



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 120560/2017 – ASJMA/SAJ/PGR

Revisão Disciplinar 0002474-75.2017.2.00.0000–CNJ

Relator: Conselheiro **Carlos Levenhagen**

Requerente: Conselho Nacional de Justiça

Requerida: Kenarik Boujikian Felipe

REVISÃO DISCIPLINAR. PRETENSÃO DE DESCONSTITUIR DECISÃO QUE APLICOU PENA DE CENSURA A MAGISTRADA SUBSTITUTA EM SEGUNDO GRAU. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. NULIDADE NO CURSO DO PROCEDIMENTO NÃO CARACTERIZADA DIANTE DA FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. VIOLAÇÃO À INDEPENDÊNCIA DA MAGISTRADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA.. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE REVISÃO.

1. Imputação de ofensa aos deveres prescritos no art. 35, I, da LOMAN, bem como ao art. 20 do Código de Ética da Magistratura, caracterizada por violação ao princípio da colegialidade e ao dever de cautela. Decisão judicial que determinou a expedição de alvarás de soltura em onze processos criminais.
2. Inversão na ordem de inquirição das testemunhas. Nulidade não caracterizada, diante da ausência de demonstração de prejuízo.
3. A independência dos magistrados decorre do art. 95, I, II e III da Constituição Federal e dos arts. 40 e 41 da LOMAN. Garantia do exercício da função jurisdicional sem ingerências externas e internas.
4. As decisões judiciais devem, como regra, ser desafiadas por meio dos recursos previstos em lei. O controle discipli-

nar, tratando-se de ato praticado no exercício da função jurisdicional, deve ser reservado para as situações excepcionais, como a quebra do dever de imparcialidade e impropriedade da linguagem.

5. Acórdão do TJSP que, ao impor pena de censura à magistrada, contrariou a prova dos autos e a lei. As decisões proferidas pela magistrada foram motivadas, de acordo com o seu livre convencimento. Inocorrência de violação ao princípio da colegialidade. Ausência de dolo ou culpa.

6. Parecer pelo conhecimento e pela procedência do pedido de revisão disciplinar, por enquadrar-se na hipótese prevista no inciso I do art. 83 do Regimento Interno do CNJ.

Trata-se de revisão disciplinar requerida por **Kenarik Boujikian Felipe**, Juíza Substituta em Segundo Grau, contra a decisão proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual, por maioria de votos, julgou parcialmente procedente o Processo Administrativo Disciplinar 122.726/2015, aplicando-lhe a pena de censura. Eis a ementa do referido julgado:

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). Portaria nº 48, de 11.04.2016, da Presidência desta Corte. Imputação, a Juíza Substituta em Segunda Instância, de violação, na qualidade de Relatora Sorteada, à regra da colegialidade e ao dever de cautela quanto a 11 (onze) apelações criminais, pela indevida expedição de alvarás de soltura. Preliminar de cerceamento instrutório, devido à inversão na ordem da inquirição de testemunhas, rejeitada. Meritoriamente, há violação da colegialidade na determinação de expedição de alvarás de soltura quanto a réus que se veem envolvidos em



casos ainda sujeitos a recursos da acusação com pedido de aumento da pena aplicada – e isso sucedeu em 3 (três) dos casos apontados na Portaria. Além disso, a n. Juíza representada igualmente não observou as cautelas esperadas dos magistrados criminais em 5 (cinco) das apelações constantes da Portaria, sequer se certificando, por qualquer dos instrumentos que lhe eram disponíveis – INFOSEG e INTINFO – (mas, apenas, “pelos autos do processo”), acerca da real situação dos réus ali tratados, dando, assim, azo à expedição de alvarás de soltura a indivíduo foragido, a pessoas já soltas e a outros em situações prisionais que, ao depois, viram-se revertidas, para pior. Imputações da Portaria que encontram parcial verberação na prova dos autos. Condutas da magistrada que, inobstante a seriedade e a probidade da representada, recomendam a imposição da pena administrativa de censura. ACOLHIMENTO, EM PARTE, DAS IRROGAÇÕES VEICULADAS NA PORTARIA.

Em sede de razões revisionais, a magistrada alegou, preliminarmente, *in verbis*:

No caso em tela, o v. acórdão, passível de revisão, foi proferido em total descompasso com a evidência dos autos do processo administrativo disciplinar, assim como a texto de lei (inciso II, artigo 83), tanto é que o próprio relator consignou que não restou demonstrada a ocorrência do dolo ou má-fé na conduta da magistrada Requerente, imperiosos para a condenação por falta disciplinar, conforme preceitua o artigo 49, da LOMAN.

As decisões proferidas pela magistrada estão em total consonância com esse e. Conselho Nacional de Justiça que vem engendrando esforços para resolver a questão prisional brasileira. Seu posicionamento acerca das prisões visa atender ao quanto estabelecido pelo mutirão realizado por essa Corte, conforme registrado no relatório geral expedido.

Ademais disso, ainda que tenha sido consignado que não estava se imiscuindo na função jurisdicional da magistrada Requerente, restou evidente que ao analisar cada uma das decisões proferidas por ela, o que se fez, na realidade, foi



tolhê-la de seu livre convencimento, haja vista que a Requerente se utilizou de seu livre convencimento para proferir as decisões como fez. Não há dúvidas de que houve violação aos artigos 40 e 41 da LOMAN.

Outro fato importante, que merece revisão, foi a evidente violação ao devido processo legal, uma vez que a justificativa do relator do v. Acórdão para a imposição da pena disciplinar aplicada foi respaldada em consulta nos sistemas INFOSEG e INTINFO, que sequer foram citados ao longo da instrução processual. Ora, o relator fez prova contra a magistrada requerida para lhe imputar sanção, no entanto não lhe deu a possibilidade, em qualquer momento, de manifestação quanto à existência de tais sistemas de consultas.

Em seguida, a requerente destacou o seu histórico na magistratura paulista, registrando que em dezembro de 2011 passou a funcionar como Juíza Substituta em Segundo Grau, inicialmente perante a 15ª Câmara de Direito Público, depois na 14ª Câmara da mesma Seção e, finalmente, a partir de fevereiro de 2014, foi designada para atuar na 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Ressaltou que “teve reconhecida a profícua atuação em prol dos direitos fundamentais” e que “sempre foi comprometida com a sua função jurisdicional, sempre proferiu decisões, sentenças e votos devidamente fundamentados em doutrina e jurisprudência” e que “sempre cumpriu com seus prazos e respeitou os jurisdicionados”.

Frisou que, em mais de 27 anos de magistratura, teve apenas um processo administrativo disciplinar instaurado contra si, o qual foi arquivado pelo Tribunal de Justiça sem condenação.



Trouxe pronunciamentos de membros do Ministério Público, Desembargadores, Juízes e Advogados, todos destacando o zelo e a competência jurisdicional da magistrada.

No mérito, dividiu o pedido revisional nos seguintes tópicos:

1) Da ocorrência de nulidade – Inversão na oitiva das testemunhas – Incidência do art. 18, § 4º, da Resolução 135/CNJ – Aplicação subsidiária das normas da legislação processual penal.

Nesse ponto, a requerente asseverou:

Consoante verifica-se dos termos de assentada das audiências realizadas nos dias 05 e 28 de agosto do corrente ano (fls. 1696/1733 e 1758/1790), a oitiva da testemunha arrolada pelo Ministério Público, Desembargador Fernando Geraldo Simão, ocorreu na segunda audiência de instrução e interrogatório, após a oitiva de todas as testemunhas de defesa.

