



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

Expediente n. 2015/00124076

Interessado: Desembargador Otávio Henrique de Sousa Lima

Voto n. 21.693

ADMINISTRATIVO. DISCIPLINAR. PRELIMINAR DE IMPEDIMENTO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 252, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INTELIGÊNCIA DA RESOLUÇÃO N. 135/11, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. INOCORRÊNCIA DE ANTECIPAÇÃO DE CONVENCIMENTO DO RELATOR. EXPOSIÇÃO PORMENORIZADA DOS FATOS APURADOS NA SINDICÂNCIA, EM HARMONIA COM OS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. PRECEDENTES DO STF. AUSÊNCIA DE CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO DA FORMA COMO A MÍDIA, ESCRITA E TELEVISIVA, VEICULA AS NOTÍCIAS. INTELIGÊNCIA DA DEONTOLOGIA JURÍDICA. AFASTAMENTO DAS PRELIMINARES. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE DIRECIONAMENTO DE "HABEAS CORPUS", POR DOLO OU POR CULPA, PARA MAGISTRADO QUE NÃO ERA O JUIZ NATURAL DA CAUSA. PRÁTICAS REITERADAS. NECESSIDADE DE APURAÇÃO DOS FATOS. AFASTAMENTO CAUTELAR DO MAGISTRADO SINDICADO COM FUNDAMENTO NO PODER GERAL DE CAUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E AFASTAMENTO CAUTELAR DO MAGISTRADO.

1. Inexistência de violação ao art. 252, III, do Código de Processo Penal, em razão do Desembargador Presidente atuar como Relator, perante o Colendo Órgão Especial desta Corte de Justiça, na Sindicância Administrativa e, depois, proferir Voto, também como Relator, propondo a abertura do Processo Administrativo Disciplinar. Isto porque, no duro, não se está na fase do art. 14, §7º e §8º, da Resolução n. 135/11, do Conselho Nacional de Justiça, mas sim na fase do art. 14, §1º, da Resolução n. 135/11, do CNJ, de clareza solar no sentido de que tenha sido, ou não, apresentada a defesa prévia, o Relator, no caso, o Presidente do Tribunal de Justiça, por se tratar de Magistrado de 2º Grau, submeterá ao Tribunal Pleno ou ao seu Órgão Especial, relatório conclusivo com a proposta de instauração do Processo Administrativo Disciplinar ou de seu



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

arquivamento, intimando o Magistrado ou o seu defensor, se houver, da data da Sessão do julgamento. Entretanto, se acolhida a proposta de abertura do Processo Administrativo Disciplinar contra o Magistrado, o Relator, agora sim do Processo Administrativo Disciplinar, será sorteado dentre os Magistrados que integram o Pleno ou o Órgão Especial do Tribunal, não podendo ser Relator o Magistrado que dirigiu o procedimento preparatório, no caso, o Presidente do Tribunal como mencionado alhures, razão pela qual não há falar-se em violação do art. 252, III, do Código de Processo Penal. Inteligência do art. 14, §8, da Resolução n. 135/11, do Conselho Nacional de Justiça.

2. Inocorrência de antecipação de convencimento do Relator sobre a matéria objeto da Sindicância, seja porque o Magistrado sindicado recebeu, em seu gabinete de trabalho, ofício solicitando esclarecimentos, acerca dos fatos sob luzes, seja em razão dos fatos que estavam sendo investigados terem sido difundidos na mídia, escrita e televisiva, antes mesmo da ciência do sindicado, seja porque este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo veiculou uma "nota de esclarecimento" classificando a decisão proferida pelo sindicado como "insólita", seja, por fim, porque este Relator afirmou, na Portaria que inaugurou esta Sindicância, que as decisões do sindicado careciam de fundamentação, ao arrepio do art. 93, IX, da Constituição Federal, porque genéricas e desprovidas de um mínimo de fundamentação. Isto porque, não se perdendo de vista que o Conselho Nacional de Justiça, na atualidade, vem reconhecendo que a postura ética do Magistrado brasileiro fortalecerá a legitimidade do Poder Judiciário, mormente quando se está diante do proferimento de decisões, sejam elas de qual natureza forem, parece-me ser necessário que todos os Magistrados evidenciem, sim, um raciocínio lógico e fundamentem, com esmero, as suas decisões, sob pena de violação do art. 93, IX, da Constituição Federal e dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Assim, independentemente da espécie de decisão, aqui, de um Expediente em nível de Sindicância, que prepara, se o caso, a abertura de um futuro Processo Administrativo Disciplinar, por se imputar a um Desembargador esta ou aquela falta, tem o Relator a obrigação, não só moral, mas acima de tudo legal, por imposição constitucional, de apontar, com todas as letras, aquilo que se revela em descompasso com a Constituição Federal de 1988 e com a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, para que o Magistrado sindicado, possa – e bem – defender-se das imputações que lhe são feitas. Por fim, também é preciso que o universo da Magistratura compreenda o assédio da mídia em relação aos casos rumorosos, ainda mais quando o objeto tratado envolve a apreensão de toneladas de substância entorpecente, equipamentos utilizados para a sua fabricação e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

armamentos, além do suposto envolvimento de uma Organização Criminosa (PCC), caso desta Sindicância. Com efeito, é sabido que o Brasil não possui a chaga de julgamento secreto, muito pelo contrário, os julgamentos são públicos (excetuada a publicidade em determinados casos) e é de conhecimento geral que a mídia se aproveita de algumas situações, aparentemente graves, como a analisada nesta Sindicância, para criticar avidamente o Poder Judiciário. Assim, faz-se necessário que o Magistrado se acautele, por todos os meios, para proferir decisões que possuam o mínimo de densidade técnica e não possam colocar em xeque a higidez da instituição, no caso do Tribunal de Justiça, ainda que, aos olhos do povo, tal decisão possa não lhes agradar. Tudo a evidenciar, de um jeito ou de outro, o cumprimento dos deveres da Magistratura, a independência, a serenidade e a exatidão dos atos de ofício, insculpidos na Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (AP n. 470/MG).

3. Possibilidade de instauração de Processo Administrativo Disciplinar em vista da apuração dos fatos objetos desta Sindicância. Existência de indícios de direcionamento proposital, por dolo ou por culpa, de pelo menos dois "Habeas corpus" para o Magistrado sindicado, por meio de utilização de número inválido no sistema SAJ/SG, contendo um número a mais, com o escopo de criar uma falsa prevenção de Sua Excelência, que não era o Juiz Natural da causa, no caso, o "Habeas corpus" n. 0051643-75.2015.8.26.0000 (oriundo do "habeas" fictício n. 00375641-64.2015.8.26.0000) e o "Habeas corpus" n. 0033411-15.2015.8.26.0000 (oriundo do "habeas" fictício n. 00317271-14.2015.8.26.0000). Como se tudo isso não bastasse, também chegaram à Egrégia Presidência do Tribunal de Justiça documentos variados e múltiplos, dando conta de que o Magistrado sindicado, em Plantões Judiciários, mais uma vez por intermédio de r. decisões extremamente lacônicas e genéricas, soltou presos e o fez de modo a contrariar entendimentos seus, sedimentados ao longo dos anos, exteriorizados em sistemáticas e reiteradas denegações de Ordens em "habeas" de sua Relatoria, em situações de colorido semelhante. Atuação, ademais, em Plantões Judiciários nos quais era vedada a apreciação de "habeas" referentes a processos-crime de há muito em tramitação, a se evitar a escolha, por parte do advogado do paciente, do Desembargador Plantonista. Necessidade de apuração da suposta prática infracional, por meio da instauração de Processo Administrativo Disciplinar.

4. Necessidade de afastamento cautelar do Magistrado, com fundamento no poder geral de cautela que se reconhece à Administração Pública, como corolário dos princípios da eficiência e da moralidade administrativas, previstos no art. 37, da Constituição Federal de 1988. Precedente deste Egrégio



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

Tribunal de Justiça. Ademais, o quadro delineado nos autos não é sugestivo de um fato isolado, mas revelador de um padrão acinzentado de situações fáticas obnubiladas, turvadas, de pontos de interrogação, a deixarem as partes, todas elas, bem como todos aqueles que se socorrem do Poder Judiciário, no mínimo com dúvidas sobre a higidez do agir de um ocupante do elevado cargo de Desembargador. Assim, até mesmo para que se possa resguardar a pessoa do Magistrado sindicado, afinal, força convir, diante deste quadro, não há como sustentar-se que, sem que se elucidem todos os fatos, possa ele voltar a ter tranquilidade para bem julgar, para bem administrar a Justiça, despreocupado com o que terceiros possam vir a falar, a comentar, ainda mais quando a mídia, escrita e televisiva, encontra-se acompanhando os fatos tão de perto, parece-me ser necessário o seu afastamento cautelar. De outro vértice, inolvidável que o afastamento cautelar se justifica, ainda, a bem da instrução processual, diante da possibilidade de, em exercício, servidores, que lhe são subalternos, e profissionais que possam vir a ser chamados a prestar depoimentos nos autos do Processo Administrativo Disciplinar, sentirem-se melindrados, incomodados, inseguros, enfim, pouco à vontade para prestarem os depoimentos. Trata-se, portanto, de acentuar o interesse público em detrimento de interesse menor, não menos importante, é óbvio, mas que diz com a condição isolada do Magistrado sindicado. Inteligência do art. 27, §3º, da Lei Complementar n. 35/79. Precedente do STF, que em tudo se amolda, nada obstante de natureza penal.

5. Abertura de Processo Administrativo Disciplinar, em razão da ofensa ao art. 35, I e VIII, da Lei Complementar n. 35/79 e ao art. 4º, ao art. 5º, ao art. 8º, ao art. 24, ao art. 25 e ao art. 37, todos da Resolução n. 60/08, do Conselho Nacional de Justiça, bem como afastamento cautelar do Magistrado sindicado, do seu cargo, até o fim do respectivo Processo Administrativo Disciplinar.

VOTO

Trata-se de Expediente de interesse do Excelentíssimo Senhor **Desembargador Otávio Henrique de Sousa Lima**, iniciado com uma solicitação, desta Egrégia Presidência do Tribunal de Justiça Paulista, para que Sua Excelência prestasse informações relativas ao noticiário veiculado na imprensa, especificamente no jornal "O Estado de São Paulo", do dia 08 de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

agosto de 2015, que em uma de suas manchetes de fls. A20, assim fez constar: "Desembargador solta 'Capuava', maior traficante do Estado" (fls. 02/03).

Sua Excelência, o **Desembargador Otávio Henrique**, prestou as informações que lhe foram solicitadas, dizendo, em resumo, após historiar o constante no caderno inquisitorial referente ao auto de prisão em flagrante do alcunhado "Capuava", que determinou, mediante r. decisão lançada em sede liminar, no "Habeas Corpus" n. 0051643-75.2015.8.26.0000, a sua soltura, porque entendeu que não havia provas suficientes do seu envolvimento nos crimes mencionados no auto da sua prisão em flagrante, determinando, em consequência, a expedição de alvará de soltura clausulado, em seu favor, ao contrário do que entendeu quanto aos outros 04 pacientes do mesmo "habeas", que presos em flagrante, na mesma ocasião em que o foi o paciente favorecido, tiveram as respectivas liminares, então também requeridas, indeferidas. Em outras palavras, gizou que assim decidiu em conformidade com o que entendeu da análise do caderno probatório inquisitorial e que sua decisão guarda contornos estritamente jurisdicionais (fls. 07/39).

