campos já advertira o intérprete e aplicador da Constituição para a eminência *da isonomia no confronto até mesmo com os outros princípios constitucionais*: "A cláusula relativa à *igualdade* diante da lei *vem em primeiro lugar na lista dos direitos e garantias que a Constituição assegura* aos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Não foi por acaso ou arbitrariamente que o legislador constituinte iniciou com o *direito à igualdade* a enumeração dos direitos individuais. Dando-lhe o *primeiro lugar* na enumeração, quis significar expressamente, embora de maneira tácita, que o princípio da *igualdade rege todos os direitos* em seguida a ele enumerados"¹³.

Segundo nos ensina Ricardo Lobo Torres¹⁴:

A igualdade é o mais importante dos princípios jurídicos e o que oferece a maior dificuldade de compreensão ao jurista e ao filósofo do direito. (...) O aspecto mais intrincado da igualdade se relaciona com a sua *polaridade*. Enquanto nos outros valores (justiça, segurança, liberdade) a polaridade significa o momento da sua negação (injustiça, insegurança, falta de liberdade), *na igualdade o seu oposto não a nega, sendo que muitas vezes a afirma. Aí está o paradoxo da igualdade*. A desigualdade nem sempre é contrária à igualdade, como definiu brilhantemente Rui Barbosa: 'A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade'" (Oração aos Moços. Rio de Janeiro, Organização Simões, 1951, p. 31).

E continua o respeitado professor:

"O grande problema consiste, então, em saber até que ponto a *desigualdade* que compõe a equação da igualdade é tolerável, ou, em outras palavras, quais as diferenças que importam em cada caso. Não há nenhuma resposta certa e segura. *O critério é formal e vai ser preenchido pelas valorações e pelos princípios constitucionais*. Só a *razoabilidade* na escolha do legislador é que pode afastar a *arbitrariedade* em que radica a desigualdade".

"o princípio constitucional da igualdade (...) *significa sobretudo proibição de arbitrariedade, de excesso ou de desproporcionalidade (= não-razoabilidade)*"¹⁵.

Indo além, o prestigiado autor (p. 276/277) define como formas de tratamento desigual o privilégio odioso ("permissão para fazer ou deixar de fazer alguma *coisa contrária ao direito comum, sem justificativa razoável*") e as discriminações (desigualdades infundadas e prejudiciais). *Apenas se a desigualdade estiver fundada razoavelmente na justiça, segurança ou liberdade, não haverá privilégio odioso nem discriminação*, e sim um "privilégio legítimo,

¹³ CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. v. 2. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956, p. 12.

¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 260/262.

¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *op. cit.*, p. 262/264.

plenamente permitido e até garantido pela Constituição”, com a função de equalizar, tratando desigualmente aos desiguais na medida em que se desigalam.

Fundado nesses princípios está o *dever de imparcialidade do julgador*. Independentemente do estado anímico do julgador e das possibilidades reais de produção de provas acerca dele, a imparcialidade deve também ser analisada a partir de parâmetros objetivos e concretos, inclusive no que diz respeito à aparência de imparcialidade e no que concerne à confiança que o juiz e o seu comportamento despertam nas partes e na sociedade, a serem analisados casuisticamente. É a *imparcialidade objetiva* ou *imparcialidade em sentido objetivo*¹⁶.

O *comportamento externo do julgador* deve ser capaz de oferecer garantias suficientes de imparcialidade aos litigantes e à sociedade em geral de modo a excluir qualquer dúvida legítima quanto ao exercício imparcial da competência. Na verdade, de acordo com esse viés de orientação, deve-se considerar não somente a percepção que a parte legitimamente pode experimentar, mas também *a percepção que um observador externo ao processo e dotado de razoabilidade pode experimentar acerca do comportamento externo do julgador*.

Assim é que no direito processual norte-americano construiu-se a tese de que o julgador pode ser afastado quando o seu comportamento externo possa gerar *questionamento razoável* quanto à sua imparcialidade. Utiliza-se, então, um parâmetro de controle do comportamento externalizado pelo juiz a partir da perspectiva de um observador leigo externo ao litígio e dotado de razoabilidade (na expressão inglesa: *reasonable person's point of view*)¹⁷.

À conta dessas considerações é possível reiterar: se pudessemos formular uma indagação de modo a explicar o conceito a uma pessoa não versada no tema, poderíamos sugerir a pergunta: o comportamento exterior desse julgador inspira nas partes e em um observador externo estranho ao assunto a percepção e a confiança na sua imparcialidade? Em caso de resposta afirmativa, tem-se por atendido o requisito de imparcialidade objetiva do julgador. Em caso negativo, tal requisito não está atendido e ele deve ser afastado do julgamento da causa.

Hoje, no direito brasileiro, ainda e sempre sob forte influxo do pensamento jurídico europeu (especialmente português e italiano), parece estar assentado de modo pacífico em doutrina¹⁸ e jurisprudência o conceito de *boa-fé objetiva*, que dispensa a análise do estado

¹⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 130.

¹⁷ FLAMM, Richard E. *Judicial Disqualification – Recusal and Disqualification of Judges*. Second Edition. Berkeley: Banks and Jordan Law Publishing Company. 2007, p. 127 *et passim*.