Ao contrário do quanto proferido no v. Acórdão em revisão, a desistência pela oitiva da testemunha de acusação não foi realizada “informalmente” como colocado pelo d. Relator do PAD, tal ato processual – desistência – foi realizado no início da audiência, quando questionado pelo d. Relator que a presidia. [...]

Os atos processuais quando praticados no decorrer de audiências devem ser impugnados e, ao contrário do quanto exposto no v. Acórdão, a defesa da magistrada requerida impugnou quando da insistência pelo *parquet* na oitiva, após terem sido ouvidas todas as testemunhas de defesa, tendo fundamentado seu pedido em justificativa juridicamente consistente, qual seja: impossibilidade de inversão de ordem para inquirição das testemunhas de acusação e defesa.



Com efeito, não há dúvidas que o Ministério Público no âmbito do processo administrativo disciplinar atua na qualidade de acusação – vide alegações finais apresentadas às fls. 1826/1832 em que o *parquet* requer a condenação da magistrada requerida pela aplicação da pena de advertência –, a demonstrar que no caso em tela violou-se o quanto disposto no artigo 400 do Código de Processo Penal, o qual estabelece a ordem que deve ser seguida para a devida inquirição de testemunhas – testemunhas antes das testemunhas de defesa.

Destaca-se, também, que a Resolução nº 135, desse Conselho Nacional de Justiça estabelece que deverão ser utilizadas, subsidiariamente, as normas da legislação processual penal e da legislação processual civil, consoante preceituado em seu artigo 18, § 4º [...].

[...]

Desta feita, deve ser declarada a nulidade da instrução processual, tendo em vista que não foi assegurada à defesa o devido processo legal e a ampla defesa, com respeito à ordem legal estabelecida para colheita das provas testemunhais, nos exatos termos do quanto estabelecido pelo artigo 400, do CPP.

II) Da violação à independência judicial da magistrada requerente.

Nesse outro ponto, a magistrada aduziu que, “ao contrário do que restou escrito no v. acórdão originário desse procedimento, é evidente que se está questionando decisões judiciais, em verdadeira afronta aos princípios da independência funcional e do livre convencimento dos magistrados”. E continuou:

A requerente, como todo magistrado, tem o dever de primar pela devida aplicação das leis e foi o que fez nos casos ora discutidos. As decisões foram todas fundamentadas e baseadas no fato de que os réus naqueles processos já tinham



cumprido suas penas e não constavam nos autos quaisquer apontamentos de expedição de alvará de soltura, tornando, pois, ilegais as prisões.

[...]

E, em razão de tais decisões, a requerente foi tolhida pelo e. Tribunal de Justiça por aplicar o direito de acordo com suas prerrogativas de magistrada ao raso argumento de que teria incorrido em violação ao princípio da colegialidade.

[...]

Ademais, a Constituição Federal, em seu art. 95, incisos I, II e III, dispõe sobre as garantias constitucionais asseguradas aos membros da magistratura, quais sejam, a irredutibilidade de subsídios, a vitaliciedade e a inamovibilidade. Tais garantias consubstanciam a independência dos magistrados e são consideradas, portanto, garantias funcionais.

[...]

Por certo, deve-se ter em mente que as garantias em questão são asseguradas a todos os membros da magistratura para que estes exerçam a sua função com total independência externa e interna, fazendo com que a magistratura, notadamente representada pelo juiz singular, no desempenho de suas funções, participe ativamente da realização da Justiça Social com completa isenção de pressões externas.

[...]

No caso em tela, em que pese afirmar que não se trata de questão jurisdicional, o fato é que o processo e o v. Acórdão mostram o inverso, tanto que o e. Relator fez análise do conteúdo dos processos. Registra que “não se admitiria, nesta seara meramente administrativa, qualquer ingerência de se conduzir ou de raciocinar do julgador”.

Por certo que a esfera administrativa não pode interferir e nem alterar a decisão prolatada de ordem jurisdicional, mas a esfera administrativa está sendo usada para apenar a magistrada com censura, pela forma como decidiu e pelo conteúdo de suas decisões, logo, trata-se de violação ao princípio.



Veja que a invasão da esfera administrativa se dá de modo indireto e que se apercebe de imediato, por vários aspectos. A magistrada foi censurada pelo fato de terem considerado que feriu o princípio da colegialidade, mas não em todos os processos que decidiu monocraticamente, diga-se, em caráter cautelar. Mas apenas em 3 (três) processos, naqueles que havia recurso do Ministério Público, o que está a indicar, que se analisa o conteúdo do recurso jurisdicional para se aquilatar se houve ou não rompimento do princípio do colegiado.

Assim, concluiu no sentido de que “evidencia-se, sim, que se está a ferir a independência judicial” e que “não pode ser punida”.

III) Da alegada violação ao princípio da colegialidade – Ausência de elemento subjetivo do dolo na conduta comissiva da magistrada requerente – Ausência de prejuízos aos jurisdicionados.

O v. Acórdão que deu origem a presente revisão disciplinar justificou a penalidade imposta no fato de que em 3 (três) das 11 (onze) decisões objetos do processo administrativo disciplinar teriam incorrido em ofensa ao princípio da colegialidade, haja vista que *pendiam recursos interpostos pelo Ministério Público voltados à majoração das reprimendas impostas aos acusados*.

Inicialmente, insta destacar que a magistrada requerente, apesar de ter constado na Portaria de Instauração que teria proferido 11 decisões, na realidade foram apenas 10 decisões para expedição de alvarás clausulados dentre as juntadas na representação formulada pelo Des. Amaro Thomé que originou o processo administrativo disciplinar ora em discussão.

[...]



Evidente que não houve violação ao princípio do colegiado no presente caso.

Nada obstante a isso para que fosse válida a sanção aplicada à magistrada requerente, deveria ter comprovado o dolo em sua conduta comissiva, a justificar a incidência do art. 35, inciso I, da Loman.

No entanto, não há nos autos uma linha sequer que comprove a má-fé ou a vontade de prejudicar quaisquer das partes envolvidas naqueles processos quando da prolação das decisões para a expedição dos alvarás clausulados.

[...]

Ora! Merece destaque o fato de que o próprio relator do PAD consignou no v. Acórdão que a magistrada requerida em momento algum agiu com dolo ao proferir as decisões combatidas.

O elemento subjetivo do dolo é imprescindível para que seja configurada a falta funcional. *In casu*, deveria ter sido demonstrado que a magistrada requerente teve a intenção de prejudicar os jurisdicionados, ou ainda de impor seu convencimento à Turma Julgadora, o que poderia ser fundamento para se afirmar que teria incorrido em violação ao princípio da colegialidade.

[...]

Evidente, pois, que esse Conselho Nacional de Justiça vem decidindo, reiteradamente, pela necessidade de comprovação inequívoca da conduta dolosa no agir do magistrado para que possa ser imputada sanção disciplinar, a justificar a necessidade de revisão do processo administrativo disciplinar em face da Dra. Kenarik que resultou, sem qualquer evidência de dolo em sua conduta na pena de censura.

Cristalino, pois, que a requerida ao determinar que fossem expedidos os alvarás de soltura clausulados pautou-se em preservar as garantias e direitos constitucionalmente estabelecidos àqueles réus que permaneciam sob o cárcere privado, quando, na realidade, já tinham cumprido toda pena imposta a eles. Soa absurdo aceitar e compactuar com a continuidade da penalidade, sendo que já cumprida pelos sancionados.