Vieram aos autos informações, da Senhora Secretária Judiciária, de acordo com as quais o questionado "Habeas Corpus" n. 0051643-75.2015.08.26.0000 fora distribuído, por competência exclusiva, ao Excelentíssimo Senhor **Desembargador Otávio Henrique**, com assento na Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, do Tribunal de Justiça Paulista, em 04 de agosto de 2015, constando, na movimentação processual, prevenção ao "Habeas Corpus" n. 00375641-64.2015.8.26.0000, número inválido no sistema SAJ/SG, contendo um dígito a mais e que, feita a necessária auditoria, constatou-se que o estudo e a anotação da prevenção foram realizados pelo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

servidor Paulo Roberto Sewaybriker Fogaça, matrícula 800.466. Questionado a respeito, o funcionário disse que: "Devo ter equivocado-me na hora da passagem do estudo, já que inexistente prevenção!". Nas mesmas informações, revelou-se que um outro "Habeas Corpus", distribuído em 21 de maio de 2015, também por competência exclusiva ao Excelentíssimo Senhor **Desembargador Otávio Henrique**, com assento na Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, do Tribunal de Justiça Paulista, derivou de uma mencionada prevenção, constante na movimentação processual, referente ao "Habeas Corpus" n. 00317271-14.2015.8.26.0000, número inválido no sistema SAJ/SG, contendo um dígito a mais. Igualmente, o estudo e a anotação da prevenção foram realizados pelo mesmo **servidor Paulo Roberto Sewaybriker Fogaça**, matrícula 800.466 (fls. 40/41).

Juntou-se aos autos ofício assinado pelo Excelentíssimo Senhor **Desembargador Eros Piceli**, Vice-Presidente desta Egrégia Corte de Justiça Bandeirante, segundo o qual foi instaurado Processo Administrativo Disciplinar contra o **servidor Paulo Roberto Sewaybriker Fogaça**, matrícula 800.466, com o escopo de se apurar o fato relacionado com a distribuição errada dos dois "habeas", em razão de prevenções inexistentes, ao Excelentíssimo Senhor **Desembargador Otávio Henrique**, com assento na Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal (fls. 43/46).

Determinou-se a juntada aos autos de farta documentação, providenciada por esta Presidência, por intermédio de ofício endereçado ao Excelentíssimo Senhor **Desembargador Otávio Henrique** (fls. 42), referentes aos "Habeas Corpus" n. 0051643-75.2015.8.26.0000, n. 2104846-15.2015.8.26.0000 e n. 0033411-15.2015.8.26.0000, dentre outros (fls. 48/861).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

Documento dando conta de que a questionada prevenção, referente ao "Habeas Corpus" n. 0033411-15.2015.8.26.0000, fora anotada pelo "mesmo funcionário" (fls. 862/863).

Outros documentos foram juntados aos autos (fls. 866/893).

Portaria, desta Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assinando prazo, nos termos da Resolução n. 135/11, do Conselho Nacional de Justiça, para que Sua Excelência, o Senhor **Desembargador Otávio Henrique**, com assento na Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, da Seção Criminal desta Corte de Justiça apresentasse, querendo, defesa prévia, forte no art. 14, "caput", da indigitada Resolução (fls. 894/903).

Veio aos autos a defesa prévia apresentada pelo Excelentíssimo Senhor **Desembargador Otávio Henrique**, na qual, preliminarmente, requereu-se fosse reconhecido o impedimento deste Presidente, com a consequente passagem dos autos deste Expediente para o substituto legal, por força do art. 252, III, do Código de Processo Penal.

Isto porque, destacou-se que este Desembargador Presidente não poderia atuar como Relator, perante o Colendo Órgão Especial desta Corte de Justiça e proferir Voto no respectivo Processo Administrativo Disciplinar. Em outras palavras, não poderia presidir a Sindicância e depois atuar como Relator do Processo Administrativo Disciplinar, para tanto sendo invocado o RMS n.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

19.477/SP, da Relatoria da Min. Maria Thereza de Assis Moura, do Superior Tribunal de Justiça.

Na mesma linha de impedimento, focou-se que este Presidente antecipara o seu convencimento sobre a matéria de fato objeto desta Sindicância, a uma, em razão de o sindicato ter recebido, em seu gabinete de trabalho, ofício solicitando esclarecimentos, acerca dos fatos sob luzes, quando horas antes ouvira, deste Presidente, que não haveria necessidade de prestar informações por escrito. A duas, porque os fatos investigados acabaram por ser divulgados na edição do dia 19 de agosto de 2015, do jornal "O Estado de São Paulo", sob a manchete "TJ apura esquema de fraude em casos de Desembargador que soltou traficantes". Ou seja, a imprensa soube desta Sindicância antes mesmo do sindicato. A três, porque na "nota de esclarecimento" veiculada por este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, classificou-se a decisão proferida pelo sindicato como "insólita", dando a entender que já se exteriorizava o entendimento deste Presidente sobre o mérito da causa. A quatro, porque este Presidente afirmou, na Portaria que inaugurou esta Sindicância, que as decisões do sindicato eram faltas de fundamentação, ao arrepio do art. 93, IX, da Constituição Federal, porque genéricas e desprovidas de um mínimo de fundamentação.

No mérito, em síntese, a defesa prévia reforçou, em linhas gerais, o conteúdo do esclarecimento subscrito pelo próprio interessado, nas informações entranhadas a fls. 07/14 dos autos deste Expediente, focando a questão da distribuição por prevenção inexistente, jamais imaginada pelo sindicato, a atribuí-la ao sistema falho desta Corte de Justiça e a se bater quanto ao conteúdo estritamente jurisdicional, fruto do seu entendimento, da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

decisão que soltou o alcunhado "Neginho Capuava". A título de exemplo, do que entendeu ser falha do sistema desta Corte de Justiça, lembrou de "Habeas Corpus" distribuídos ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Sérgio Ribas, da Colenda 5ª Câmara de Direito Criminal, da Seção Criminal, desta Corte de Justiça e de outros ou ao menos de outro, oriundo de uma mesma ação penal, distribuído ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Roberto Midolla, da Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, da Seção Criminal, desta Corte de Justiça.

Excursionou, de forma mais minudente, acerca das razões que o levaram a deferir, liminarmente, as solturas dos pacientes do "Habeas Corpus" n. 0051643-75.2015.8.26.0000, bem como a soltura do paciente do "Habeas Corpus" n. 0033411-15.2015.8.26.0000 e a soltura do paciente do "Habeas Corpus" n. 0022713-81.2014.8.26.0000, terminando por iluminar a questão a envolver a soltura do paciente do "Habeas Corpus" n. 0071175-40.2012.8.26.0000 (fls. 910/999).

Ofício, acompanhado de documentos, referentes ao processo-crime n. 0000696-61.2015.8.26.0535, em tramitação pela 2ª Vara da Comarca de Santa Isabel, relativos à ação penal na qual foram denunciados os pacientes dos "Habeas Corpus" que deram origem ao presente Expediente, dentre eles **Weliton (ou Welinton) Xavier dos Santos**, que inclusive teve a sua prisão preventiva decretada pela MM. Juíza de Direito Cláudia Vilibor Breda (fls. 1.002/1.076).

Por fim, ofício da Presidência deste Tribunal de Justiça endereçado ao Excelentíssimo Senhor Procurador Geral da Justiça do Estado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

de São Paulo, solicitando informações pormenorizadas sobre o "Inquérito Policial" instaurado pelo Promotor de Justiça Cassio Conserino, com o fim de investigar suposta "infiltração do PCC no Judiciário Paulista", de acordo com entrevista concedida à BANDNEWS na noite de 24 de agosto de 2015 (fls. 1.077), ainda sem resposta.

É o relatório.

É caso de se aplicar o art. 14, §1º, §2º e §3º, da Resolução n. 135/11, do Conselho Nacional de Justiça, que prevê que, após o fim do prazo da defesa prévia, haja ou não sido apresentada, aqui tendo sido, o Relator, no caso de Magistrados de 2º Grau, o Presidente do respectivo Tribunal, submeterá ao Tribunal Pleno ou ao seu Órgão Especial relatório conclusivo com a proposta de instauração do Processo Administrativo Disciplinar, ou de arquivamento, intimando o Magistrado ou o seu defensor, se houver, da data da Sessão do julgamento, com direito a Voto.

Inconsistente a preliminar.

Invocou-se, na defesa prévia apresentada pelo Excelentíssimo Senhor **Desembargador Otávio Henrique**, com assento na Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, da Seção Criminal, desta Corte de Justiça, o meu impedimento, com força no art. 252, III, do Código de Processo Penal, fazendo-o, às expressas, por "analogia".

Sem qualquer razão, de fato e de direito, a preliminar em foco, mormente quando deduzida por "analogia".



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

O art. 252, III, do Código de Processo Penal, estabelece que o Juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha.

Pois bem.

Com a devida licença, não se alcançou a inteligência da Resolução n. 135/11, do Conselho Nacional de Justiça, cuja clareza, mister seja consignado, dispensa qualquer espécie de interpretação.

Deveras, no art. 14, "caput", da mencionada Resolução, prevê-se que antes da decisão sobre a instauração do processo pelo Colegiado respectivo, a autoridade responsável pela acusação concederá ao Magistrado o prazo de 15 (quinze) dias para a defesa prévia, contado da data da entrega da cópia do teor da acusação e das provas existentes. Já o art. 14, §1º, da mesma Resolução, prevê que findo o prazo da defesa prévia, haja ou não sido apresentada, o Relator submeterá ao Tribunal Pleno ou ao seu Órgão Especial, relatório conclusivo (que é o que estou a fazer) com a proposta de instauração do Processo Administrativo Disciplinar ou de arquivamento, intimando o Magistrado ou o seu defensor, se houver, da data da Sessão do julgamento.

E é no art. 14, §2º, da Resolução n. 135/11, do Conselho Nacional de Justiça, que está previsto que será o Corregedor quem relatará a acusação perante o Órgão Censor, no caso de Magistrado de 1º Grau e o Presidente do Tribunal, nos demais casos, o §3º, do mesmo artigo,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

expressamente estando a prever que o Presidente e o Corregedor terão direito a Voto.

Continuo.

Até aqui, escusa dizer, estamos em sede de Sindicância, ou em outras palavras, em Expediente que faz as vezes de uma espécie de "Inquérito Policial", preparatório a uma "Ação Penal", que em sede administrativa corresponderia a um Processo Administrativo Disciplinar. Se é assim, de acordo com a Resolução n. 135/11, do Conselho Nacional de Justiça, é evidente, o que salta aos olhos, competir a este Presidente, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relatar, conclusivamente, o apurado neste Expediente ou nesta Sindicância, como se preferir, lembrando-se que a decisão de fls. 894/903, intitulada "Portaria", nada mais foi do que a decisão que abriu o prazo de 15 (quinze) dias para que o Excelentíssimo Senhor **Desembargador Otávio Henrique**, com assento na Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, da Seção Criminal desta Corte de Justiça, oferecesse a defesa prévia. Não se está, ainda, na fase do art. 14, §5º, da Resolução n. 135/11, do Conselho Nacional de Justiça, que prevê que determinada a instauração do Processo Administrativo Disciplinar, pela maioria absoluta do Tribunal ou do respectivo Órgão Especial, o respectivo Acórdão será acompanhado de Portaria que conterà a imputação dos fatos e a delimitação da acusação, assinada pelo Presidente do Órgão.