¹⁸ Ver, por todos, no direito brasileiro, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

anímico das partes e desloca a atenção do intérprete e do julgador para o comportamento das partes e para os deveres de confiança e lealdade recíprocos, que devem ser observados, ainda que não estejam e nem possam ser exaustivamente descritos nos instrumentos negociais ou na legislação específica.

Normalmente, a imparcialidade em sentido objetivo *é afetada pelo exercício anterior pela mesma pessoa de funções no processo* (usualmente designada como *incompatibilidade endoprocessual*) ou *pelo conhecimento anterior do objeto do processo ou, ainda, pelo fato de ter havido uma manifestação prévia pelo julgador sobre o objeto do processo.*

A doutrina especializada utiliza os conceitos de *situações prejudicantes* e de *contaminação* para designar a situação do julgador que tem a sua *imparcialidade objetiva* afetada.

A *contaminação* ocorreria em razão de a *cognição* restar *contaminada pelo exercício prévio de atividades cognitivas no processo* (fenômeno *endoprocessual*). Em suma, *quando o julgador exerce previamente ao julgamento de mérito algumas funções no processo, é levado a formular juízos hipotéticos prévios fundados em cognição não-exauriente e muitas vezes é levado a decidir questões urgentes de acordo com algum desses juízos prévios.* Especialmente no âmbito do processo penal, mas também nos processos administrativos sancionadores, entende-se que essa atividade tende a contaminar de modo irreversível a atividade julgadora.

Em complemento, essas situações que ocasionam contaminação são designadas situações prejudicantes (*“situazioni pregiudicanti”*) – fala-se também em decisões prejudicantes (*“decisione pregiudicante”*)¹⁹, *prejudicante* que não se confunde com a *prejudicial* em sentido estrito. Nesse sentido, à guisa de exemplo, *o exercício de poderes atinentes à preservação das garantias dos acusados no processo penal é considerado uma situação prejudicante*, no sentido de que contamina a cognição futura do respectivo julgador, que não deve julgar o mérito da causa.

Nessa mesma linha de orientação está a importantíssima formulação de que o juiz penal (e também o julgador administrativo sancionador) que participa ativamente da instrução do processo não deve julgá-lo em razão de ausência de *imparcialidade objetiva*.

¹⁹ Sobre a contaminação, sem prejuízo das referências posteriores veja-se LOPES, José António Mouraz. A Tutela da Imparcialidade Endoprocessual no Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora. 2005, p. 87: “O âmbito do que constitui essa “contaminação” processual é afinal um dos temas fracturantes da discussão sobre a imparcialidade do juiz”.

O dever de imparcialidade objetivo do julgador tem arrimo também na moderna jurisprudência, tal como aquela construída pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Referimo-nos ao caso *Wettstein vs. Switzerland*²⁰. Cuida-se de um caso interessante, que combina diversas facetas da imparcialidade. O senhor Wettstein era proprietário de diversos imóveis e tinha submetido diversos litígios havidos com várias municipalidades à Corte Administrativa do Cantão de Zurich, um órgão composto de membros permanentes e temporários, sendo certo que dentre estes últimos havia vários advogados especializados nas matérias em questão, chamados a contribuir com o trabalho do órgão em razão da sua especialização. Sem dúvida, de acordo com a legislação suíça, tratava-se do exercício de função jurisdicional.

Em um dos casos submetidos pelo senhor Wettstein, semelhante a um processo de desapropriação, funcionaram como juízes temporários dois advogados que representavam interesses contra o senhor Wettstein em outros casos, representando partes adversas e um dos municípios envolvidos. *Na verdade, a mesma pessoa funcionava, concomitantemente, em um caso como juiz e em outro como advogado.*

A Corte entendeu – corretamente, a nosso juízo – que o exercício dessas funções, mesmo que de acordo com a legislação vigente na Suíça e em casos diferentes, não propiciava proteção adequada à *imparcialidade*. Na verdade, a legislação suíça não considerava haver impedimento ou suspeição daquela pessoa para funcionar como juiz no caso concreto, nem havia prova do estado anímico do magistrado, de modo que a sua imparcialidade não poderia ser questionada sob o prisma subjetivo. *Contudo, ainda assim, essa situação poderia gerar dúvidas legítimas no jurisdicionado quanto ao exercício imparcial da jurisdição.*

Com efeito, a Corte²¹ *efetuou teste de imparcialidade objetiva e entendeu que a*

²⁰ Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso Wettstein vs. Switzerland*, Application n. 33958/96, julgado unânime em 21.03.2001.

²¹ Permita-se a longa transcrição: “As regards the subjective aspect of such impartiality, the Court notes that there was nothing to indicate in the present case any prejudice or bias on the part of judges (...) 44. There thus remains the objective test. Here, it must be determined whether, quite apart from the judge's conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to his impartiality. (...) 45. Turning to the present case, the Court notes that judge R. acted against the applicant in separate building proceedings as the legal representative of the Küsnacht municipality (...). This situation arose in the Canton of Zürich where, as with the courts of many other cantons, the Administrative Court is composed of both full-time and part-time judges. The latter may practice as legal representatives. The Administrative Judiciary Procedure Act in force at the relevant time contained no provisions as to the incompatibility of such legal representation with judicial activities. (...) There was, therefore, an overlapping in time of the two proceedings with R. in the two functions of judge, on the one hand, and of legal representative of the opposing party, on the other. As a result, in the proceedings before the Administrative Court, the applicant could have had reason for concern that judge R. would continue to see in him the opposing party. In the Court's opinion this situation could have raised legitimate fears in the applicant that judge R. was not approaching his case with the requisite impartiality (...). In the Court's view, these circumstances serve objectively to justify the applicant's apprehension that judge R. of the Administrative Court of the Canton of Zürich lacked the

situação poderia gerar dúvida legítima na parte quanto à imparcialidade daquele magistrado.