[...]

Desta feita, não há dúvidas que esse c. Conselho Nacional de Justiça deve rever a sanção disciplinar imposta à magistrada requerente, haja vista que não restou comprovado o dolo em sua conduta, ao contrário, próprio relator consignou no v. acórdão que “não se evidenciou, minimamente, a existência de má-fé da magistrada em qualquer das condutas apuradas”.

Em seguida, a requerente abordou a situação carcerária no Brasil; a ausência de obrigatoriedade de consulta aos sistemas INFOSEG e INTINFO; a inexistência de culpa ou dolo em sua conduta; bem como a inobservância do princípio do contraditório, na medida em que “a defesa da magistrada requerente só teve conhecimento da utilização de dados de tais sistemas para dar suporte à condenação administrativa durante a leitura do voto do relator”.

Defendendo a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requereu, em sede de liminar, a suspensão dos efeitos advindos do acórdão revisando, que aplicou-lhe a pena de censura. No mérito, requereu o recebimento do pedido revisional e sua procedência, com a absolvição da magistrada.

Antes da apreciação do pedido liminar, o Relator determinou a intimação da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ocasião em que informou que a penalidade imposta à requerente já havia sido ratificada pela Corregedoria Nacional de Justiça, nos autos do PP 0001081-18.2017.2.00.0000, o que afastaria o fundado receio de dano.



Em manifestação complementar, a magistrada repisou alguns argumentos levantados nas razões do pedido revisional¹ e, em seguida, o Conselheiro Carlos Levenhagen indeferiu a medida liminar².

Instado a se manifestar, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo apresentou informações complementares e defendeu a regularidade do julgamento que culminou na condenação da Juíza Kenarik Boujikian Felipe³.

Em 20 de abril de 2017⁴, antes de encerrar a instrução processual, o Relator determinou a intimação do TJSP, a fim de apresentar a respectiva certidão de trânsito em julgado da decisão que concluiu pela aplicação da pena de censura nos autos do PAD 122.726/2015.

Por meio do Ofício 910/2017⁵, o Desembargador Paulo Dimas Mascaretti, Presidente do TJSP, encaminhou cópia de certidão com o seguinte teor:

CERTIFICO que a Magistrada foi intimada da decisão do Órgão Especial que aplicou a pena de censura em 22/02/2017 e, até a presente data, não opôs Embargos de Declaração contra a decisão.

São Paulo, 21 de março de 2017.



1 Id 2146284.

2 Id 2147287.

3 Id 2158461.

4 Id 2162437.

5 Id 2166501, fls. 1/2.

Assim, em atenção ao art. 87, parágrafo único, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, vieram os autos à Procuradoria-Geral da República para razões finais⁶.

1. PRAZO DECADENCIAL

A Constituição Federal determina a atribuição do Conselho Nacional de Justiça para rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano.

Considerando (i) o julgamento definitivo do Procedimento Administrativo Disciplinar 122.726/2015 em 8 de fevereiro de 2017; (ii) a publicação do resultado do julgamento no DJe de 9 de fevereiro de 2017⁷; (iii) a certificação da não interposição de recurso por parte da magistrada; bem como (iv) a autuação do presente pedido de revisão em 20 de março de 2017, tem-se que foi atendido o lapso temporal constitucionalmente exigido.

2. PRELIMINAR

A autora da presente revisão disciplinar aponta a ocorrência de nulidade no curso do processo administrativo disciplinar, diante da inversão na ordem da inquirição das testemunhas. De fato, o Desembargador Fernando Geraldo Simão, arrolado pelo

⁶ Id 2166793.

⁷ Id 2136131, fl. 9.



Ministério Público, foi ouvido na segunda audiência de instrução e interrogatório, após a oitiva de todas as testemunhas de defesa.

Ocorre que, apesar da inversão nas regras do procedimento, a requerente não comprovou a existência de prejuízo, a justificar a nulidade do feito.

Trata-se de nulidade relativa, sendo necessária a demonstração de efetivo prejuízo (*pas de nullité sans grief*), conforme entendimento jurisprudencial pacífico. Confira-se:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS, E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NULIDADE PELA INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE QUALQUER DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PEDIDO DE EXTENSÃO. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NA ORIGEM. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A jurisprudência tanto desta Corte como do col. Pretório Excelso possui firme entendimento no sentido de que a não observância da ordem para oitiva de testemunhas prevista no CPP constitui nulidade relativa, que somente pode ser anulada em caso de demonstração do efetivo prejuízo (*pas de nullité sans grief*), o que não ocorreu na hipótese (precedentes).

II - Contudo, no que se refere ao pedido de extensão dos efeitos de liberdade provisória concedida a alguns corréus, insta consignar que esta Corte admite sua análise com fulcro no art. 580 do CPP, razão pela qual, requerido o exame pelo eg. Tribunal a quo da possível identidade de situações fático-processuais entre o paciente e os corréus beneficiados, não poderia o eg. Tribunal de origem se recusar a apreciar a *quaestio*, consignando que "a hipótese

nada tem a ver com a aplicação do referido dispositivo legal, que diz respeito à eficácia recursal" (fl. 106).

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para determinar que o eg. Tribunal a quo, com relação ao paciente Geraldo Martins Ferreira Junior, aprecie o pedido de extensão dos efeitos da liberdade provisória concedida aos corréus.

(HC 345.034/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 29/03/2017) *[Nossos grifos]*.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E RECEPÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADES NÃO DEMONSTRADAS. (AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS, INVERSÃO DA ORDEM DE OITIVA DE TESTEMUNHAS DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. O direito de presença do réu é desdobramento do princípio da ampla defesa, em sua vertente autodefesa, franqueando-se ao réu a possibilidade de presenciar e participar da instrução processual, auxiliando seu advogado, se for o caso, na condução e direcionamento dos questionamentos e diligências. Nada obstante, não se trata de direito absoluto, sendo pacífico nos Tribunais Superiores que a presença do réu na audiência de instrução, embora conveniente, não é indispensável para a validade do ato, e, consubstanciando-se em nulidade relativa, necessita para a sua decretação da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa, o que não ficou demonstrado no caso dos autos.

2. "Embora a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquirição das testemunhas, a não observância dessa regra, acarreta, no máximo, nulidade relativa, sendo necessária, ainda, a demonstração de efetivo prejuízo (*pas de nullité sans grief*), por ser tratar de mera inversão, visto que não foi suprimida do juiz a possibilidade

de efetuar perguntas, ainda que subsidiariamente, para a busca da verdade" (RHC 38.435/SP, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, 6ª Turma, DJe 15/5/2014).

3. A alegação de insuficiência de provas para a condenação demanda o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, providência inadmissível na via do recurso especial. Incidência do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 890.049/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 28/11/2016) [*Nossos grifos*].

Deve-se, portanto, prosseguir na análise do mérito.

3. MÉRITO

O art. 83 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, ao regulamentar o art. 103-B, § 4º, V, da Constituição Federal, dispôs que a revisão de processos disciplinares contra magistrados será cabível quando a decisão for contrária à lei ou à evidência dos autos; quando se fundar em documentos, depoimentos e exames comprovadamente falsos; ou quando surgirem novas provas ou circunstâncias que determinem a modificação da decisão.