Não estou, pois, parece claro como a luz solar, a infringir o art. 252, III, do Código de Processo Penal. Nem poderia, mesmo porque, nos termos do art. 14, §7º e §8º, da Resolução n. 135/11, do Conselho Nacional de Justiça, o Relator do Processo Administrativo Disciplinar será sorteado dentre os



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

Magistrados que integram o Pleno ou o Órgão Especial do Tribunal, não havendo Revisor. E aqui chamo a atenção de Vossas Excelências, não poderá ser Relator o Magistrado que dirigiu o procedimento preparatório. No caso, se vier a ser aberto o Processo Administrativo Disciplinar, eu não poderei vir a ser o seu Relator, porque, aí sim, estar-se-ia afrontando o art. 252, III, do Código de Processo Penal e a própria Resolução n. 135/11, do Conselho Nacional de Justiça.

Por isso, não serve para nada a jurisprudência invocada pela defesa prévia, no caso, o RMS n. 19.477/SP, do STJ, porque no caso nele tratado a situação fática era completamente diferente. Tivesse a defesa prévia colocado o tema sob as devidas comportas, não o fazendo de modo parcial, ver-se-ia a nítida diferença de situações.

No caso do questionado "writ", impetrado contra este Colendo Órgão Especial desta Corte de Justiça Bandeirante, o Relator da Sindicância do então recorrente MM. Juiz de Direito José Isaac Birer, fora o Corregedor Geral da Justiça, que por coincidência, veio a ser eleito, em seguida, 1º Vice-Presidente deste Tribunal de Justiça Paulista, cujo Regimento Interno, à época, atribuía, ao 1º Vice-Presidente, a relatoria do Processo Administrativo Disciplinar envolvendo Magistrado. De sorte que o mesmo Desembargador, que relatou a Sindicância do nominado MM. Juiz de Direito, fazendo-o como Corregedor Geral da Justiça, veio a relatar, na sequência, o subsequente Processo Administrativo Disciplinar, o que foi glosado pelo Superior Tribunal de Justiça, que entendeu haver impedimento de Desembargador para relatar Processo Administrativo Disciplinar instaurado em face de Magistrado se, ao se manifestar também como Relator na Sindicância prévia à abertura do feito disciplinar, não se restringiu a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

uma análise superficial e perfunctória das infrações imputadas ao tal Magistrado, mas se pronunciou de forma conclusiva em seu desfavor.

Observe-se a ementa que este Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na ocasião, fez ao denegar a segurança impetrada pelo MM. Juiz de Direito:

"MANDADO DE SEGURANÇA - Alegação de impedimento para atuar na via jurisdicional - Desembargador integrante do Órgão Especial que participou no julgamento administrativo que se diz violador de direito líquido e certo - Preliminar rejeitada.

MANDADO DE SEGURANÇA - Alegação de violação do juiz imparcial em razão da atuação de Desembargador como relator da sindicância na Corregedoria Geral da Justiça e também no processo administrativo como 1º Vice-Presidente - Inocorrência - A divisão na relatoria estabelecida pelo Regimento Interno não tem como objetivo preservar a imparcialidade do magistrado, mas apenas enquadra medida de política administrativa interna - Inteligência dos artigos 221, III, 223 e 295, §3º, todos do RITJESP - Preliminar rejeitada.

MANDADO DE SEGURANÇA - Decisão do Órgão Especial - Aplicação da pena de disponibilidade, com vencimentos proporcionais, nos termos do artigo 93, VIII, da Constituição Federal, c/c os artigos 35, I e VIII, 36, I, 42, IV, e 45, II, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, e no artigo 216, I, 'i' e 'j', do Regimento Interno do Tribunal de Justiça - Nenhuma ilegalidade extrínseca foi anotada ou mesmo qualquer inobservância de formalidade essencial - Impôs-se, contrariamente ao que defende o impetrante, em regular procedimento administrativo, em perfeita sintonia com os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, a pena de disponibilidade - Inexistência de direito líquido e certo - Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos - Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da legalidade - Este é o limite do controle quanto à extensão, sendo que o mérito está no sentido político do ato administrativo - Segurança denegada."

E agora, observe-se a ementa do RMS n. 19.477/SP, do Superior Tribunal de Justiça:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

"RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MAGISTRADO. PENALIDADE DE DISPONIBILIDADE, COM VENCIMENTOS PROPORCIONAIS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO DOS DESEMBARGADORES QUE PARTICIPARAM NO PROCESSO DISCIPLINAR. DESEMBARGADOR RELATOR DA SINDICÂNCIA E DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPARCIALIDADE E IMPEDIMENTO EVIDENCIADOS. NULIDADE DO ATO IMPETRADO. PRECEDENTE.

1. Não há falar em prescrição da pretensão punitiva estatal se observado o prazo prescricional de cinco anos entre a ciência dos fatos pela autoridade competente e a instauração do processo disciplinar, bem como entre os 140 (cento e quarenta) dias da aludida instauração e a aplicação da penalidade disciplinar.

Precedentes.

2. Em se tratando de aresto prolatado pela unanimidade dos desembargadores integrantes do Órgão Especial, com competência, nos termos do art. 93, XI, da Constituição Federal, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do tribunal pleno, não há falar em impedimento dos desembargadores pelo simples fato de terem participado do julgamento no processo administrativo.

3. Há impedimento de desembargador para relatar processo administrativo disciplinar instaurado em face de magistrado se, ao se manifestar também como relator na sindicância prévia à abertura do feito disciplinar, não se restringe a uma análise superficial e perfunctória das infrações imputadas ao recorrente, mas se pronuncia de forma conclusiva em desfavor do magistrado. Precedente.

4. Recurso ordinário provido em parte."

(STJ – RMS 19.477/SP – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – 6ª T – j. 17.12.2009 – DJe 22.02.2010).

Logo, absolutamente imprestável, para o caso concreto, o paradigma invocado, o que nem precisaria afirmar-se se a defesa prévia tivesse contextualizado a ementa paradigma.

Sigo.

Sob outro vértice, não há falar-se em "analogia" interpretativa tocante ao art. 252, III, do Código de Processo Penal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

O Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, assim já entendeu, em data bastante recente, em julgamento de todos conhecido, onde se suscitou, então pelo correto caminho da Exceção, aqui nem de perto tangenciado, o impedimento do Min. Joaquim Barbosa, Relator da AP n. 470/MG, quando a ele também se invocou manifestação verbal e escrita com a alegada densidade de coloração, mormente frente à mídia. Confira-se, a propósito, a lapidar decisão monocrática do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, outrora Desembargador desta Corte de Justiça Paulista, **Min. Cezar Peluso**, que calha como uma luva ao caso dos autos:

"Trata-se de exceção de impedimento, argüida por Marcos Valério Fernandes de Souza, contra o **Ministro Joaquim Barbosa**, com fundamento nos arts. 252, III, do CPP, 305 do CPC e 278 do RISTF. Em síntese, alega o excipiente que o **Ministro Joaquim Barbosa** estaria impedido de julgar a **Ação Penal nº 470**, porque, *'na sessão plenária do STF, em 05/11/2009, por ocasião do julgamento sobre recebimento da denúncia, no Inquérito nº 2280' (fls. 04)*, Sua Excelência, *'por três vezes, referiu-se ao EXCIPIENTE afirmando que este é expert em atividades de lavagem de dinheiro, tem expertise em crime de lavagem de dinheiro e é pessoa notória e conhecida por atividades de lavagem de dinheiro' (fls. 04)*

Assevera que *'[e]stas três afirmações categóricas e veementes do EXCEPTO, perante o pleno do Supremo Tribunal Federal (órgão que irá julgar o mérito da Ação Penal nº 470, após a instrução criminal e as alegações finais escritas e orais das partes), constituem pronunciamento antecipado, expresso e explícito do mesmo sobre o mérito da acusação que pesa contra o Excipiente: a prática de lavagem de dinheiro.'* (fls. 05)

Pede, nesses termos e com fundamento no art. 252, III, do CPP, seja o **Ministro Joaquim Barbosa** considerado impedido para julgar a **Ação Penal nº 470**.

2. É manifesta a improcedência da exceção.

Seu fundamento é o art. 252, III, do CPP, assim redigido: *'O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão'.*

Sobre o evidente alcance da norma, Guilherme de Souza Nucci observa:

'[...] qualquer participação do magistrado em instância diversa, no processo ao qual é chamado a julgar, faz nascer o impedimento. Assim se tiver decidido qualquer tipo de questão



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

excetuando-se despachos de mero expediente, pois a lei fala em matéria de fato ou direito **em primeiro grau, não poderá integrar colegiado de grau superior, para julgar recurso contra decisão proferida no feito.** [...] Importa em desrespeito ao preceituado no art. 252, III, do CPP, quando o magistrado que atuou no processo em primeira instância participa do julgamento da apelação, em segunda instância [...] (**Código de Processo Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 577. Grifos nossos).

Vê-se, logo, o fundamento invocado à exceção de impedimento não se acomoda ao disposto no inciso III do art. 252 do CPP. É que tal preceito veda a atuação do magistrado em **instâncias distintas**, dentro de uma mesma relação jurídico-processual penal, porque tende a preservar a imparcialidade subjetiva do julgador e a intangibilidade do duplo grau de jurisdição, como pareceu ao eminente Procurador-Geral da República:

'[...] O fundamento legal invocado por Marcos Valério Fernandes de Souza para suscitar o impedimento do Ministro Relator da Ação Penal nº 470 foi o art. 252, inciso III, do Código de Processo Penal [...]

Conforme destacado pelo arguido em suas informações (fls. 34/36), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a doutrina já firmaram entendimento de que o art. 252 do Código de Processo Penal aplica-se somente aos casos em que o magistrado tenha atuado no mesmo processo em instâncias distintas, pois busca preservar o postulado constitucional do duplo grau de jurisdição, que pressupõe julgamento por juízes distintos.

No entanto, o que se verifica na presente arguição é que o arguente aponta como suposto fato impeditivo praticado pelo Ministro Joaquim Barbosa as declarações proferidas na sessão plenária que recebeu a denúncia oferecida no inquérito nº 2.280, portanto, fato ocorrido no mesmo grau de jurisdição, situação que não guarda relação com a hipótese prevista no art. 252, inciso III, do Código de Processo Penal ou nos demais incisos do mesmo dispositivo.' (fls. 314-316).

As causas de impedimento previstas no art. 134 do CPC e no art. 252 do CPP são, aliás, sempre aferíveis perante **rol taxativo de fatos objetivos** quanto à pessoa do magistrado dentro de cada processo. Por isso, a jurisprudência aturada da Corte **não admite a criação de causas de impedimento por via da interpretação** (cfr. HC n.º 97.544, Rel. Min. EROS GRAU, DJe-234 02-12-2010 e HC n.º 97.553, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 09-09-2010. Essas decisões, por sua vez, fazem referência a inúmeros outros precedentes no mesmíssimo sentido). Daí por que não há como reconhecer qualquer consistência jurídica à interpretação dada pelo excipiente ao inciso III do art. 252 do CPP.