Em suma, entendeu-se que *o jurisdicionado poderia ter fundado temor de que aquele magistrado fosse influenciado pela visão construída e defendida no outro caso e o tratasse como parte adversa*, inobservando a imparcialidade, no caso, a imparcialidade objetiva.

Disso resulta que, quanto à natureza do dever de imparcialidade do julgador (seja em um processo judicial ou administrativo sancionador) este deve ser apreciado em seu duplo sentido: imparcialidade subjetiva e imparcialidade objetiva. Assim, cabe sintetizar em tópicos:

1. a imparcialidade objetiva permite o afastamento de um julgador por violação da aparência de imparcialidade;
2. a análise da conduta imparcial do julgador deve atentar para as circunstâncias de cada caso concreto e para as peculiaridades de cada ordenamento jurídico, inserido em uma dada realidade social;
3. o fato de ter conhecido anteriormente do objeto do processo não é, por si só, causa de afastamento do julgador, mas pode ser um indício relevante de parcialidade;
4. o exercício de poderes atinentes à preservação das garantias dos acusados no processo é considerado uma situação prejudicante, no sentido de que contamina a cognição futura do respectivo julgador, que não deve julgar o mérito da causa;
5. o acúmulo de funções instrutórias e julgadoras afeta a imparcialidade dos julgadores;
6. o exercício pela mesma pessoa, concomitantemente, em um caso como juiz e em outro como advogado (em defesa ou em sentido adverso ao acusado) inobserva o dever de imparcialidade, sob o prisma da imparcialidade objetiva.

2. A INCOMPATIBILIDADE JURÍDICA QUE RESULTA NA IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA FUNÇÃO PÚBLICA DE JULGADOR EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES DOS PROCURADORES DO ESTADO

necessary impartiality. 50. Consequently, in the present case there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention as regards the requirement of an impartial tribunal” (Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Wettstein vs. Switzerland, Application n. 33958/96, julgado unânime em 21.03.2001).

COM A FUNÇÃO PRIVADA DE REPRESENTANTE DE ASSOCIAÇÃO DE CLASSE DOS PROCURADORES

2.1. A função privada de representação dos associados dos dirigentes de associação de classe dos Procuradores

A Constituição Federal houve por bem garantir, em seu artigo 5º, inciso XVII, a liberdade de associação para fins lícitos.

As principais características das associações, destacadas pela doutrina, são: a reunião de indivíduos que *objetivam alcançar uma finalidade comum*, não lucrativa, através de contribuições, que podem ser ou não pecuniárias e que constituem o patrimônio da entidade. Destaca-se, ainda, a liberdade que os membros possuem de criar os seus estatutos e de regular a organização da associação, além da proibição de distribuição de lucros.

Os associados possuem liberdade para criar os estatutos, inserindo os dispositivos que entendem pertinentes, desde que não contrários à lei. Caio Mário da Silva Pereira diz que as associações *se propõem a realizar, dentre outros, os objetivos dos próprios instituidores*:

“entidades que se originam do poder criador da vontade individual, em conformidade com o direito positivo, e *se propõem realizar objetivos de natureza particular para benefício dos próprios instituidores*, ou projetadas no interesse de uma parcela determinada ou indeterminada da coletividade”²²

A gestão de uma associação por seus representantes *deve ser exercida no interesse da associação, de acordo com os seus fins estatutários*. Para M. BASILE a *garantia de que ela corresponda aos objetivos da entidade é feita por uma disciplina que prescreve os modos e o conteúdo dos atos pelos estatutos*, contida no Código Civil e nos princípios gerais²³.

No que tange aos princípios gerais, existe o princípio da colegialidade, que pressupõe um órgão formado por indivíduos, devendo ser assegurada ao ente uma gestão unitária e coletiva das funções. Este princípio comporta o direito-dever de cada administrador de concorrer à atividade deliberativa de pertinência ao conselho, *excluindo poderes de administração disjuntiva*²⁴.

²²PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 215.

²³ BASILE, Massimo, *Le persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 240.

²⁴ BASILE, Massimo, *op. cit.*, p. 240/241.

Assim é que os representantes, os Diretores de uma associação de classe dos Procuradores, como dirigentes de qualquer associação de classe, têm o *dever estatutário de representar, patrocinar e defender os interesses individuais dos Procuradores Associados relacionados com seu exercício funcional. E de atuar na representação dos associados quando convocados para advogar, judicial ou administrativamente, a causa do associado.*

Assim, dispõe o Estatuto da Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal - ANAPE:

“Art. 1º A Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal - ANAPE, Entidade de Classe de âmbito nacional, sem fins lucrativos, tem por finalidade principal representar e defender, de forma exclusiva, em nível nacional, os interesses relacionados com o exercício funcional dos seus associados, ativos e inativos, bem como agir no sentido de consolidar a Advocacia de Estado como instituição essencial à Justiça, ao regime de legalidade da Administração Pública e ao Estado Democrático de Direito”.