Do exame cauteloso do procedimento administrativo disciplinar que tramitou perante o TJSP, o qual impôs à requerente a pena de censura, conclui-se que, de fato, está presente a hipótese prevista no inciso I do art. 83 do RICNJ, a justificar o acolhimento do pedido contido na presente revisão disciplinar.



Houve, na atuação disciplinar da Corte estadual, violação a texto expresso de lei e à evidência dos autos, como se expõe a seguir.

3.1 Violação à independência e ao livre convencimento da magistrada

Conforme já narrado, a requerente, Juíza substituta em segundo grau, foi punida por ter determinado, em decisões monocráticas, a expedição de onze alvarás de soltura clausulados, na qualidade de Relatora das apelações criminais interpostas.

Embora afirme estar atuando exclusivamente na seara disciplinar, sem interferência na função jurisdicional, o que se vê no acórdão objeto do pedido de revisão é uma nítida violação da independência e do livre convencimento da magistrada.

A decisão sancionatória analisa minuciosamente os processos judiciais, nos quais os réus haviam sido condenados por tráfico de entorpecentes (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006). Leva em consideração a pena fixada na sentença, a data da prisão em flagrante e a existência de recursos. Vai além e utiliza-se de outras informações disponíveis, constantes do INFOSEG e do INTINFO. Entende, a partir de tais dados, que a magistrada não deveria ter determinado a expedição dos mandados de prisão de forma monocrática e que, assim agindo, violou o princípio da colegialidade. Critica o posicionamento jurídico da ora requerente,

por entender que as penas ainda não eram definitivas e, em três processos, poderiam vir a ser majoradas, diante da existência de apelação do Ministério Público. Qualifica as decisões da Juíza como teratológicas.

A magistrada, por sua vez, sustenta que, ao examinar os autos dos mencionados onze casos, contatou que os réus, todos presos desde o flagrante, já haviam cumprido a totalidade da pena imposta. Por considerar a situação ilegal, determinou a soltura dos condenados, com a cautela de consignar que cada decisão referia-se apenas ao respectivo processo. Ou seja, se os réus estivessem presos por força de deliberações em outros feitos, não seriam postos em liberdade. Agiu, assim, de acordo com o seu livre convencimento motivado, com base nas provas e informações constantes dos autos.

Vê-se, nitidamente, uma divergência entre a interpretação jurídica adotada pela magistrada e o posicionamento jurídico defendido pelo Tribunal de Justiça. Enquanto a primeira entendeu que a prisão antes do trânsito em julgado tem limites e era seu dever impedir, de imediato, que um condenado cumprisse pena em prazo superior ao que fora imposto na sentença, o Tribunal de Justiça considerou que somente a Turma julgadora poderia deliberar sobre tal tema.

Ocorre que a posição adotada pela ora requerente não é teratológica e encontra espaço e adesão no ambiente jurídico.



Com relação aos processos onde só havia recursos dos réus, cujas penas foram integralmente cumpridas, certamente não há como se negar o acerto da decisão, que privilegiou o devido processo legal e a garantia dos direitos fundamentais. Resta apurar, apenas, se o princípio da colegialidade foi atingido, o que será feito adiante, em seção própria.

Quanto aos três processos nos quais ainda pendiam de julgamento recursos do Ministério Público, o que se verifica é que as decisões da requerente, de fato, não estão em consonância com as pretensões do órgão ministerial, que objetivava a majoração da reprimenda, e com a jurisprudência do Tribunal paulista. Trata-se, contudo, de entendimento jurídico a ser desafiado por meio de recurso judicial e não por processo disciplinar administrativo.

A impossibilidade de manutenção da prisão após o cumprimento da pena, mesmo na pendência de recurso do Ministério Público, não pode ser considerado posicionamento isolado ou absurdo. Mesmo sem compromisso com a tese, deve-se reconhecer que o tema é objeto de inúmeros processos em trâmite perante o Poder Judiciário brasileiro e que existem decisões no mesmo sentido das proferidas pela requerente. É o que se depreende das seguintes ementas, transcritas a título de exemplo:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO, NA FORMA TENTADA. APELO MINISTERIAL PENDENTE DE JULGAMENTO HÁ CERCA DE 2 ANOS. PENA INTEGRALMENTE CUMPRIDA CAUTELARMENTE. MANUTENÇÃO DA PRI-

SÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Emenda Constitucional 45/04 inseriu o princípio da razoável duração do processo e a celeridade de sua tramitação dentro das garantias fundamentais asseguradas a todos os indivíduos, estabelecido no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

2. Configura constrangimento ilegal a manutenção da prisão cautelar do paciente que já cumpriu toda a reprimenda imposta na sentença condenatória, mesmo pendente de revisão pelo Tribunal que ainda não apreciou o apelo ministerial.

3. Ordem concedida para determinar a imediata soltura do paciente, se por outro motivo não estiver preso.

(HC 111.345/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 02/08/2010) [*grifos nossos*].

CRIMINAL. HC. ROUBO QUALIFICADO. TENTATIVA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO. PENDÊNCIA DE APELO MINISTERIAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 716/STF. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. RECURSO ACUSATÓRIO COM EFEITO SUSPENSIVO PENDENTE DE JULGAMENTO. PACIENTE QUE JÁ CUMPRIU QUASE A TOTALIDADE DA PENA QUE LHE FOI IMPOSTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. LIBERDADE PROVISÓRIA DETERMINADA. ORDEM NÃO CONHECIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I. Hipótese na qual se sustenta que o paciente já teria direito à obtenção de benefícios da execução, tais como a progressão de regime prisional e o livramento condicional, em virtude do preenchimento dos requisitos legais, apesar da pendência de julgamento de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público.



II. A ausência de trânsito em julgado da decisão condenatória para a acusação, encontrando-se pendente de julgamento recurso com efeito suspensivo, impede a concessão de benefícios da execução, tendo em vista a possibilidade de modificação da quantidade da pena imposta, bem como do regime prisional fixado para o cumprimento da reprimenda, o que afasta a incidência da Súmula n.º 716/STF.

III. Evidenciada a demora no exame do apelo ministerial, não se mostra correta a manutenção do acusado em cárcere, pois este já teria cumprido quase a totalidade da pena que lhe foi imposta pelo Juízo monocrático.

IV. Deve ser determinada a imediata soltura do paciente, se por outro motivo não estiver preso, a fim de que aguarde em liberdade o julgamento do recurso de apelação interposto pelo Órgão ministerial, evitando, assim, o constrangimento ilegal iminente, consistente na exacerbação do prazo estipulado na sentença condenatória para a pena imposta ao réu.

V. Ordem não conhecida e *writ* concedido de ofício, nos termos do voto do Relator.

(HC 46.051/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2005, DJ 12/12/2005, p. 407) [grifos nossos].

O Conselho Nacional de Justiça também tem se mostrado sensível ao tema e mantém permanentes e relevantes ações relacionadas ao sistema carcerário e à execução penal, reconhecendo a grave situação do sistema prisional brasileiro. Há muito busca contribuir para o enfrentamento da superpopulação carcerária e de tratamentos que violam princípios básicos da dignidade humana. Para tanto, apoia a adoção de penas e medidas alternativas e realiza periodicamente o Mutirão Carcerário, com o objetivo de garantir o devido processo legal e a revisão das prisões de presos

definitivos e provisórios, além da inspeção nos estabelecimentos prisionais.⁸

Lançou, ainda, no ano de 2015, em parceria com o Ministério da Justiça o próprio TJSP, o projeto Audiência de Custódia, “que consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisão em flagrante”.⁹

Observa-se, portanto, que a compreensão jurídica da Juíza requerente sobre os limites da prisão, a qual motivou suas decisões, proferidas no exercício da função jurisdicional, não pode ser considerada uma infração disciplinar.