3. Ademais, melhor sorte não socorre ao excipiente no que tange à alegação de suposto *'pronunciamento expresso e antecipado do*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

Excepto, por três vezes, pré-julgando o mérito da acusação contra o excipiente, quanto à prática de crime de lavagem de dinheiro, que é objeto da acusação na Ação Penal 470'.

É que, diante do contraditório que precede a deliberação acerca do recebimento, ou não, da denúncia, nas ações de competência originária dos Tribunais (arts. 1º ao 6º da Lei nº 8.038/90), se exige do Relator e, por conseguinte, do próprio colegiado, fundamentação idônea e suficiente sobre a admissibilidade da ação penal, sobretudo no que tange à presença da materialidade e de indícios suficientes da autoria.

Quanto ao ato de recebimento, trata-se, pois, de inequívoco juízo positivo de admissibilidade da acusação, o que pressupõe, sob pena de afronta direta ao disposto no art. 93, IX, da Constituição da República, a demonstração minuciosa das razões de fato e de direito pelas quais se reputa admissível a peça inicial e, portanto, viável a instauração da ação penal. Ao propósito, cansa-se esta Corte de advertir que '[é] *nula a decisão que recebe denúncia sem fundamentação suficiente sobre a admissibilidade da ação penal*' (RE nº 456.673, Rel. Min. **CEZAR PELUSO**, DJe de 22.05.2009).

É preciso, destarte, em tal quadro, sempre adiantar razões convincentes, sem que isso implique pré-julgamento do mérito da ação que se instaura.

Percebe-se, por fim, que as declarações transcritas pelo excipiente, como também ressaltou o Procurador-Geral da República (fls. 316), se referem a fatos ora apurados nos autos da Ação Penal nº 536, e não, às condutas imputadas ao denunciado **MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA**, na **Ação Penal nº 470**. Tiro, por oportuno, das informações prestadas pelo excepto:

'Além disso, as declarações transcritas pelo excipiente referem-se a fatos objeto do inquérito 2280, e não a fatos sob apreciação na ação penal 470. Embora os fatos discutidos nesses dois feitos estejam, ao que tudo indica, relacionados, eles não são os mesmos.

Daí por que se mostra totalmente descabida a afirmação de que, na sessão plenária em que esta Corte examinou a denúncia oferecida no inquérito 2280, este relator teria feito pronunciamentos antecipados sobre a conduta do excipiente na ação penal 470.

Por fim, anoto que o precedente do HC 86.963 (de minha relatoria, DJ de 17.8.2007), citado pelo arguente, também não abre espaço para o alegado impedimento. É que aquele habeas corpus cuidou de hipótese excepcionalíssima, em que um dos desembargadores integrantes do colegiado que julgou a apelação criminal interposta pelo paciente já havia se pronunciado sobre a mesma questão fático-jurídica, na qualidade de relator de recurso hierárquico interposto em processo administrativo e instaurado contra o mesmo acusado, o qual culminara na demissão do paciente.'

Fica, assim, de todo translúcido que esta exceção é, além de destituída



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

de fundamento legal ou razoabilidade jurídica, manifestamente improcedente.

4. Ante o exposto, **rejeito a exceção**, por manifesta improcedência, na forma dos artigos 21, §1º, e 280 do RISTF, c/c os arts. 310 e 314 do CPC."

(STF – AP 470/MG – Arguição de Impedimento 4/DF – Pleno – **Rel. Min. Pres. Cezar Peluso** – j. 14.09.2011).

Na ocasião, o excipiente insurgiu-se contra a decisão monocrática de Sua Excelência e agravou regimentalmente, o que veio a provocar a decisão unânime do Pleno do Supremo Tribunal Federal, a placitar a r. decisão monocrática do eminente Min. Cezar Peluso, "in verbis":

"Feito o relatório, consigno, de saída, que o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, já se manifestou pela possibilidade de o relator, monocraticamente, decidir sobre pedidos manifestamente improcedentes ou contrários à jurisprudência predominante no Tribunal. Cito, por amostragem, o AI 159.892/AgR, da relatoria do ministro Celso de Mello, de cuja ementa extraio o trecho seguinte:

'A competência deferida ao Relator para, em ato monocrático, negar seguimento a recurso manifestamente improcedente (RISTF, art. 21, §1º; Lei n. 8.038/90, art. 38) não derroga o princípio da colegialidade, que resulta preservado, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pela possibilidade de interposição do recurso de agravo das decisões singulares proferidas por seus Ministros.'

7. Nesse mesmo sentido é que foram julgados, exemplificativamente, os seguintes precedentes: HC 96.821, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; HC 104.241-AgR, da relatoria do ministro Celso de Mello; HC 102.966-AgR, da relatoria do ministro Celso de Mello; ARE 645.372-AgR, da minha relatoria; e MS 28.097-AgR, da relatoria do ministro Celso de Mello, julgado por este Colegiado Pleno.

8. Na concreta situação deste processo, o então ministro Presidente, Cezar Peluso, **com apoio na firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, rejeitou a presente arguição de impedimento. O que fez por entender que *'o fundamento invocado à exceção de impedimento não se acomoda ao disposto no inciso III do art. 252 do CPP*.

9. Assim postas as coisas, não vejo como acolher a pretensão defensiva. É que as causas de impedimento do julgador, listadas no art. 252 do CPP, são mesmo taxativas e jungidas *'a fatos e/ou circunstâncias atinentes e intimamente ligados ao próprio processo submetido inicialmente à jurisdição do juiz'* (grifo nosso, Eugênio



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

Pacelli, Curso de Processo Penal. 11. ed., 2009, p. 266).

10. Nessa linha interpretativa, as duas Turmas desta Casa de Justiça já recusaram pedidos de uma mais larga interpretação das hipóteses de impedimento do magistrado, expressamente definidas no art. 252 do Diploma Processual Penal. A título exemplificativo, leiam-se os seguintes precedentes:

'Habeas Corpus. 2. Magistrado que julgou o feito criminal e o de natureza cível decorrentes do mesmo fato. 3. Impedimento. Art. 252 do CPP. Rol taxativo. 4. Impossibilidade de criação pela via da interpretação de causas de impedimento. Precedentes do STF. 5. Ordem denegada.'

(HC 97.544, da relatoria do ministro Gilmar Mendes.)

'Processual Penal. Habeas Corpus. Impedimento. Imparcialidade do julgador. Intervenção probatória do magistrado em procedimento de delação premiada. Não configuração das hipóteses taxativas. Inocorrência. Art. 252 do CPP. Precedentes. Ordem Denegada. 1. As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*. Precedentes (HC nº 92.893/ES, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 12/12/08 e RHC nº 98.091/PB, 1ª Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 16/4/10). 2. Não é possível interpretar extensivamente o inciso III de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual ou em sede de procedimento de delação premiada em ação conexa desempenha funções em outra instância (o desempenhar funções em outra instância é entendido aqui como a atuação do mesmo magistrado, em uma mesma ação penal, em diversos graus de jurisdição). 3. Reinterrogatório de corréus validamente realizado em processo distinto daquele em que surgiram indícios contra o investigado (CPP, art. 196) e que não constitui impedimento à condução de nova ação penal instaurada contra o paciente. 4. Inquérito policial instaurado por requisição do Ministério Público. Atuação do magistrado: preside o inquérito, apenas como um administrador, um supervisor, um coordenador, no que concerne à montagem do acervo probatório e às providências acautelatórias, agindo sempre por provocação, jamais de ofício. Não exteriorização de qualquer juízo de valor acerca dos fatos ou das questões de direito emergentes na fase preliminar que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. 4. Ordem denegada.'

(HC 97.553, da relatoria do ministro Dias Toffoli.)

11. Eu mesmo, ao apreciar o pedido de medida liminar formulado no HC 112.121, ponderei o seguinte:

'7. Nada obstante, o fato é que, por reiteradas vezes, este Supremo Tribunal Federal assentou a taxatividade das causas de impedimento listadas no artigo 252 do Código de Processo Penal. Refiro-me, por amostragem, aos seguintes precedentes: HC 83.020, relator ministro Carlos Velloso; HC 73.099, relator ministro Moreira Alves; e mais recentemente, o HC 97.544, da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

relatoria do ministro Gilmar Mendes.'

12. Nessa ampla moldura, não tenho como desqualificar a decisão que deu pela improcedência da arguição de impedimento. Decisão que, reitero, seguiu o entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal quanto à taxatividade das causas de impedimento do magistrado e, expressamente, reconheceu a distinção entre os fatos apurados na Ação Penal 470 e no Inquérito 2.280.

13. Acresce que, bem vistas as coisas, o tratamento normativo-ordinário do impedimento e da suspeição do julgador não tem outro objetivo senão o de densificar as garantias do Juiz natural (inciso LIII do art. 5º da CF) e do devido processo legal (inciso LIV do art. 5º da CF). Garantias que, no caso, em nada foram mitigadas pelo voto proferido pelo ministro Joaquim Barbosa na Sessão em que este Plenário recebeu a denúncia encartada no Inquérito 2.280.

14. Esse o quadro, nego provimento ao agravo regimental.

15. É como voto."

(STF – AP 470/MG – Agravo Regimental na Arguição de Impedimento 4/DF – Pleno – **Rel. Min. Pres. Carlos Ayres Britto** – j. 24.05.2012 – v.u. – Dje 29.06.2012).

Assim posta a questão, exsurge, com manifesta propriedade, o entendimento segundo o qual não há falar-se, sob qualquer viés, de se emprestar interpretação analógica ao art. 252, III, do Código de Processo Penal.

De um jeito ou de outro, afastando-me, um pouco, do aspecto técnico da questão e enfrentando o aspecto fático, não há, nem de perto nem de longe, qualquer prejulgamento de minha parte, quanto aos fatos de que aqui se está a tratar.

Não é de responsabilidade deste Presidente a forma como a mídia, escrita e falada, veiculou a situação a envolver Sua Excelência, o Senhor **Desembargador Otávio Henrique**, com assento na Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, da Seção Criminal desta Corte de Justiça, divulgando fatos que, de mais a mais, ganharam notoriedade por meios, em princípio, à sorrelfa desta Presidência, que depois, palmar, mentir não podia, tampouco omitir, dada a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

dicção lapidar do art. 93, IX, da Constituição Federal, despidendo lembrar-se que todos os julgamentos de Magistrados feitos pelo Conselho Nacional de Justiça são públicos, a impedir que aqui se faça o contrário. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o emblemático Inquérito 2.424/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso. Cumpre lembrar, a propósito, o que já tive oportunidade de meditar a respeito:

"É preciso que o universo da Magistratura procure compreender o assédio da mídia em relação aos casos rumorosos. Grande parte dos problemas éticos 'estão embutidos na maneira como a mídia cobre o crime e os Tribunais: será que os repórteres devem transformar-se em policiais e investigar os crimes por sua própria conta? Será que a mídia deve revelar as confissões ou os registros policiais anteriores de pessoas acusadas, mesmo que esses pronunciamentos não possam ser usados como evidência no julgamento?' As indagações poderiam continuar ao infinito. Nítido o interesse da comunidade pela reportagem policial. 'Os jornalistas têm a obrigação de vigiar o sistema da justiça criminal – das prisões às condenações – da mesma maneira que se espera que vigiem os outros setores governamentais. O público fica bem servido na medida em que as reportagens diligentes da imprensa dão segurança contra as detenções e julgamentos secretos, coisas contrárias a uma sociedade aberta e civilizada'. O Brasil não possui essa chaga de julgamento secreto. Em compensação, é crescente o teor ácido das críticas da grande mídia em relação ao Judiciário." (Ética da Magistratura, Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional – CNJ, 3ª edição, revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2012).