Também dispõe, por exemplo, o Estatuto da Associação dos Procuradores do Estado do Acre - APEAC:

“Art. 4º Constituem finalidades da APEAC:

I- congregar os membros da carreira de Procurador do Estado do Acre, promovendo a cooperação e a solidariedade entre eles, de modo a estreitar e a fortalecer a união, bem como mediante adoção de medidas que os incentivem ao bom desempenho de suas funções;

II- pugnar pelo fortalecimento da Procuradoria-Geral do Estado, defendendo seus princípios institucionais e suas funções, velando pelo prestígio da classe, *defendendo os direitos, garantias, prerrogativas, interesses e reivindicações dos Procuradores do Estado associados, ativos e inativos;*

III- *promover a representação e a defesa judicial e extrajudicial dos direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos dos membros da carreira de Procurador do Estado*, ativos ou inativos, e de seus pensionistas, independentemente de autorização da Assembleia;

Igualmente a Associação dos Procuradores do Distrito Federal - APDF:

“Art. 2º - A Associação tem por finalidade: I – Velar pelo prestígio, direitos e prerrogativas da classe, propugnando pelos interesses dos associados, mediante a adoção de medidas que os incentivem ao bom desempenho de suas funções. II – *defender os associados perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária;* III – colaborar com o Distrito Federal no estudo e solução dos problemas que se relacionem com a classe; IV – promover atividades de pesquisa científica e cultural; V – realizar cursos e seminários de aperfeiçoamento da classe e de estudos jurídicos em geral. Parágrafo Único – A Associação executará, diretamente ou através de fundação por ela instituída, ou mediante convênio com outras entidades, programas de assistência, previdência e recreação em favor dos associados e de seus familiares, extensivos aos dependentes dos Procuradores falecidos anteriormente à fundação, tudo conforme as condições estabelecidas nos respectivos planos”.

E, por fim, o Estatuto da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro - APERJ:

“Art. 2º - A APERJ tem como objetivos sociais:

I - representar, patrocinar e defender, em nível estadual, interestadual e nacional, os interesses gerais da classe dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, e seus interesses individuais relacionados com seu exercício funcional, pugnando, outrossim, pelo prestígio da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro;

Art. 3º. Para a consecução de seus objetivos a APERJ exercerá suas atividades junto aos órgãos públicos ou a particulares em geral, podendo designar representantes para cada caso específico em que se faça necessária a presença ou a intervenção dos órgãos de classe.”.

Portanto, resta claro que a *função privada de representação de classe* impõe aos representantes um dever estatutário de atuar em conformidade com seus estatutos e de representar, patrocinar e defender os interesses de seus associados. Essa intervenção defensiva, representativa é obviamente incompatível com função de julgamento de associados em órgão julgador de processos administrativos sancionadores (Conselho).

Como bem se vê na teoria jurídica exposta, não pode um representante de associação, sem violar seus deveres estatutários, atuar de maneira que não seja a de defender perante qualquer autoridade os interesses individuais relacionados com o exercício funcional de seus associados.

Incorreria em *grave desvirtuamento da função privada de representação* tal concomitância de atividades incompatíveis porque a Constituição Federal garante a liberdade de associação exatamente para que todos os direitos assegurados estatutariamente aos associados sejam exercidos diretamente ou através de seus representantes. Inadmissível, portanto, tolher a liberdade de associação, pois a entidade associativa que assim procedesse (ao permitir o exercício das incompatibilidades) jamais poderia cumprir suas finalidades de representação, sob pena de violação ao disposto nos incisos XVII e XXI do art. 5º da Constituição Federal:

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

(...);

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

(...);

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;”.

Dessa forma se evidencia a incompatibilidade de tais funções. Como um Conselheiro, que fosse ao mesmo tempo Diretor da associação de classe, e Conselheiro, poderia julgar de forma isenta, imparcial, e também representar, patrocinar e defender os interesses individuais do associado? É claro que não, ele estaria sendo infiel nas duas funções, e atingido de forma cabal estaria o princípio da imparcialidade objetiva.

O escopo de uma associação civil, de qualquer associação civil, é bem exercer suas finalidades estatutárias. *Os representantes de uma associação que impedem o associado de exercer um direito que lhe é assegurado na forma do estatuto estão simplesmente desnaturando a associação.* Como bem dispõe o Código Civil brasileiro em seu art. 58:

Art. 58. Nenhum associado poderá ser impedido de exercer direito ou função que lhe tenha sido legitimamente conferido, a não ser nos casos e pela forma previstos na lei ou no estatuto.

2.2. O desvio de poder na cumulação da função pública de julgador em processos administrativos sancionadores dos Procuradores do Estado com a função privada de representante da associação de classe dos Procuradores

No que pertine ao direito público não é possível deixar de destacar que são absolutamente conflitantes as funções de representar e de julgar, dado o *evidente conflito de interesses* no atuar de alguém como representante e, ao mesmo tempo, julgador de seu representado.