Ressalte-se que não há divergência, nos autos, quanto ao integral cumprimento da pena por parte dos réus. De fato, todos tinham sido presos em flagrante e estavam encarcerados há mais de um ano e oito meses, sanção que fora prevista em todos os processos. Em apenas três deles havia possibilidade de majoração da pena, diante de recursos do Ministério Público. Tal fato, contudo, não é suficiente para inviabilizar a expedição de alvará de soltura, segundo parte da doutrina e da jurisprudência, desde que o magistrado se convença de que não persistem os motivos para a manutenção da prisão.

Conclui-se, portanto, que a Juíza proferiu decisões de acordo com sua consciência, de forma motivada e com amparo em interpretação razoável da lei. Mais que isso, agiu na defesa

8 <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal>.

9 <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>

dos direitos dos réus, mesmo que de forma a contrariar a jurisprudência da Corte estadual. Ao contrário do afirmado no procedimento administrativo disciplinar, não houve qualquer prejuízo aos condenados, cujas apelações foram posteriormente julgadas.

Conforme consignado no próprio acórdão que se pretende rever, trata-se de magistrada “que se destaca por seu engajamento na defesa dos direitos humanos, da democracia, das garantias judiciais e processuais fundamentais”. Notória também a sua especial preocupação com a situação carcerária.¹⁰

Nesse aspecto, é sempre bem-vinda a reflexão de Ingo Wolfgang Sarlet, sobre a necessária vinculação dos direitos fundamentais no exercício da função jurisdicional, conduta adotada pela Juíza punida. Diz o autor:

Ainda no âmbito destas funções positiva e negativa da eficácia vinculante dos direitos fundamentais, é de destacar-se o dever de os tribunais interpretarem e aplicarem as leis em conformidade com os direitos fundamentais, assim como o dever de colmatação de eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais, o que alcança, inclusive, a Jurisdição cível, esfera na qual – ainda que em uma dimensão diferenciada – também se impõe uma análise da influência exercida pelos direitos fundamentais sobre as normas de direito privado. Neste contexto, constata-se que os direitos fundamentais constituem, ao mesmo tempo, parâmetros materiais e limites para o desenvolvimento judicial do Direito.¹¹

¹⁰ p. 6 do acórdão do TJSP.

¹¹ *A eficácia dos direitos fundamentais*, 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.P. 352.

Relevante reconhecer que, apesar da importância do controle disciplinar da conduta dos membros do Poder Judiciário, prevista na Constituição Federal, não se pode admitir, em hipótese alguma, sua utilização para interferência no exercício da função jurisdicional. As decisões eventualmente consideradas equivocadas ou precipitadas podem simplesmente ser reformadas pelo colegiado, por meio de recursos, como de fato foram, no caso em exame.

Também é atual a relevante lição de Enrico Tullio Liebman, segundo a qual a independência é necessária à imparcialidade e a submissão exclusiva do juiz à lei

...significa que no exercício de suas funções ele não depende de nenhum poder superior, nem de vínculos hierárquicos, mesmo no âmbito da própria ordem judiciária (o que não exclui, naturalmente, que o juiz superior, em caso de impugnação, possa modificar ou anular o ato do juiz inferior; tanto um quanto outro gozam de igual dignidade e iguais garantias de independência, tendo o superior a missão específica de controlar a obra do inferior)

Esse Conselho Nacional de Justiça tem por tradição analisar com redobrada cautela o controle disciplinar que envolve o conteúdo de decisões judiciais, zelando sempre pela independência dos magistrados, decorrente do texto constitucional (CF, art. 95, I, II e III) e dos arts. 40 e 41 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35/ 1979), cujo texto é claro:

Art. 40 - A atividade censória de Tribunais e Conselhos é exercida com o resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado.

Art. 41 - Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.

É o que se confirma nos seguintes julgados:

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. EXERCÍCIO DA JUDICATURA. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO MAGISTRADO. DECISÕES JUDICIAIS. IMPUGNAÇÃO. EXISTÊNCIA DE MEIOS PRÓPRIOS. MOROSIDADE INJUSTIFICADA. INOCORRÊNCIA. INAUGURAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS. FALTA FUNCIONAL NÃO CONFIGURADA.

1. A fim de garantir o exercício da função jurisdicional, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em favor da Magistratura a garantia de independência, como reflexo da vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios (Art. 95, I, II e III), possibilitando que o juiz decida a causa livre de pressões externas e ingerências.

2. O sistema jurídico brasileiro dispõe de diversos meios de impugnação de decisões judiciais, não sendo o juízo correicional a sede adequada para rever uma decisão judicial.

3. A morosidade que enseja a aplicação de penalidade administrativa é aquela injustificada, decorrente de dolo ou culpa grave por parte do juiz.

4. O comparecimento de magistrado em inaugurações de obras públicas e o seu empenho em angariar verbas para obras sociais não caracteriza conduta imprópria, quando ausente qualquer finalidade de obter dividendos políticos.

5. Arquivamento do processo administrativo disciplinar ante a improcedência do pedido.

(CNJ - PAD - Processo Administrativo Disciplinar - 0006025-05.2013.2.00.0000 - Rel. ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO - 214ª Sessão - j. 25/08/2015).
[Nossos grifos]

REVISÃO DISCIPLINAR. DECISÃO QUE ARQUIVOU INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR CONTRA MAGISTRADO. SUPOSTO ABUSO DA LIBERDADE E DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JUDICANTE. CONTRARIEDADE À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIOS DA INDEPENDÊNCIA E DA IMUNIDADE DO MAGISTRADO. IMPROCEDÊNCIA.

1. Os princípios da independência e da imunidade funcionais obstam, via de regra, a possibilidade de punição de magistrado pelo teor dos entendimentos manifestados em seus julgados. Possível, contudo, a sua relativização em situações excepcionais, a exemplo daquelas em que reste evidenciada a quebra do dever de imparcialidade e “impropriedade ou excesso de linguagem”.

2. Não ensejam punição disciplinar os julgamentos que decorram do entendimento livremente manifestado pelo magistrado (livre convencimento motivado), sem nenhum indício de desvio ético ou de conduta, sob pena de cancelar “infração disciplinar de opinião”.

3. A contrariedade à evidência dos autos (art. 83, I, do RICNJ) resta evidenciada quando o julgamento divorcia-se completamente dos elementos probatórios (contrariedade frontal), o que não se constata quando o Tribunal, após análise e valoração do conjunto probatório, entende que os fatos ocorridos não justificavam a abertura do PAD.

4. Revisão Disciplinar julgada improcedente.

(CNJ - REVDIS - Processo de Revisão Disciplinar - Conselho - 0003127-82.2014.2.00.0000 - Rel. CARLOS EDUARDO DIAS - 30ª Sessão Extraordinária Sessão - j. 04/10/2016). [Nossos grifos]



Pelos motivos expostos, é de se ver que a decisão do TJSP que impôs à requerente a pena de censura contrariou a lei e a jurisprudência do CNJ, ao violar a independência e o livre convencimento da magistrada. A presente revisão disciplinar merece, portanto, ser conhecida e julgada procedente.