Sob outro ponto de vista, posta a questão da mídia nos seus devidos lugares, a ficar claro que não se pode fugir do enfrentamento da questão de fundo, que nada tem a ver com a divulgação, pela imprensa, do ocorrido, certo é que não carreguei nas tintas ao afirmar que as r. decisões de Sua Excelência, o Senhor **Desembargador Otávio Henrique**, com assento na Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, da Seção Criminal desta Corte de Justiça, revelaram-se, em princípio, genéricas e desprovidas de adequada



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

fundamentação. Não poderia ser de outra forma, respeitando-se os entendimentos contrários.

Mais uma vez, tomo a liberdade de relembrar que:

"Em seguida, a legitimação se obtém na transparência do funcionamento da Justiça e, principalmente, na fundamentação dos atos decisórios. O juiz é obrigado a motivar sua deliberação e a tornar claro o raciocínio condutor do julgado. Sistema que viabiliza a submissão de todas as decisões ao controle do quádruplo grau de jurisdição hoje consagrado.

Em oportuno momento, o CNJ reconhece que a postura ética do juiz brasileiro fortalecerá a legitimidade do Poder Judiciário. A motivação permite que todos acompanhem o raciocínio do juiz ao decidir a causa. Até mesmo o perdedor saberá identificar a lisura com que se houve o magistrado e deixará a pugna judicial insatisfeito com o resultado, mas capaz de reconhecer que foram respeitadas as *regras do jogo democrático*." (Ética da Magistratura, Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional – CNJ, 3ª edição, revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2012).

A propósito, apenas para deixar ainda mais clara a minha posição acerca da importância da fundamentação de qualquer decisão judicial, seja ela sentença ou mesmo uma decisão, todavia dotada de carga decisória, a respeitar o cânone constitucional:

"Ao decidir, o magistrado é obrigado a evidenciar um raciocínio lógico. Fundamentar as decisões é postulado constitucional e alavanca o princípio do duplo grau de jurisdição. É a partir deste raciocínio que as partes conhecerão os motivos e critérios que levaram o julgador a exteriorizar seu ponto de vista decisivo. Elas têm necessidade de acompanhá-lo para submeter o tema para a reapreciação das demais instâncias." (Ética para um Judiciário Transformador, 1ª edição, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2012).

Ora, diante das premissas acima, de se convir, mormente à luz das questionadas r. decisões abaixo por mim transcritas, que de fato, em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

princípio, não se atendeu ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal. Da simples leitura delas não se extrai, mais uma vez com todo o respeito, o que levou Sua Excelência a decidir da forma como decidiu, especialmente quando, ver-se-á abaixo, desconsideraram-se fatos relevantíssimos que, de início, poderiam ter sido levados em conta para o proferimento das tais decisões.

Contudo, independentemente de se cair no subjetivismo do que afirmei, é dizer, da ausência ou não de fundamentação das r. decisões, importa realçar que, se atuo na condição de Relator de um Expediente em nível de Sindicância, que prepara, se o caso, a abertura de um futuro Processo Administrativo Disciplinar, por se imputar a um Desembargador esta ou aquela falta, tenho eu por obrigação, não só moral, mas acima de tudo legal, diria eu, por imposição legal, apontar, com todas as letras, aquilo que, sob a minha óptica, revela-se em descompasso com a norma constitucional, com a norma legal e mesmo com a norma, no caso, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, para tentar evidenciar, no caso, aos pares do Colendo Órgão Especial, porque entendo, como aqui, de fato e de direito entendo, ser caso de se abrir um Processo Administrativo Disciplinar. Não posso, tampouco devo mitigar, com eufemismos, aquilo que não comporta mitigação. Até porque, não caberá a mim, acima já se viu, julgar Sua Excelência, ao menos como Relator, em caso de abertura do Processo Administrativo Disciplinar.

Nenhum prejulgamento, muito ao contrário; apenas o apontamento de situação fática que, repito e insisto, sob a minha óptica, maltratou a norma constitucional, a norma legal, a ponto de tangenciar, isso mesmo, tangenciar, ao menos, a prática de alguma infração correcional. Não estou a afirmar, também não afirmei a sua ocorrência; mas sim, o seu



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

tangenciamento. Do contrário, assim não fosse, estaria por conduzir este meu Voto no sentido do arquivamento deste Expediente.

Tudo o mais, inclusive a descontextualização do vocábulo "insólita", com todos os encômios, faz lembrar a escrita do maior poeta bretão: "much ado about nothing".

Ao fim e ao cabo, a mim me parece terem ficado mais do que suficientemente afastados os pontos que me levam a rejeitar a preliminar do meu impedimento, que a bem da verdade nem sequer deveria ter sido conhecida, formulada que foi ao largo dos preceitos legais cabíveis. Mas, como nem sequer estamos em terreno de processo administrativo, sim em terreno pré-administrativo, de mera Sindicância, entendi por bem enfrentar a referida preliminar, para que não parem dúvidas sobre a isenção deste Presidente, que preside uma Corte Sesquicentenária, na qual tiveram assento alguns vários dos maiores nomes do Direito Brasileiro, a mim competindo, de um lado, a preservação da sua higidez, inclusive em termos de imagem, de outro, não apeteendo, muito ao revés, qualquer espécie de auto-amputação.

Afastada a preliminar, no mérito, que é o que de perto toca, entendo ser caso de abertura de Processo Administrativo Disciplinar.

Às razões.

No dia 18 de julho de 2015, **José Adriano Sousa Cavalcante, Reginaldo Gregório de Lima, Juvenal José de Oliveira, José Pedro Eguart Schmitz e Welinton Xavier dos Santos** foram presos em flagrante pela 5ª



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

Delegacia da DISE/DENARC, os quatro primeiros autuados como incurso nas penas do art. 33, "caput" e §1º, I, do art. 34 e do art. 35, "caput", todos da Lei n. 11.343/06, o quinto e último como incurso nas penas do art. 33, "caput" e §1º, I, do art. 34 e do art. 35, "caput", todos da Lei n. 11.343/06 e do art. 16, "caput" e parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/03, pelas razões fáticas constantes do respectivo caderno inquisitorial. Logo em seguida, o Ministério Público, por intermédio do seu Membro designado para o Plantão Judiciário da Comarca de Guarulhos, manifestou-se pela decretação da prisão preventiva de todos os cinco presos em flagrante, de fato Sua Excelência, o MM. Juiz de Direito de plantão na 44ª Circunscrição Judiciária – Guarulhos, no dia 19 de julho de 2015, convertendo a prisão em flagrante do quinteto e decretando a prisão preventiva dos cinco acusados.

Posteriormente, no dia 23 de julho de 2015, requereu-se o relaxamento da prisão em flagrante de **Welinton Xavier**, o que contou com Parecer contrário do Ministério Público, a MM.^a Juíza de Direito, a quem coube decidir o requerimento defensivo, mantendo a r. decisão que convertera a prisão em flagrante de **Welinton Xavier** em prisão preventiva.

E aqui começam os fatos, que mais de perto tocam a este Expediente.

Impetrou-se, no dia 03 de agosto de 2015, o "Habeas Corpus" n. 0051643-75.2015.8.26.0000, distribuído por direcionamento, ao Excelentíssimo Senhor **Desembargador Otávio Henrique**, com assento na Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, em razão de apontada prevenção derivada do "Habeas Corpus" n. 00375641-64.2015.8.26.0000. E no dia 05 de agosto de 2015, Sua



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

Excelência, o **Desembargador Otávio Henrique**, proferiu a seguinte r. decisão, "in verbis":

"A medida liminar fica INDEFERIDA, quanto aos pacientes JOSÉ ADRIANO, REGINALDO GREGÓRIO, JUVENAL JOSÉ e JOSÉ PEDRO, porquanto ausentes os motivos necessários à sua concessão, não se constatando, neste momento, constrangimento ilegal evidente. Com relação a WELINTON XAVIER a medida liminar fica DEFERIDA, posto que, para este momento processual e tangenciando-se as provas policiais aqui reportadas, constata-se fragilidade no seu envolvimento nos crimes descritos, situação que aponta para a desnecessidade da manutenção da sua custódia antecipada. Expeça-se Alvará de Soltura a seu favor, com a cláusula restritiva de prova."

A r. decisão acima disse respeito, com já antes constou, aos crimes imputados aos cinco indiciados, mas creio ser necessário que se esclareça o que, afinal, foi encontrado em poder do quinteto, para que se possa ter uma noção mais clara acerca do que se esteve a decidir:

- a) 1.623,5kg de "cocaína";
- b) 898,95kg de insumos próprios para o preparo da substância entorpecente conhecida como "cocaína";
- c) Microondas, liquidificadores, peneiras, bacias, balança, colheres, facas e demais objetos destinados ao preparo da substância entorpecente conhecida como "cocaína";
- d) Quatro fuzis, de variados calibres, equipados com carregadores e uma pistola, calibre 9mm, também com carregador;



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

e) E outros inúmeros bens móveis, objetos, dos mais variados, direta ou indiretamente relacionados com a prática de crimes tipificados na Lei n. 11.343/06.

Ora, sob outro ponto de vista, foi apreendida cerca de uma tonelada e meia de "cocaína" pura, exatos 1.623kg! Não bastasse, exatos 898,95kg de insumos, produtos químicos variados e destinados, precipuamente, para o preparo da substância maldita, "cocaína"! E não bastasse, dentre as armas de fogo de elevado potencial letal, fuzis que poderiam derrubar helicópteros!

Se é assim, a mim me parece que a vingar a óptica subjetiva de Sua Excelência, o **Desembargador Otávio Henrique**, deveria ele ter dado uma fundamentação adequada e à altura dos fatos que lhe foram postos para análise. Isto porque, com o devido respeito, ao menos à primeira vista, não me parece tenha Sua Excelência se desincumbido da sua obrigação constitucional insculpida no art. 93, IX, da Constituição Federal. Afinal, não se pode dizer que a r. decisão concessiva da liminar, justamente para o indiciado acusado de ser o chefe da associação criminosa voltada para a prática de crime de narcotráfico, tenha tido fundamentação, mínima que fosse. Não teve! As afirmações feitas a título de "fundamentação" são de pobreza franciscana, genéricas, porque não aludem a qualquer fato mencionado no inquérito policial. Inviabilizando por completo saber-se o que, de fato, fez com que Sua Excelência entendesse que as provas policiais se revelaram frágeis quanto ao envolvimento do paciente **Welinton Xavier**. A bem da verdade, só que em sentido oposto, quanto aos "fundamentos" que levaram Sua Excelência a indeferir a liminar requerida pela



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

defesa dos outros quatro pacientes, em relação aos quais se limitou a dizer que estavam ausentes os motivos necessários à sua concessão. Ou seja: não soltou os demais pacientes e também o fez à míngua de qualquer fundamentação!