Nos processos administrativos sancionadores são concedidos a um conjunto de membros da Procuradoria (geralmente reunidos em um Conselho da Procuradoria Geral do Estado), eleitos na forma própria, alguns poderes, dentre eles os de julgarem esses processos contra Procuradores do Estado. Esses poderes são conferidos não para que persigam fins próprios, mas sim fins públicos, quais sejam, julgar com isenção e imparcialidade seus colegas na apreciação de imputação de faltas disciplinares. Em outras palavras, busca-se um estado de coisas, a consecução de um processo público, com todas as garantias do devido processo legal, e que seja um processo justo. Para isso, a lei exige que as regras de fim ou diretrizes que presidem o ato não sejam atingidas, quais sejam, que os juízes sejam imparciais, ajam justamente e cheguem a um resultado justo no processo.

Se os juízes são parciais, têm um interesse no resultado do processo, indubitavelmente haverá processo, mas não o desenvolvimento válido e regular da relação processual. Assim, atua em conflito de interesses o Procurador que participa de julgamento de colegas, em concomitância com a atuação em cargo (de representação) de direção de Associação de Classe de Procuradores.

Ocorre aqui um desvio de poder. A norma que autoriza o julgamento por parte desse Procurador, em acumulação de funções pública de julgar e privada de representar o interesse do mesmo acusado perante a administração, *está sendo utilizada para perseguir um fim distinto daquele sinalizado pela lei*, qual seja, o julgamento justo realizado por julgadores imparciais. Isso porque o princípio da imparcialidade dos processos administrativos sancionadores estará sendo desatendido.

Falta a tal “julgador” a *imparcialidade objetiva* ou *imparcialidade em sentido objetivo*. Isso porque um julgador que seja concomitantemente representante de associação de classe incumbida da representação do associado que está sendo julgado *tem um comportamento externo* incapaz de oferecer garantias suficientes de imparcialidade aos litigantes e à sociedade em geral de modo a excluir qualquer dúvida legítima quanto ao exercício imparcial da competência.

Os diretores de uma associação de classe de Procuradores *têm o dever de representar, patrocinar e defender os interesses individuais dos Procuradores associados, relacionados com seu exercício funcional*. Eles atuam, portanto, no patrocínio e defesa dos interesses do representado, e não no julgamento de sua pessoa. São funções assim juridicamente incompatíveis as de Diretor de associação de classe e partícipe de julgamento de representado em Conselho próprio para tanto. É um dever do associado a contribuição para que sua Associação de classe realize seus objetivos sociais, o que se perfaz justamente pelo pacto estatutário de representação entre representante (o dirigente da associação) e representado, sendo manifesta, portanto, a incompatibilidade jurídica entre as funções de representar (defender, patrocinar) e de julgar.

Trata-se aqui de claríssima situação em que nenhum *observador externo ao processo e dotado de razoabilidade poderia experimentar uma percepção de imparcialidade acerca do comportamento externo de tal julgador*. Em um processo administrativo sancionador que é informado pelo princípio da boa-fé objetiva e pelos **deveres de confiança e lealdade recíprocos**, obviamente tal julgador deve ser afastado de qualquer deslinde e julgamento da causa.

Sendo esse julgador um indivíduo estatutariamente obrigado à defesa dos interesses individuais relacionados ao exercício funcional do acusado, obviamente sua atuação é comprometida por uma situação prejudicante, qual seja, sua *cognição do processo restar contaminada pelo exercício prévio de atividades cognitivas no processo*.

Assim, *tendo o dito julgador exercido prévia ou concomitantemente ao julgamento de mérito algumas funções na representação dos interesses do acusado, ou, ao menos por estar obrigado estatutariamente a tanto, ele é levado a formular juízos hipotéticos prévios fundados em cognição não-exauriente*. No processo administrativo sancionador, que é informado pelos princípios do direito processual penal, entende-se que essa atividade tende a contaminar de modo irreversível a atividade julgadora.

Do mesmo modo, como representante de associação de classe de associado acusado, *o exercício de poderes atinentes à preservação das garantias deste acusado no processo administrativo sancionador, ou, ao menos, a obrigação estatutária de fazê-lo irregularmente descumprida, é considerado(a) uma situação prejudicante*, no sentido de que contamina a cognição futura do respectivo julgador, que não deve julgar o mérito da causa.

Melhor sorte não teria a argumentação de que não se tratando de uma violação frontal da regra, mas de suspeição ou incompatibilidade não prevista na norma, tal atuação seria lícita, e não se caracterizaria como um desvio de poder. Dessa forma, não sendo o caso de exercício da função privada de representante de associação de classe de Procuradores, em concomitância com o exercício da função de julgador em processos administrativos sancionadores dos Procuradores de Estado associados, uma suspeição ou incompatibilidade expressamente prevista em norma regulamentadora, tal conduta (a concomitância) seria lícita.