3.2 Inocorrência de violação ao princípio da colegialidade

Não procede a alegação contida no mencionado acórdão, no sentido de houve violação ao princípio da colegialidade.

O tema hoje está pacificado. A jurisprudência e as leis processuais pátrias vêm, com o passar do tempo, ampliando os poderes dos Relatores nos Tribunais, com o objetivo de dar maior celeridade aos feitos. As decisões monocráticas proferidas, contudo, são submetidas à Turma ou ao Pleno por meio de recurso, em momento posterior, garantindo a possibilidade, sempre, de uma decisão colegiada.

Trata-se hoje de rotina nos Tribunais pátrios:

AGRAVO REGIMENTAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO EM HABEAS CORPUS POR MEIO DE DECISÃO MONOCRÁTICA. AUTORIZAÇÃO DO ART. 38 DA LEI 8.038/1990 E DO ART. 21, § 1º, DO RISTF. IMPUGNAÇÃO DE DECISÃO DO STJ QUE NÃO CONHECEU DO PEDIDO. MERA REITERAÇÃO DE PLEITO JÁ JULGADO POR AQUELA CORTE SUPERIOR. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não há falar em ofensa do princípio da colegialidade, já que a viabilidade do julgamento por decisão mono-

crática do relator se legitima quando se tratar de pedido ou recurso manifestamente incabível ou improcedente ou, ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal, nos termos do art. 38 da Lei 8.038/90. Ademais, eventual nulidade da decisão monocrática fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, na via de agravo regimental. Precedentes.

2. O acórdão impugnado não conheceu dos pedidos, na consideração de que a pretensão veiculada constituía mera reiteração de outro pleito já julgado por aquela Corte Superior, oportunidade em que foi denegada a ordem ao recorrente. Assim, não há nenhuma ilegalidade da decisão ora atacada, pois é inadmissível a repetição de pedidos, sem inovação. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RHC 121127 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 11/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 25-03-2014 PUBLIC 26-03-2014) *[Nossos grifos]*.

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO RELATOR NA FORMA REGIMENTAL (RISTF, ART. 21, § 1º). INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. PRECEDENTES. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS, TENTADO E CONSUMADO. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PERICULOSIDADE EM CONCRETO DO AGRAVANTE, CONTUMÁCIA DELITIVA. REAL POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. MODUS OPERANDI DA CONDUTA CRIMINOSA, A QUAL FOI MOTIVADA POR DISPUTAS RELATIVAS AO COMÉRCIO DE DROGAS. EXCESSO DE PRAZO. COMPLEXIDADE DA CAUSA DEMOSTRADA. PROCESSO CRIMINAL COM REGULAR PROCESSAMENTO NA ORIGEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não ofende o princípio da colegialidade o uso pelo relator da faculdade prevista no art. 21, § 1º, do Regimento Interno da Corte, o qual lhe confere a prerrogativa de, monocraticamente, negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário a jurisprudência dominante ou a súmula do Tribunal.

2. Mostra-se idôneo o decreto de prisão preventiva quando assentado na garantia da ordem pública, ante a periculosidade do agente, evidenciada não só pela gravidade in concreto do delito, em razão de seu *modus operandi*, mas também pelo risco real da reiteração delitiva.

3. Prisão preventiva do agravante justificada na garantia da ordem pública, em face do risco concreto de reiteração delitiva, já que ele é contumaz na prática de crimes, bem como em sua periculosidade, evidenciada pela gravidade in concreto das condutas, vale dizer, homicídios qualificados, um consumado e motivado por disputas relativas ao comércio de drogas e outro tentado e motivado para assegurar a impunidade do primeiro delito, ambos praticados com extrema violência por meio de disparos de arma de fogo e coronhadas na cabeça de uma das vítimas.

4. Não há que se cogitar de constrangimento ilegal por excesso de prazo, visto que a ação penal tem regular processamento na origem, não podendo se ignorar o considerável grau de complexidade do caso, consubstanciado na expedição de cartas precatórias e acolhimento de diligência probatória defensiva.

5. Agravo regimental não provido.

(HC 140215 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 31/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 26-04-2017 PUBLIC 27-04-2017) [*Nossos grifos*].

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL INDEFERIDA NA ORIGEM. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE MANTIDA. RECURSO ESPECIAL JULGADO MONOCRATICAMENTE.

CAMENTE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I - O art. 932, inciso IV, alínea a, do Código de Processo Civil de 2015 e o art. 253, parágrafo único, inciso II, do Regimento Interno desta Corte autorizam ao relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante nos Tribunais superiores, não importando tal procedimento violação ao princípio da colegialidade.

II - "Embora seja possível rever a dosimetria da pena em revisão criminal, a utilização do pleito revisional é prática excepcional, somente justificada quando houver contrariedade ao texto expresso da lei ou à evidência dos autos" (AgRg no AREsp n. 734.052/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 16/12/2015).

III - Na hipótese dos autos, o eg. Tribunal de origem negou o pleito uma vez que "a fundamentação do magistrado deixa claros os critérios utilizados para a fixação da pena-base, quais sejam, os motivos, as circunstâncias do crime por ele praticado" (fl. 2.077). Ao decidir sobre o pedido de redução da pena, em sede de apelação, a eg. Corte afirmou que as circunstâncias judiciais eram desfavoráveis pois indicam que o agravante é portador de "culpabilidade evidenciada, com consequências desabonadoras, inculcando ao ente administrativo prejuízo de valor elevado, justificando, dessa forma, a fixação da pena acima do mínimo legal" (fl. 1.878).

IV - A desconstituição do entendimento firmado pela eg. Corte de origem, na perspectiva proposta pelo ora recorrente, demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, o que não se revela possível na via eleita, em função do que dispõe a Súmula 7/STJ.

Agravo regimental desprovido.



(AgRg no AREsp 1017826/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 10/05/2017) [Nossos grifos].

Na hipótese em análise, a requerente era Relatora de todos os processos mencionados e, como tal, tinha competência e poderes para determinar a expedição de alvarás de soltura, diante da constatação de ilegalidades.

Conforme a argumentação contida na petição inicial, deve-se recordar que a Relatora poderia até ter concedido *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código Penal, desde que, no curso do processo, fosse constatado que alguém estava sofrendo ou estava na iminência de sofrer coação ilegal. Pelos mesmos motivos, poderia sanar ilegalidade constatada nos autos, por meio de decisão monocrática, em caráter cautelar.

Além disso, as decisões monocráticas proferidas pela requerente eram passíveis de modificação pela Turma, por meio da interposição de recursos. Garantido, portanto, o julgamento pelo colegiado, mesmo que diferido para momento posterior.

Não há, portanto, como considerar-se que a conduta da magistrada configura infração disciplinar.

Também por este motivo, merece ser conhecida e julgada procedente a presente revisão disciplinar.



3.3 Ausência de dolo e de culpa

A leitura dos autos demonstra, ainda, que a Juíza requerente não agiu, em nenhum dos casos mencionados, com dolo ou culpa.

A ausência de dolo restou reconhecida e consignada no próprio acórdão condenatório:

Não se evidenciou, minimamente, a existência de má-fé da magistrada em qualquer das condutas apuradas; a instrução apontou, isso sim, inexperiência no trato com os procedimentos de Segunda Instância, falta de tato nas relações com o Revisor e inobservância de certas cutelas no próprio lidar com alguns processos antes de se determinar a singular ou monocrática expedição de alvarás de soltura.