Quer parecer-me que, nos tempos atuais, já vai longe a época em que se podia dar esse tipo de "fundamentação" para qualquer questão posta para a apreciação do Poder Judiciário, mormente em casos como o deste Expediente, com contornos singulares. Fundamentação defeituosa, capenga, na prática é inexistente e subtrai das partes, Ministério Público e defesa, o controle das razões que levaram o Magistrado a decidir deste ou daquele modo. Como se saber o que Sua Excelência analisou para concluir que "as provas policiais" eram frágeis para a manutenção da custódia cautelar de **Welinton Xavier**? Parece que se estaria a tangenciar o art. 35, I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei Complementar n. 35/79.

Por todos os fundamentos:

"Garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Art. 118, §3º, do Regimento Interno do STM. A garantia constitucional estatuída no art. 93, IX, da CF, segundo a qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa. A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação. A lavratura do acórdão dá consequência à garantia constitucional da motivação dos julgados."
(STF - RE 540.995 - **Rel. Min. Menezes Direito** – j. 19.02.2008 - 1ª T. DJU 02.05.2008).

Nem se argumente que a questão estaria adstrita às balizas da jurisdicionalidade. Não.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

A falta de uma fundamentação adequada, especialmente para casos que fogem ao comum dos casos outros do cotidiano, faz com que se levantem vozes, com razão ou sem razão, importa para nada, que colocam em xeque a higidez da r. decisão, a idoneidade do seu prolator e, em última análise, o próprio respeito ao Poder Judiciário. Não é à toa que se multiplicaram as notícias, por parte da mídia, acerca da vergastada r. decisão, a gerar, desnecessariamente, desgaste à imagem do Poder Judiciário.

É bem verdade que Sua Excelência, nas informações que prestou, analisou, em profundidade, as provas inquisitoriais,volvendo a fazê-lo por ocasião da sua defesa prévia. Mas o fez para este Expediente! Deveria tê-lo feito para fundamentar a sua r. decisão, quando então, provavelmente, repercussão poderia haver, mas certamente, não nos moldes em que se está a ver.

E isso sem se olvidar que, ao contrário do afirmado nas informações prestadas e na defesa prévia, que dada a minudência da sua análise probatória inquisitorial me leva a esta observação, nelas não se fez constar que todos os policiais civis, que figuraram como testemunhas no auto de prisão em flagrante dos pacientes, afirmaram, categórica e textualmente, que tinham certeza de que o indiciado **Welinton Xavier** era o indivíduo de vulgo "Neguinho Capuava", porque conforme investigações que desenvolviam há cerca de quatro meses, ele tinha as mesmas características e alcunha, contava com passagem criminal por narcotráfico e se encontrava no local que dava acesso ao sítio onde a "cocaína" era preparada e distribuída. Assim os policiais civis Anderson Ferreira, Denis Meni e Resenilton Araújo (fls. 17/22). De mais a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

mais, não afirmaram, sobre o vulgo de **Welinton Xavier**, apenas com base, como sustentado, na sua cor de pele. Já constava, na sua folha de antecedentes, juntada neste Expediente, o vulgo "Neguinho" (fls. 33). A propósito, Sua Excelência deu crédito integral às palavras dos sobreditos policiais civis, em detrimento da palavra dos quatro pacientes que manteve presos mas, ao contrário, desprezou-as às largas quando as comparou com a do paciente que soltou. É dizer: havia, sim, em princípio, e sempre respeitado o entendimento do Juiz Natural, fartos indícios de que o paciente **Welinton Xavier**, flagrado nas circunstâncias em que o foi, era o procurado "Neguinho Capuava".

Mas aqui temos um outro complicador. O **Desembargador Otávio Henrique** não era o Juiz Natural do indigitado "Habeas Corpus" n. 0051643-75.2015.8.26.0000, impetrado por advogado em favor dos cinco sobreditos pacientes e apontando como autoridade coatora a MM^a. Juíza de Direito da 2^a Vara da Comarca de Santa Isabel! Repito, Sua Excelência não era o Juiz Natural da causa, que lhe foi direcionada de propósito, por dolo ou por culpa, é o que se deverá descobrir, após investigações, já encetadas, pelo eminente Desembargador Vice-Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Como afirmei alhures, consta deste Expediente que o **servidor Paulo Roberto Sewaybriker Fogaça**, matrícula 800.466, responsável pela pesquisa acerca de eventual existência de prevenção de algum Desembargador, fê-la mal, muito mal. É que a anotação constante na movimentação processual, cuja pesquisa foi por ele feita, indicou prevenção pelo "Habeas Corpus" n. 00375641-64.2015.8.26.0000, número inválido no sistema SAJ/SG, contendo um



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

dígito a mais. Indagado a respeito, o mencionado servidor respondeu: "devo ter equivocado-me na hora da passagem do estudo, já que inexistente prevenção!".

Mas tem mais.

A auditoria realizada pela STI-SUPORTE SAJ/SG também apontou que um outro "habeas", "Habeas Corpus" n. 0033411-15.2015.8.26.0000, distribuído no dia 21 de maio de 2015, por competência exclusiva, também ao Excelentíssimo Senhor **Desembargador Otávio Henrique**, com assento na Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, derivou de movimentação processual que indicava prevenção ao "Habeas Corpus" n. 00317271-14.2015.8.26.0000, número inválido no sistema SAJ/SG, contendo um dígito a mais, de sorte que a exemplo do que se passou com o paradigmático "Habeas Corpus" n. 0051643-75.2015.8.26.0000, não foi constatada a existência de prevenções para o apontado remédio constitucional. E novamente, o responsável pela anotação e prevenção foi o mesmo **servidor, Paulo Roberto Sewaybriker Fogaça**, matrícula 800.466.

Adiante.

As consequências dessas direcionadas distribuições, indevidas distribuições, ao Excelentíssimo **Desembargador Otávio Henrique**, foram graves e resultaram em efeito cascata. É que outros dois "habeas" foram distribuídos, posteriormente, ao mesmo Desembargador, então em razão do "Habeas Corpus" n. 0033411-15.2015.8.26.0000, a saber: "Habeas Corpus" n. 2104846-15.2015.8.26.0000, distribuído em 28 de maio de 2015 e "Habeas Corpus" n. 2106649-33.2015.8.26.0000, distribuído em 01 de junho de 2015.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

Ambos foram estudados pelo **mesmo servidor, Paulo Roberto Sewaybriker Fogaça**, matrícula 800.466. A indicação das prevenções estaria correta, não fosse o fato de o "Habeas Corpus" n. 0033411-15.2015.8.26.0000 ter sido distribuído de maneira equivocada, isto é, por prevenção, quando deveria ter sido distribuído livremente (fls. 40/41).

Mais adiante.

E do que tratava o "Habeas Corpus" n. 0033411-15.2015.8.26.0000, distribuído em 21 de maio de 2015, também por equívoco, ao **Desembargador Otávio Henrique**, com assento na Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal? Tratava de questionar a prisão cautelar do paciente **Eduardo Pereira Motta**, que fora preso em flagrante no dia 03 de maio de 2015, com 12 tijolos de pasta base de "cocaína", ou seja, 12kg de "cocaína", paciente que já fora condenado pelos crimes de roubo e de narcotráfico! Aqui, Sua Excelência concedeu a liminar pleiteada, relaxando a prisão em flagrante do paciente, com base em erro material, consistente no horário da sua prisão, que não correspondia ao horário das oitivas das testemunhas que prestaram os seus depoimentos em sede inquisitorial. Posteriormente, requereu-se a extensão, do benefício concedido, a outro indiciado, preso em flagrante nas mesmas circunstâncias do favorecido, quando então teve origem o "Habeas Corpus" n. 2104846-15.2015.8.26.0000. Logo, estar-se-ia diante de uma coincidência? Antes e depois, um mesmo tipo de erro, pelo mesmo funcionário, resultando na distribuição direcionada, para o mesmo Desembargador, dentre dezenas de outros, cerca de 80 (oitenta) deles, de um "habeas", também envolvendo grande quantidade de "cocaína", a resultar na soltura dos pacientes? Chama a atenção que o "erro" do servidor acima nominado não pode, em princípio, ser atribuído a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

uma simples imprecisão no ato de digitar os números dos "habeas". Em ambos os dois, acresceu-se um dígito, "criando-se" fictícios "habeas", que se verdadeiros ensejariam as tais prevenções. Ora, em um universo de cerca de 80 (oitenta) Desembargadores com assento na Seção Criminal deste Tribunal de Justiça de São Paulo, de se convir que, ao menos de início, revela-se por demais coincidente que os dois casos, frutos de comprovados "erros", dolosos ou culposos, tenham resultado em prevenções para um mesmo Desembargador! Se o erro foi culposos, a coincidência revelou-se demasiadamente grande; se o erro foi doloso, bem, aí, tudo toma outro caminho. Mormente ante as circunstâncias que envolvem as matérias tratadas nos dois "habeas".

Continuo seguindo e dizendo.

Chegou ao conhecimento desta Egrégia Presidência farto material consistente em cópias de outras decisões, em princípio de natureza jurisdicional, também proferidas por Sua Excelência, o **Desembargador Otávio Henrique**, com assento na Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, que chamaram a atenção, porque inicialmente em aparente descompasso com outras decisões proferidas por Sua Excelência em casos reputados semelhantes. Especialmente porque, Sua Excelência é conhecida, nesta Corte de Justiça Bandeirante, como Desembargador "rigoroso", integrante, também, de Colenda Câmara assim conhecida, ao menos conforme as conversas informais no meio jurídico, mas que exteriorizam o conteúdo dos v. Acórdãos que emanam da Colenda 9ª Câmara Criminal desta Corte de Justiça.

Assim, por exemplo, no "Habeas Corpus" n. 0022713-81.2014.8.26.0000, distribuído no Plantão Judiciário de 30 de março de 2014,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

onde se questionou o "excesso de prazo" na manutenção da custódia cautelar do paciente **Silvio Luiz Ferreira**, nos autos do processo-crime n. 0050481-94.2012.8.26.0050, da 6ª Vara Criminal Central, paciente acusado da prática de crime de narcotráfico, na companhia de vários outros réus, 480 tijolos de maconha, outros 904 tijolos da mesma substância entorpecente, apreendidos via associação criminosa para o narcotráfico, em um total de mais de 635kg de maconha. Neste caso, afirmando, sinteticamente, que o paciente se encontrava preso cautelarmente, há mais de um ano, reconheceu Sua Excelência o excesso de prazo, e lhe concedeu, liminarmente, no dia 31 de março de 2014, o relaxamento da sua custódia cautelar, determinando a expedição de alvará de soltura clausulado. Ocorre que no dia 27 de fevereiro de 2014, ou seja, apenas um mês antes, Ordem idêntica havia sido impetrada e denegada por unanimidade, no "Habeas Corpus" n. 2052794-13.2013.8.26.0000, da Relatoria do **Desembargador San Juan França**, da Colenda 13ª Câmara de Direito Criminal, que invocara a Súmula 52, do Superior Tribunal de Justiça, porque já encerrada a instrução criminal. A propósito, no Recurso em "Habeas Corpus" n. 40.251/SP, o Superior Tribunal de Justiça já havia, no dia 08 de outubro de 2013, denegado a Ordem, na qual se questionava o excesso de prazo da custódia cautelar de **Silvio Luiz**, v. Acórdão da Relatoria da **Ministra Laurita Vaz**. Apenas para esclarecer, no dia 29 de abril de 2014, o **Desembargador San Juan França**, mediante r. decisão, restabeleceu a prisão preventiva decretada contra o paciente **Silvio Luiz**, justamente porque já havia denegado outro "habeas" com julgamento semelhante, no qual realçara descaber o reclamo de excesso de prazo, justamente em razão do encerramento da instrução. Confira-se: "Habeas Corpus" n. 2052794-13.2013.8.26.0000, de 27 de fevereiro de 2014. Corolário do exposto, em v. Acórdão da Relatoria do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

Desembargador De Paula Santos, da Colenda 13ª Câmara de Direito Criminal, o "Habeas Corpus" n. 0022713-81.2014.8.26.0000 não foi conhecido.