Mas ainda podemos exemplificar com a legislação do Estado do Rio de Janeiro. O Regimento Interno do Conselho da Procuradoria Geral do Estado (Resolução PGE nº 4.487 de 13 de Dezembro de 2019) assim dispõe:

“DA SUSPEIÇÃO E IMPEDIMENTOS

Art. 38 - Aplicam-se aos Conselheiros as mesmas hipóteses de impedimentos e suspeições previstas nos artigos 90 a 95 da Lei Complementar nº 15 de 1980.”

Por sua vez a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (Lei Complementar estadual nº 15/1980) prevê:

“Art. 90 - É defeso ao Procurador do Estado exercer as suas funções em processo ou procedimento:

I - em que seja parte, ou de qualquer forma interessado;

- II - em que haja atuado como advogado de qualquer das partes;
- III - em que seja interessado cônjuge, parente consanguíneo ou afim, em linha reta, ou na colateral, até 3º grau;
- IV - no qual haja postulado como advogado de qualquer das pessoas mencionadas no inciso anterior;
- V - nos casos previstos na legislação processual.

Art. 91 - O Procurador do Estado não poderá participar de Comissão ou Banca de Concurso, intervir no seu julgamento e votar sobre organização de lista para promoção, quando concorrer parente consanguíneo ou afim, em linha reta, ou colateral até o 3º grau, bem como seu cônjuge.

Art. 92 - Não poderão servir sob a chefia imediata de Procurador do Estado o seu cônjuge e parente consanguíneo ou afim, em linha reta, ou colateral até 3º grau.

Art. 93 - O Procurador do Estado dar-se-á por suspeito quando:

- I - houver proferido parecer favorável à pretensão deduzida em Juízo pela parte adversa;
- II - houver motivo de ordem íntima que o iniba de funcionar;
- III - ocorrer qualquer dos casos previstos na legislação processual.

Art. 94 - Nas hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo anterior, o Procurador do Estado comunicará ao Procurador-Geral do Estado, em expediente reservado, os motivos da suspeição, para que este os acolha ou rejeite.

Art. 95 - Aplicam-se ao Procurador-Geral as disposições sobre impedimentos, incompatibilidade e suspeições constantes deste Capítulo. Ocorrendo qualquer desses casos, o Procurador-Geral dará ciência do fato a seu substituto legal, para os devidos fins.

Portanto, *prima facie*, poderia parecer que, não havendo violação frontal à lei em nenhuma dessas hipóteses, a concomitância de exercício da função privada de representante de associação de classe de Procuradores com o exercício da função de julgador em processos administrativos sancionadores dos Procuradores de Estado associados seria lícita e não um desvio de poder.

Ledo engano. Como bem demonstrou a Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Wettstein vs. Switzerland*, acima descrito, quando *a mesma pessoa funciona concomitantemente, em um caso como juiz e em outro como advogado, isso gera dúvida legítima na parte quanto ao tratamento imparcial daquele julgador*. Isto é, entende-se que o acusado poderia ter fundado temor de que aquele julgador fosse influenciado pela visão construída e defendida no outro caso [ou por sua posição de representante] e o tratasse como parte adversa [ou mesmo o ajudasse, mas, de toda forma, sendo parcial], inobservando o dever de imparcialidade, sob o prisma da imparcialidade objetiva.

Um dos aspectos relevantes no que concerne à imparcialidade dos julgadores em processos administrativos é a *ausência de conflito de interesses*. Indubitavelmente, atua em conflito de interesses o Procurador que participa de julgamento de colegas, em concomitância com a atuação em cargo de direção de Associação de Classe de Procuradores. Isso porque nessa dupla condição ele tem uma incompatibilidade jurídica sob os fatores lógico, sistemático e institucional, de julgar membros da dita Associação da qual ele é dirigente, representante de interesses parciais.

Nessa toada, a brilhante lição do Prof. José dos Santos Carvalho Filho, em parecer sobre tal manifesta *incompatibilidade jurídica*, concedido ao Procurador Geral de Justiça do Rio de Janeiro:

CONSULTORIA JURÍDICA
Proc. nº 2009.00022165
PARECER CJ/JSCF nº 36/09
CONSULTA
Consulente: Exmo. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Assunto: Acumulação das funções de Presidente da AMPERJ e de membro do Conselho Nacional do Ministério Público.

PARECER

“Exercício cumulativo da presidência de associação de classe com a de membro do Conselho Nacional do Ministério Público.

Entidades de defesa de categorias sociais e profissionais podem ter interesses conflitantes com os de órgãos públicos destinados à função de controle.

Há incompatibilidade jurídica sob os fatores lógico, sistemático, institucional e ético para a acumulação da presidência de associação de classe com a de membro de órgão destinado à fiscalização, correição e auditoria, como é o caso do CNMP.

Para o exercício da função governamental de controle, urge que haja o afastamento do candidato indicado da função de direção máxima de entidade de classe”.

(...).

12. A questão no presente processo reside em examinar-se a compatibilidade, ou não, entre as funções de Presidente da AMPERJ e de membro do CNMP.

13. As associações de classe têm caráter tipicamente corporativo e são instituídas para a defesa ora da categoria que representam, ora dos membros que a compõem.

(...).

16. Numa primeira vertente, sobressai uma *incompatibilidade lógica*.

É que a função de membro do CNMP reclama posição de neutralidade e isenção, o que é inerente ao exercício de atividades de controle, acentuando-se que semelhante posição deve ser mantida em relação aos membros dos vários segmentos do Ministério Público.