Ocorre que a culpa, ao contrário do afirmado no acórdão que se pretende rever, também não foi demonstrada, uma vez inexistente qualquer caracterização de negligência, imprudência ou imperícia.

A magistrada, ao apreciar os feitos a ela distribuídos, baseou-se na prova e em informações contidas nos autos, seguindo os procedimentos legais.

O fato de ter determinado a expedição de alvarás de soltura em favor de alguns réus que já estavam soltos não trouxe qualquer prejuízo e tem explicação na ausência de informações sobre decisões pretéritas de liberação dos réus.



A expedição de alvará de soltura em benefício de um réu foragido parece, de fato, um equívoco que merecia reparos, mas não configura, por si só, negligência e não caracteriza infração disciplinar.

Com relação à afirmação de que a Juíza não fez consultas aos sistemas INFOSEG e INTINFO antes de proferir suas decisões, tem razão a autora, ao alegar que sofreu prejuízo em seu direito à ampla defesa e ao contraditório. Tal acusação não foi incluída na portaria inicial do procedimento administrativo disciplinar. Mesmo que se considerasse o fato como decorrência da investigação relativa à falta de cautela, deveria ter sido claramente aduzido durante a instrução. Como não foi, prejudicou a defesa neste ponto, o qual foi fundamental às conclusões do acórdão sancionador.

De qualquer forma, a falta de consulta aos mencionados sistemas, que não é obrigatória, não é suficiente para configurar descumprimento de dever funcional ou ausência de cautela por parte da requerente.

A ausência do dolo e da culpa e outras questões aqui já expostas, essenciais à compreensão do presente feito, foram analisadas com muita precisão pelo Desembargador Antônio Carlos Malheiros, em seu voto vencido, quando do julgamento do processo administrativo disciplinar.



Apesar de longo, o seguinte trecho do referido voto merece leitura atenta, por contribuir para deslinde da questão:

1. Da conduta comissiva – necessidade de comprovação do elemento subjetivo do dolo, na conduta da magistrada requerida

Constou da Portaria de instauração que “as onze decisões exaradas singularmente pela Juíza KENARIK BOU-JIKIAN representaram violação das regras de atuação em 2º grau de jurisdição e ao princípio da colegialidade, com patente burla ao entendimento da maioria”.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a ilustre magistrada atuou no estrito cumprimento de seu dever funcional, preferindo as decisões, ora em questão, de acordo com seu livre convencimento, albergado pela sua independência funcional, que deve ser garantida a todos os magistrados.

Ainda assim, em atenção ao quanto disposto na Portaria de instauração e ao quanto asseverado pelo Emérito Des. Relator em seu voto, imprescindível que restasse comprovado o dolo no agir da magistrada requerida.

Ocorre que, ao contrário, não há nos autos uma linha sequer que demonstre que a magistrada teria, intencionalmente, proferido tais decisões, de caráter cautelar, para impor seu entendimento, que era minoritário, à Turma Julgadora. Ao que consta nos autos, todos os onze processos foram levados à Mesa para a apreciação dos demais da turma, a afastar qualquer violação ao princípio do colegiado.

Imperioso frisar que todas as determinações, para expedição dos alvarás, eram acautelatórias, não implicando, pois, em subtração da competência da Câmara.

O dolo estaria configurado, apenas e tão somente, se a magistrada tivesse imposto suas decisões à Turma Julgadora, o que não foi o caso.

A magistrada, na qualidade de relatora daqueles processos, tinha o dever de proferir as decisões, como fez, por ter verificado estarem os réus recolhidos por tempo supe-

rior à pena, a eles impostas. Ainda que existissem recursos da acusação pendentes de julgamento, que poderiam vir a ser acolhidos ou não, o fato é que as penas provisórias, impostas a eles, já tinham sido cumpridas.

A revisão das decisões proferidas pela magistrada deveriam ter sido feitas por meios processuais próprios e jamais pela via correcional, que não pode permitir ingerência, na convicção jurídica dos magistrado.

É cediço que a aplicação de sanção, no âmbito de um processo administrativo disciplinar, se dá quando verificado o elemento subjetivo de dolo ou culpa, na conduta do magistrado, pressupondo-se que tenha optado, livre e conscientemente, por conduta comissiva ou omissiva. Não basta apenas a existência do ilícito.

O artigo 49, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN, dispõe acerca da responsabilidade civil do magistrado, que responderá por perdas e danos, quando (I) no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude e (II) recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento das partes.

Com efeito, da leitura do citado dispositivo conclui-se que, na conduta comissiva do magistrado, deverá estar presente o dolo e em sua conduta omissiva deverá estar presente a culpa.

No tocante ao presente caso, quanto à conduta comissiva da magistrada requerida, evidente a ausência do dolo ou má-fé, como dito, uma vez que não impôs seu entendimento ao colegiado, tampouco agiu com a clara intenção de prejudicar réus que se encontravam encarcerados por tempo superior àquele que condenados, ou mesmo atentar contra à sociedade. Ao contrário, Sua Excia., ao verificar que os réus, estavam recolhidos a mais tempo do que forma condenados, determinou a expedição dos alvarás clausulados. Primou-se pela dignidade da pessoa humana, que não pode permanecer encarcerados quando já cumprida a condenação a ela imposta.



A magistrada, na qualidade de relatora, agiu de acordo com os seus deveres funcionais, cumpriu e fez cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício, conforme preleciona o artigo 35, I, da LOMAN.

Pode-se verificar dos autos que, em nenhum momento, violou-se o princípio da colegialidade, pois não restou comprovada a intenção da magistrada em sobrepor seus pensamentos aos colegas.

As decisões proferidas pela magistrada, como dito, eram acautelatórias e, em atenção ao seu entendimento, tinha como dever proferi-las, uma vez que verificado que aqueles réus já haviam cumprido o tempo de prisão, a ressaltar a ausência de subtração de competência da Turma Julgadora, o que afasta a alegada violação ao princípio da colegialidade, que justificaria a aplicação da sanção disciplinar.

Acerca das prisões cautelares, a preocupação é tamanha e a situação é tão alarmante, que a Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Min. Carmen Lúcia, anunciou, no 10º Encontro Nacional do Poder Judiciário, ocorrido em 06.12.2016, em Brasília, que se prepara em censo e um cadastro da população carcerária brasileira, para que sejam verificados quem se encontra recolhido, sem ter sido julgado. As estatísticas mais recentes apontam que 41% dos presos são de caráter provisório. A Ministra atribuiu referido fato a morosidade da Justiça.

Não é de hoje a crise no sistema prisional brasileiro. Porém, nestes tempos, crise intensificou-se nas cadeias, com rebeliões e inúmeras mortes, tanto é que a Min. Carmen Lúcia, ratificou sua determinação aos Tribunais da Federação, para esforços concentrados na aceleração dos processos penais, determinando atenção, especificamente, quanto aos processos de execução penal de provisórios.

Este E. Tribunal não será conivente com a situação periclitante das prisões do país, punindo magistrado que determinou a expedição de alvarás de soltura a presos, que estavam recolhidos a mais tempo que foi determinado.

Portanto, não restou demonstrado o elemento subjetivo do dolo, na conduta comissiva da magistrada, na emissão de decisões, em pretensa violação ao princípio do colegiado.