Aqui, vale ressaltar que o Excelentíssimo Senhor **Desembargador Otávio Henrique** não poderia ter analisado o indigitado "habeas".

É que, como é cediço, os Plantões Judiciários realizados nos finais de semana, como o foi o do dia 30 de março de 2014, um domingo, não se destinam à análise de situações que envolvam processos-crime em tramitação, mas sim, prisões cautelares ocorridas a partir da sexta-feira imediatamente anterior. No caso presente, o processo-crime n. 0050481-94.2012.8.26.0050, já tramitava pela 6ª Vara Criminal Central há mais de 01 (um) ano, tanto assim que se questionou no "habeas" o "excesso de prazo" na manutenção da custódia cautelar do paciente **Silvio Luiz**. Se era assim, Sua Excelência não poderia ter analisado o mérito do "habeas", até porque já havia Câmara Criminal preventiva, a Colenda 13ª Câmara de Direito Criminal, que aliás, apenas um mês antes, denegara, por unanimidade, o "Habeas Corpus" n. 2052794-13.2013.8.26.0000, da Relatoria do **Desembargador San Juan França**, cujo objeto era o mesmo do "habeas" apreciado por Sua Excelência. É dizer: por mais este motivo, não poderia o Excelentíssimo Senhor **Desembargador Otávio Henrique** apreciar, liminarmente, o mérito do "habeas", ao reconhecer o "excesso de prazo".

A despeito do acima exposto e na linha do que já se afirmou, o **Desembargador Otávio Henrique**, no "Habeas Corpus" n. 0191604-02.2013.8.26.0000, da Comarca de Sumaré, julgado no dia 30 de janeiro de 2014, denegou a Ordem impetrada, invocando a Súmula 52, do Superior



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

Tribunal de Justiça, não cabendo o relaxamento da custódia cautelar porque encerrada a instrução criminal, ficando superada a alegação do constrangimento do excesso de prazo! E assim o fez, identicamente, nos seguintes "Habeas Corpus": n. 2049553-94.2014.8.26.0000, julgado em 25 de setembro de 2014; n. 2016519-94.2015.8.26.0000, julgado em 09 de abril de 2015 e n. 2080466-25.2015.8.26.0000, julgado em 11 de julho de 2015, todos da Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal.

Além e continuando.

No dia 06 de abril de 2012, impetrou-se no Plantão Judiciário, o "Habeas Corpus" n. 0071175-40.2012.8.26.0000, paciente **Francisco Aurílio da Silva Melo**, referente ao processo-crime n. 0017605-23.2011.8.26.0050, da 4ª Vara Criminal Central, no qual se questionava que a r. sentença, que condenara o paciente a 07 (sete) anos de reclusão, regime fechado e 22 (vinte e dois) dias-multa, diária mínima, como incurso nas penas do art. 16, "caput", da Lei n. 10.826/03, por duas vezes, na forma do art. 69, "caput", do Código Penal, não o deixara recorrer em liberdade, uma vez ter ressaltado que se mantinha a custódia cautelar até porque o então réu permanecera preso durante todo o processo, presentes os requisitos da garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, não sem deixar de destacar a reincidência do condenado. Nada obstante, em despacho na própria petição de impetração do "habeas", Sua Excelência, literalmente, assim decidiu:

"D.R.A. Concedo o direito de recorrer em liberdade, em caráter excepcional, face os argumentos aqui mencionados. Expeça-se Alvará de Soltura Clausulado."



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

Aqui, também a exemplo do que se passou no "Habeas Corpus" n. 0022713-81.2014.8.26.0000, o Excelentíssimo Senhor **Desembargador Otávio Henrique** não poderia tê-lo apreciado liminarmente, porque estava em sede de Plantão Judiciário, no dia 06 de abril de 2012, e apreciou processo-crime no qual já fora proferida a r. sentença. Do contrário, facultar-se-ia ao advogado, deste ou daquele réu, escolher o Desembargador Plantonista, previamente ciente do seu entendimento. Por isso, à exceção do Plantão Judiciário resultante do recesso de final de ano, não pode o Desembargador Plantonista apreciar "habeas" relativos a processos-crime que estejam a tramitar há tempos.

O "habeas" sob luzes foi julgado no dia 21 de agosto de 2012 e por unanimidade a Ordem foi denegada, revogando-se a liminar concedida, determinando-se a expedição de mandado de prisão. Entrementes, em casos em tudo e por tudo aparentemente semelhantes, Sua Excelência, o **Desembargador Otávio Henrique**, na qualidade de Relator, sistematicamente, denegou as Ordens impetradas. Confira-se a título de meros exemplos ilustrativos:

1. "Habeas Corpus" n. 0023892-21.2012.8.26.2000, julgado em 22 de março de 2012, pela Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, no qual destacou que:

"Ademais seria um paradoxo conceder ao agente que respondeu a todo o processo preso o direito a liberdade para que pudesse instrumentalizar o seu recurso.";



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

2. "Habeas Corpus" n. 0028733-59.2012.8.26.0000, julgado em 12 de abril de 2012, pela Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, no qual destacou que:

"Ademais seria um paradoxo conceder ao agente que respondeu a todo o processo preso o direito a liberdade para que pudesse instrumentalizar o seu recurso.";

3. "Habeas Corpus" n. 0283548-56.2011.8.26.0000, julgado em 20 de setembro de 2012, pela Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, no qual destacou que:

"Ademais seria um paradoxo conceder ao agente que respondeu a todo o processo preso o direito a liberdade para que pudesse instrumentalizar o seu recurso.";

4. "Habeas Corpus" n. 0244297-94.2012.8.26.0000, julgado em 07 de fevereiro de 2013, pela Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, no qual destacou que:

"Ademais seria um paradoxo conceder ao agente que respondeu a todo o processo preso o direito a liberdade para que pudesse instrumentalizar o seu recurso.";

5. "Habeas Corpus" n. 0276018-64.2012.8.26.0000, julgado em 04 de abril de 2013, pela Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, no qual destacou que:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

"Ademais seria um paradoxo conceder ao agente que respondeu a todo o processo preso o direito a liberdade para que pudesse instrumentalizar o seu recurso.";

6. "Habeas Corpus" n. 2039463-90.2015.8.26.0000, julgado em 11 de junho de 2015, pela Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, no qual destacou que:

"Ademais seria um paradoxo conceder ao agente que respondeu a todo o processo preso o direito a liberdade para que pudesse instrumentalizar o seu recurso.".

Então.

Vem à balha, como já destaquei em outra ocasião, ante as decisões marcadamente contraditórias, em situações semelhantes, acima focadas, que:

"Faz sentido reclamar ao juiz *coerência* em seu comportamento profissional e pessoal, sejam quais forem os demais papéis por ele exercitados. A qualidade da justiça está indissoluvelmente vinculada à qualidade dos que foram galardoados com o múnus público de concretizá-la. A falta ética, o deslize moral perpetrado por qualquer juiz recai, ainda que de forma injusta, mas compreensível, sobre toda a Magistratura." (Ética da Magistratura - Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional - CNJ, 3ª edição, revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2012).

E ainda destaco, sobre o consequencialismo, a envolver uma dada decisão de um Magistrado:

"É obrigação sua ajustar as expectativas às exigências não apenas dos diretamente envolvidos, mas de todo o ambiente sobre o qual atua. O



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

caráter preciso das decisões vai depender das interpretações compartilhadas entre os cidadãos, sobre o valor obtível pela justiça, respeitada a diversidade cultural, a compreensão mais facilmente alcançável pelo público partícipe e expectador. A interpretação levada a cabo pelo juiz é uma forma de argumentar com a comunidade e fazê-la assimilar melhor o que significa a justiça." (Ética da Magistratura - Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional - CNJ, 3ª edição, revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2012).

Destarte, o quadro acima exposto, ainda que de modo sintético, retrata uma situação que, de início, causa estranheza e preocupação. Tem-se um Desembargador para quem, indevidamente, distribuiu-se um "Habeas Corpus", direcionado para ele, que culminou na soltura de um acusado de narcotráfico em caso a envolver mais de tonelada e meia de "cocaína" pura, quase novecentos quilos de substâncias químicas outras, usadas para o preparo da droga, petrechos para essa mesma finalidade e armamentos usados em guerra. E tudo por intermédio de uma r. decisão desprovida de fundamentação consistente, a propiciar, gratuitamente, elucubrações das mais variadas matizes. E a partir de então, descobriu-se um outro "habeas", também indevidamente direcionado, ao mesmo Desembargador, sob pretexto de prevenção, igualmente descoberta inexistente, feita pelo "estudo" de um mesmo servidor, que se desculpou alegando "erro" e que também veio a culminar na soltura de acusado de narcotráfico, na posse de expressivos quilos de substância entorpecente. E mais uma vez com fundamentação não infensa a questionamentos. Tudo coincidência, distribuição direcionada, por mais de uma vez, ao mesmo Desembargador, a resultar na soltura de dois grandes narcotraficantes? E tudo, reiterar-se, voltado a um só Desembargador em um universo de cerca de 80 (oitenta) deles, com assentos na Seção Criminal!



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

Como se tudo isso não bastasse, chegaram a esta Egrégia Presidência documentos variados e múltiplos, dando conta de que o mesmo Desembargador, em Plantões Judiciários, mais uma vez por intermédio de r. decisões extremamente lacônicas e genéricas, soltou presos e o fez de modo a contrariar entendimentos seus, sedimentados ao longo dos anos, exteriorizados em sistemáticas e reiteradas denegações de Ordens em "habeas" de sua Relatoria, em situações de colorido semelhante. A marcar e sublinhar que as decisões foram desprovidas de fundamentação que pudesse facultar às partes o entendimento da análise desenvolvida, e que também foram contraditórias e se chocaram, de frente, contra outras tantas proferidas por Sua Excelência, em passado não remoto, em situações que, se não idênticas, ao menos assemelhadas. E tudo sem se perder de vista que, nos casos por último mencionados, não podia Sua Excelência apreciá-los, porque relacionados os "habeas" a processos-crime que já tramitavam, há tempos, alguns até com Câmaras Criminais preventas, a impedir apreciação sumária em sede de Plantão Judiciário de fim de semana.