Diversamente, a qualidade de presidente de associação de classe inspira uma atuação de defesa, de representação, de enfrentamento – atuação própria das entidades representativas de categorias sociais ou profissionais, na qual os interesses corporativos se sobrepõem à posição de imparcialidade.

17. Numa segunda visão, é de identificar-se uma *incompatibilidade sistemática*.

Na hipótese, o sistema jurídico que marca as incompatibilidades, nas quais se incluem as vedações, não raro coloca em posições antagônicas as referidas atividades.

Não se trata aqui das incompatibilidades eventuais, concretizadas por impedimentos e suspeições. Essas têm previsão no Regimento Interno do CNMP, aprovado pela Resolução nº 31, de 01.09.2008.

(...).

As incompatibilidades sistemáticas vão além desses limites, encontrando suporte na natureza das funções e nas soluções que o sistema oferece em situações idênticas ou assemelhadas.

Nesse aspecto, aliás, o quadro sistemático geral da ordem jurídica pátria não permite a conciliação das atividades de defesa corporativa com as de integração em órgãos de controle.

18. Parece-nos ainda ocorrente uma *incompatibilidade institucional*.

Tal incompatibilidade guarda relação com a anterior, na medida em que às instituições, dentro do sistema jurídico, são cometidas funções congruentes com a sua natureza e com seus objetivos.

Entidades de classe, como associações, sindicatos, institutos e outras do gênero, não se compatibilizam, institucionalmente, com entidades governamentais de controle, como Ministérios, Conselhos, Agências Reguladoras e Tribunais administrativos.

Consequentemente, presidentes de semelhantes entidades corporativas, voltadas à defesa coletiva e individual dos associados e filiados, devem afastar-se de seu cargo para ocupar cargos e funções em órgãos e entidades públicas, destinadas ao múnus público de controle, fiscalização, correição e auditoria.

Com efeito, são instituições de diferente fisionomia e, não raramente, de objetivos antagônicos. Ademais, tal antagonismo nem sempre é de caráter individual, como ocorre com os impedimentos e suspeições em geral, mas, ao contrário, pode implicar o confronto de interesses coletivos, como ocorre, por exemplo, na defesa que associações de classe fazem em prol das categorias por elas representadas.

19. Por último, a acumulação entre as ditas funções reflete, ainda, uma *incompatibilidade ética*.

Como os valores considerados para as decisões de presidente de associação de classe e de membro do CNMP se compõem de elementos diferenciados, impossível será a conciliação entre eles relativamente a determinadas questões de interesse da Instituição.

(...).

Entretanto, pelas razões acima expostas, haveria incompatibilidade jurídica no exercício cumulativo da presidência associativa com a de membro do Conselho Nacional do Ministério Público.

21. É o que pensa esta Consultoria Jurídica sobre a questão suscitada.

Rio de Janeiro, 23 de março de 2009.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

*Consultor Jurídico*²⁵

E tal *incompatibilidade jurídica* por conflito de interesses também já se viu expressada na jurisprudência de nossas Cortes, como se exemplifica com o julgado abaixo:

Classe: 65 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA
Vara: 3ª VARA FEDERAL
Juíza: MARIA LÚCIA GOMES DE SOUZA
Data de Autuação: 23/07/2010
Localização: TRF 1ª REGIÃO - TRF 1ª REGIÃO

25/01/2012 - Sentença

[...] Diante de todo o exposto, com base nas razões de fato e de direito elencadas, confirmando o pedido de liminar deferido, *JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE* o pedido para determinar: 1) ao Conselho Regional de Medicina, o afastamento definitivo dos diretores e conselheiros que atualmente exercem cargos no Sindicato dos Médicos, na Federação dos Médicos do Amazonas ou em outra entidade civil que defenda os interesses particulares, individuais e coletivos, da categoria, caso os mesmos não requeiram desligamento definitivo das citadas entidades civis; 1.2) *seja obstada a participação nas eleições para a diretoria e Conselho do CRM de médicos que exerçam cargos no Sindicato dos Médicos, na Federação dos Médicos do Amazonas ou outra entidade civil que defenda os interesses particulares, individuais e coletivos, da categoria*; 2) ao requerido Mário Rubens de Macedo Vianna, que opte, no prazo de 10 dias, entre o cargo de Presidente do Sindicato dos Médicos e o de Conselheiro do CRM, afastando-se definitivamente do cargo preterido, abstando-se de acumular cargo na Diretoria e no Conselho do CRM com qualquer cargo no Sindicato dos Médicos, na Federação dos Médicos do Amazonas, ou em outra entidade civil que defenda os interesses particulares, individuais e coletivos, da categoria; Ressalte-se que a decisão aqui proferida não abrange a vaga destinada ao membro da Associação Médica no Amazonas no Conselho Regional de Medicina, consoante esposado neste decisum. Sem honorários advocatícios ou custas processuais, ex vi do art. 18 da Lei nº 7.347/85. Recurso de ofício.