2. Da conduta omissiva da magistrada requerida – necessidade de demonstração do elemento culpa na modalidade negligência no agir da magistrada.

Superada a questão quando a ausência de dolo, na conduta comissiva da magistrada, ao expedir as decisões singulares, uma vez que não restou comprovada sua intenção de impor seu entendimento minoritário, perante a Turma Julgadora, necessária se faz análise sobre a existência de culpa, na conduta omissiva da magistrada requerida.

A culpa constitui a violação no dever de cautela, que pode ser verificada pela imperícia, negligência ou imprudência. O magistrado que é processado para apuração de faltas disciplinares, em razão dos deveres elencados nos incisos I e II, do artigo 35, da LOMAN, deve agir de maneira negligente, desidiosa e com ausência de exação.

No caso dos autos, não restou comprovada culpa da magistrada requerida. O dever de cautela da magistrada se deu ao verificar, nos autos de cada um dos onze processos, que o tempo de pena cautelar já havia se esgotado. Daí a determinação para expedição do alvará de soltura clausulado. Não há dúvida de que Sua Excia. tenha agido no estrito cumprimento da judicatura.

Importante destacar que todas as decisões, para expedição dos alvarás tinham determinado que caberia a autoridade competente verificar se aqueles determinados réus tinham alguma pendência perante a justiça, outra condenação em outro processo penal. Não era de competência, da magistrada requerida verificar se aqueles onze réus cumpriam penas em razão de outras condenações.

No tocante, ainda, ao dever de cautela da magistrada, cumpre fazer uma análise das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça deste Tribunal Provimientos nº 50/1989 e 30/2013), que prevê em seu ordenamento

como deve funcionar o Sistema Informatizado Oficial, conforme disposições de seus artigos 46 a 62 (TOMO I, CAPÍTULO III, Seção V).

Consoante se procede da leitura do artigo 46, o sistema informatizado oficial foi implementado com o propósito de preservar a “memória” de dados extraídos dos feitos e da respectiva movimentação processual, e para o controle de processos, de modo a garantir a segurança, assegurar a pronta localização física, verificar o andamento e permitir a elaboração de estatísticas e outros instrumentos de aprimoramento da prestação jurisdicional.

Além disso, em seus artigos 52 a 62, é estabelecido que os distribuidores e os ofícios de justiça serão os responsáveis por cadastrar e anotar a movimentação e a prática dos atos processuais, da maneira mais completa e abrangente possível, de modo que todas as informações, consoantes nos ambientes físicos, constem no ambiente virtual, formando banco de dados.

Ocorre que, sem desmerecer a importância de tal regramento, fato é que o sistema informatizado oficial está sujeito a falhas, tanto é que este Tribunal de Justiça vem, constantemente, tentando aprimorar o sistema para sanar erros que surgem ao longo de sua utilização. De mais a mais, sua alimentação é feita por seres humanos, que também estão sujeitos a erros e podem e podem vir colocar datas de maneira retroativa, ou até mesmo informações pretéritas, uma vez que, como preveem as Normas de Serviços, o referido sistema serve como MEMÓRIA/BANCO DE DADOS.

Trata-se de sistema implementado como instrumento de guarda das informações processuais. Serve de ferramenta de consulta. No entanto, não atrela o magistrado a ele, tanto é que não há qualquer disposição que obrigue a consulta a tal sistema. O magistrado deve ater-se ao que consta nos autos processuais, sejam eles físicos ou eletrônicos.

Portanto, o dever de cautela do magistrado está em verificar o que consta nos autos processuais e proferir suas decisões de acordo com as informações verificadas. E, “in

casu”, a magistrada requerida, no uso de sua independência funcional, ao conferir os autos, verificou que não constavam quaisquer disposições acerca da expedição de alvarás de soltura em nome naqueles réus, que já cumpriam suas penas cautelares além do tempo.

A magistrada tinha o dever de verificar as provas e documentos, que constavam naqueles autos, que eram de sua relatoria. E assim fez, decidindo de acordo com sua convicção.

Não restou, portanto, confirmada nos autos deste processo administrativo disciplinar a presença do elemento subjetivo na conduta omissiva da magistrada (culpa), razão pela qual não pode sofrer retaliação ou sanção por Este Órgão Especial, por ter agido de acordo com sua convicção.

A magistrada requerida, como pode verificar-se das onze decisões aqui questionadas, expressou seu entendimento de maneira motivada e respaldada nas normas jurídicas, o que não permite punição disciplinar.

Ainda que se mencione a hipótese de ocorrência de “*error in iudicando*”, é assegurado ao magistrado a dignidade e a independência funcional, como bem assevera o artigo 40, da LOMAN, uma vez que o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir, conforme artigo 41, também da LOMAN.

Vale trazer a baila, fala do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, nos autos do Inq. 2.699 QO/DF, publicando no DJe em 08.05.09, que muito bem argumentou no seguinte sentido:

“... o direito de o magistrado proferir decisões com independência e liberdade, sem o temor de sofrer, por efeito de sua prática profissional, abusivas instaurações de procedimentos penais ou civis, constitui, pressuposto indeclinável ao exercício responsável e legítimo da jurisdição, além de traduzir requisito essencial à preservação dos direitos fundamentais e das franquias democráticas, pois sem juízes

independentes, não há sociedades livres”, razão pela qual os magistrados “nos limites de sua independência funcional, gozam de inviolabilidade pelas manifestações decisórias regularmente externadas no âmbito dos processos em que atuam. Não respondem, consequência, pelos denominados delitos de opinião, desde que os fatos alegadamente ofensivos à honra de terceiros observem nexo de causalidade com o desempenho da atividade jurisdicional, e não hajam, os magistrados incidido em situação caracterizadora de abuso funcional”.

Deve-se, portanto, assegurar à magistrada requerida o livre exercício de sua função jurisdicional, que proferiu todas as onze decisões de maneira fundamentada e baseada no fato de que os réus estavam recolhidos a tempo maior do que suas penas, além do fato de que não constavam nos autos informações acerca da expedição de alvará de soltura. A magistrada cumpriu seu dever de cautela, ao evitar que aqueles réus permanecessem recolhidos ilegalmente, além de ter determinado que fossem expedidos alvarás clausulados.

Ademais, outro ponto importante é o fato de que as decisões pela magistrada, proferidas não tiveram consequência prática, porquanto não causaram quaisquer prejuízos aos réus e à sociedade, a demonstrar, mais uma vez, a ausência do elemento subjetivo do dolo ou da culpa na sua conduta, que justifique a imposição de sanção disciplinar.

4.CONCLUSÃO

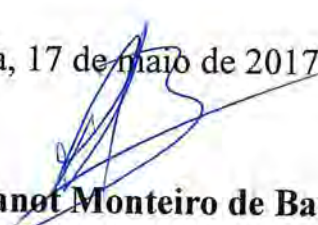
Por todo o exposto, verifica-se estar presente a hipótese prevista no art. 83, I, do Regimento Interno desse Conselho Nacional de Justiça, que admite a revisão dos processos disciplinares



quando a decisão for contrária a texto expresso de lei e à evidência dos autos.

Dessa forma, o Procurador-Geral da República manifesta-se, pelo conhecimento e deferimento da revisional, para que seja anulada a sanção de censura imposta à Juíza Kenarik Boujikian Felipe.

Brasília, 17 de maio de 2017.


Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

PHCA/CMPC