Em suma, há um princípio que assegura a imparcialidade dos julgadores nos processos administrativos sancionadores. A norma legal aspira a um fim, o processo justo, e este só é justo quando os juízes são imparciais, não estão em conflito de interesses. Ocorrido esse conflito de interesses, esteja ou não a previsão de suspeição ou incompatibilidade expressa

²⁵ Parecer CJ/JSCF nº 36/09, Proc. nº 2009.00022165, disponível em: http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/Internet/Repositorio_Arquivos/Imagens_Versao2/Parecer.doc. Acesso em 20.06.2020.

na norma, há *incompatibilidade jurídica* sob os fatores lógico, sistemático, institucional e ético para a acumulação de cargo de dirigente de associação de classe dos Procuradores do Estado com a de membro de órgão correccional destinado à correição, fiscalização e auditoria da atuação de Procuradores do Estado, via de regra, nos Estados, o Conselho de Procuradoria Geral do Estado, constituindo tal atuação um claro *desvio de poder*.

3. Conclusão

De tudo o que foi apresentado, pode-se concluir, no que pertine ao desvio de poder e na incompatibilidade jurídica, em processos administrativos sancionadores dos Procuradores do Estado, quando da cumulação da função pública de julgador com a função privada de representante da associação de classe dos Procuradores:

1. O desvio de finalidade ou de poder se verifica quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador.
2. O dever de imparcialidade do julgador se consubstancia no fato de que a imparcialidade deve também ser analisada a partir de parâmetros objetivos e concretos, inclusive no que diz respeito à aparência de imparcialidade e no que concerne à confiança que o juiz e o seu comportamento despertam nas partes e na sociedade, a serem analisados casuisticamente. É a *imparcialidade objetiva* ou *imparcialidade em sentido objetivo*.
3. Normalmente a imparcialidade em sentido objetivo é afetada pelo exercício anterior pela mesma pessoa de funções no processo (incompatibilidade endoprocessual) ou pelo conhecimento anterior do objeto do processo ou, ainda, pelo fato de ter havido uma manifestação prévia pelo julgador sobre o objeto do processo. A doutrina especializada utiliza os conceitos de *situações prejudicantes*

e de *contaminação* para designar a situação do julgador que tem a sua *imparcialidade objetiva* afetada

4. No direito brasileiro vigora o princípio da imparcialidade do juiz administrativo e, dessa maneira, é direito dos Procuradores do Estado em processos administrativos sancionadores que não haja tal conflito de interesses, consubstanciado na incompatibilidade jurídica sob os fatores lógico, sistemático, institucional, para a acumulação de cargo de dirigente de associação de classe dos Procuradores com a de membro de órgão correccional destinado à correição, fiscalização e auditoria da atuação de Procuradores do Estado.
5. Atua em conflito de interesses o Procurador que participa de julgamento de colegas em concomitância com a atuação em cargo de direção de Associação de Classe de Procuradores. Ocorre aqui um desvio de poder: a norma que autoriza o julgamento por parte desse Procurador, em acumulação de funções pública de julgar e privada de representar o interesse do mesmo acusado perante a administração, está sendo utilizada para perseguir um fim distinto daquele sinalizado pela lei, qual seja, o julgamento justo realizado por julgadores imparciais. Isso porque o princípio da imparcialidade dos processos administrativos sancionadores estará sendo desatendido.
6. Falta a tal “julgador” a imparcialidade objetiva ou imparcialidade em sentido objetivo. Isso porque um julgador que seja concomitantemente representante de associação de classe, incumbida da *representação* do associado que está sendo julgado, tem um comportamento externo incapaz de oferecer garantias suficientes de imparcialidade aos litigantes e à sociedade em geral, de modo a excluir qualquer dúvida legítima quanto ao exercício imparcial da competência.

Referências

ATIENZA, Manuel & MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

BACELLAR FILHO, Romeu. *Processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BASILE, Massimo, *Le persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2003.

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. v. 2. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Parecer CJ/JSCF nº 36/09*, Proc. nº 2009.00022165, disponível em: http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/Internet/Repositorio_Arquivos/Imagens_Versao2/Parecer.doc.. Acesso em 20.06.2020

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal: comentários à lei nº. 9.784 de 29/1/1999*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Iuri Mattos de. Do impedimento e suspeição no processo administrativo (arts. 18 a 21). In FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coordenadora). *Comentários à lei Federal de processo administrativo (Lei n. 9.784/99)*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2008.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Wettstein vs. Switzerland, Application n. 33958/96*, julgado unânime em 21.03.2001.

CRETELLA JUNIOR, José. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FLAMM, Richard E. *Judicial disqualification – recusal and disqualification of judges*. Second Edition. Berkeley: Banks and Jordan Law Publishing Company. 2007.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, v. 1, 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES, José António Mouraz. *A Tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*. Coimbra: Coimbra. 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conceito jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei nº. 9.784/1999*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOTA, Mauricio. Reflexões sobre o desvio de poder no dever de imparcialidade do julgador no direito administrativo. *Empório do Direito*, 15.03.2017. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/reflexoes-sobre-o-desvio-de-poder-no-dever-de-imparcialidade-do-julgador-no-direito-administrativo-por-mauricio-mota>>. Acesso em: 29 de junho de 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

Recebido em: 29/06/2020

1º Parecer em: 15/07/2020

2º Parecer em: 26/08/2020