Diante disso, não há como negar-se que há indícios de que podem ter havido algumas condutas afrontosas à Lei Complementar n. 35/79, bem como ao Código de Ética da Magistratura Nacional, Resolução n. 60/08, do Conselho Nacional de Justiça, a exigir a abertura do Processo Administrativo Disciplinar.

E não poderia terminar esta decisão sem dar algum contorno ao que se entende por indícios, para que não se alegue, precipitadamente, que se estaria a avançar nos termos da Resolução n. 135/11, do Conselho Nacional de Justiça, à míngua de situação fática que reclamasse a sua efetiva aplicação,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

como se se pudesse, sem explicações outras, aceitar-se o já informado por Sua Excelência, mesmo na sua defesa prévia, na qual procurou, entendendo sem sucesso, afastar os indícios que estão a reclamar investigação mais aprofundada, como se tudo não passasse de fruto de mera óptica idiossincrática. Assim:

"O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, Senhores Ministros, suponho que os votos que me antecederam, começando pelo do ilustre relator e do eminente revisor, foram, em relação aos fatos que se discutem nestes dois itens, exaustivamente examinados do ângulo da prova e do ponto de vista jurídico, assim como os votos que o acompanharam, alguns dos quais – até por questão de gentileza para com os colegas - foram abreviados, mas creio que, pelo volume dos votos escritos, também foram exaustivos. Tal é a razão por que, Senhor Presidente, embora eu tenha voto escrito, que não chega a corresponder ao cartapácio dos eminentes relator e revisor, mas que é suficiente para justificar minha convicção a respeito dos fatos, não o vou ler. Vou apenas, Senhor Presidente, fazer comentários sobre alguns aspectos que me parecem relevantes na condução do julgamento, sobretudo a respeito da fundamentação dos votos proferidos e, também, das razões pelas quais meu voto chega a determinadas conclusões.

Vou partir, Senhor Presidente, porque acho que isso não foi diretamente versado, embora indiretamente o tivesse sido, da conveniência de relembrar tema muito importante nesta causa e que é a questão dos "indícios" ou da chamada "prova indiciária". E, também, porque a palavra "indício", no direito positivo de que se trata, o processual penal, é polissêmica.

O termo comporta, aí, três sentidos. Aparece com o significado de 'suspeita', ou 'dados de suspeita', por exemplo, nos arts. 126, 134 e 312 do Código de Processo Penal. Aparece, ainda, agora como sinônimo de 'indicações', no art. 290, §1º, *b*. Mas, sobretudo, é considerado meio ou modalidade de prova, ou seja, espécie da classe dos documentos (de *docere*, ensinar), no seu sentido mais geral, como tudo aquilo que nos ensina alguma coisa sobre o passado, isto é, meio de reconstituição historiográfica dos fatos mediante o mesmo tipo de atividade lógica que desenvolve o historiador. A atividade lógica do juiz a respeito da existência dos fatos, no processo, em nada difere daquela que exerce um historiador no seu ofício. A diferença está apenas em que o juiz tem limitações legais, das quais o historiador é livre. Perante novos documentos ou revisão dos primitivos, o historiador pode, por exemplo, mudar suas hipóteses sobre o passado, mas o juiz, uma vez formado seu convencimento e explicitado na



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

sentença, já nada pode fazer a respeito, ainda quando se convença de ter errado.

O indício como meio de prova está definido no art. 239 do Código de Processo Penal. E a definição que ali consta é, na substância, correta. Indício, em direito processual, é o que a velha doutrina chamava de prova indireta ou crítico-lógica, em contraposição à prova chamada direta ou histórico-representativa.

Enquanto a testemunha, como exemplo dessa segunda espécie de prova, relata diretamente fato importante ou relevante para o julgamento da causa, dando-o a conhecer de maneira imediata pela narração, o indício parte de fato já provado, de cuja existência o juiz remonta, por raciocínio baseado em regra de experiência, à existência de um fato incerto que também é relevante para a causa.

Isso é o que, na definição legal, se traduz da menção a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato que deve ser provado, autoriza, por indução, concluir-se pela existência desse. Tal é o sentido que deve ser emprestado à norma, não obstante seu texto se refira a 'outra circunstância'.

Na verdade, o indício prova, de maneira indireta, o fato objeto da pesquisa probatória. Nisso, está toda a gente de acordo. E a maneira indireta pela qual ele atua no raciocínio e na convicção do juiz consiste, precisamente, na mecânica muito conhecida do processo lógico indutivo, segundo a qual a inteligência passa, por força da observação daquilo que acontece ordinariamente – coisa que os juristas gostam de referir como *id quod plerumque accidit* – da verificação ou prova de um fato, à convicção da existência de outro fato que comumente se lhe segue na ordem lógica. Trata-se, no fundo, de formular, com base na observação da repetição da ocorrência de fatos inter-relacionados e idênticos que compõem a experiência, um juízo ou uma proposição de caráter geral que, ditada pela lógica indutiva, afirme como regra a constância da relação entre esses fatos, ou seja, os fatos se sucedem comumente, quando a mesma situação típica se repita.

E, aqui, dois exemplos corriqueiros ajudam a entender. Se imaginarmos, por exemplo, um acidente de trânsito em que tenha havido abalroamento pela parte traseira de um dos veículos, enquanto seja fato conhecido e provado, a experiência cotidiana revela que comportamento de alguma forma culposos se infere *daqueloutro* fato provado. Por quê? Porque, de regra, segundo a observação empírica, é isso que, de um modo ou de outro, acontece. Quem abalroa por trás, ou não mantinha a distância regulamentar e, portanto, há aí comportamento imprudente, ou estava distraído, e o comportamento foi negligente, ou deu-se falha mecânica que, por negligência na revisão, lhe atribui também igual forma de culpa. E pode até cogitar-se de imperícia na condução do veículo.

É claro que, excepcionalmente – e por isso é causa que está fora do ordinário, é causa extraordinária –, pode acontecer que o veículo da frente tenha sofrido súbita frenagem e encetado marcha à ré. Mas isso é fato raro e, por isso mesmo, tem que ser provado como exceção. Então, digo que, se, por exemplo, está provada nos autos a existência



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Gabinete da Presidência

de determinado fato que, segundo a experiência, deva levar à convicção da existência de outro, não se precisa indagar se a acusação produziu, ou não, a prova do fato que se infere à existência do fato provado – cuja prova já está feita. Se há algum fato extraordinário alegado, capaz de ilidir essa relação de constância entre os fatos, sua demonstração compete à defesa que alegue o fato extraordinário.

O segundo exemplo, que acho até mais apropriado, está em que, se alguém que não aparece nos documentos oficiais como credor de certa importância, vai recebê-la clandestinamente, nos fundos de uma agência bancária, em dinheiro vivo, provindo de outra agência, onde foi descontado cheque do qual o sacador e o tomador foram a mesma pessoa, para se justificar, perante os registros contábeis oficiais, como forma de pagamento a fornecedores, evidentemente temos um fato provado que nos leva, pela observação, por regra de experiência, à conclusão de que esse comportamento é ilícito. Por quê? Porque pelo menos eu não conheço nenhuma pessoa que, sendo credora, receba o crédito dessa forma. Nunca ouvi dizer que credor costume ir a banco para receber, por si ou interposta pessoa, alta importância que, sacada num procedimento inusitado mas regular – porque o emitente do cheque pode endossá-lo tornando-se, ao mesmo tempo, sacador e tomador –, é paga a alguém que esteja à margem dos registros do crédito. Nunca vi coisa semelhante. O credor recebe pelas vias normais, porque é jurídica e reconhecidamente credor.

Então, se o fato do recebimento nessas circunstâncias clandestinas, por si ou interposta pessoa, está provado, a acusação não precisa fazer prova da existência de comportamento ilícito, porque isso é o que se infere da experiência e, como tal, é fato provado por indício.

Por que são importantes essas observações? Porque, no sistema processual, e não apenas no sistema processual penal, a eficácia retórica dos indícios ou da prova indiciária é a mesma da eficácia das provas diretas ou histórico-representativas.

Eu não vou cansar Vossas Excelências, chamando à colação, a respeito, a doutrina, que é corriqueira entre nós, mas gostaria de acentuar, para deixar mais claro, que Espínola Filho, por exemplo, já acentuava que não existe nenhuma hierarquia entre as provas, entre as diretas e os indícios. Mas vou mais longe. Frederico Marques, o grande Frederico Marques, era muito incisivo. E dizia textualmente:

O valor probante dos indícios e presunções (...) [conceitos que ele equiparava], no sistema de livre convencimento que o Código adota, é em tudo igual ao das provas diretas.

Tampouco deixa dúvida, a propósito, a doutrina atual.

O segundo ponto, Senhor Presidente, é que, por disposição expressa do Código de Processo Civil – se não me falha a memória, o art. 334, I –, os fatos chamados públicos e notórios independem de prova. Ninguém precisa fazer prova, em juízo, de que Brasília é a capital do Brasil. Ninguém precisa fazer prova em juízo de que o senhor João Paulo Cunha era presidente da Câmara dos Deputados à época dos fatos. São fatos públicos e notórios que correspondem a quê? Àquele



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

patrimônio permanente de conhecimento do homem de cultura média, numa sociedade determinada, em certa época histórica, como a nossa. Daí por que a referência, por exemplo, a declarações que hajam sido prestadas a jornais, sem desmentido, a relatórios de comissões do Congresso Nacional, etc., enquanto fontes que não se equiparam a testemunhas, que devem vir a juízo para ser ouvidas em contraditório, são, no fundo, afirmações revestidas de caráter documental estrito e podem, assim, ser invocadas pelo julgador, porque têm por objeto a existência de fatos públicos e notórios. Aliás, as defesas, com todo o direito, e, mais do que com direito, com grande habilidade, juntaram, nos memoriais, vários documentos que não foram submetidos ao contraditório, na fundada esperança de que o julgador os leve em conta." (STF – Ap. 470/MG – Pleno – Voto **Min. Cezar Peluso** – j. 28.08.12 – Revista Trimestral de Jurisprudência, Volume 225, Tomo II, pág. 1.218/1.220).

Avanço.

Tenho para mim que é caso de afastamento cautelar do Excelentíssimo Senhor **Desembargador Otávio Henrique de Sousa Lima**, com assento na Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Viu-se, por tudo o que se pode explicar, que os fatos narrados tomaram proporções que colocaram em xeque a imagem do Poder Judiciário Bandeirante, especialmente a deste quase Sesquicentenário Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que como já tive oportunidade de mencionar anteriormente, nele tiveram assento alguns dos maiores juristas deste País, alguns dos quais ancestrais de Magistrados que até hoje aqui judicam e que ao longo dos anos procuraram, cada um com a sua pedra, erguer esta portentosa Casa de Justiça. E não se pode, em um momento delicado como este, tergiversar com aquilo que centenas, senão milhares de juristas que nos antecederam, procuraram, ao longo dos anos, construir: uma imagem inatacável deste Tribunal de Justiça. Não que a Sua Excelência, o Senhor **Desembargador**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

Otávio Henrique de Sousa Lima, com assento na Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tenha maculado o passado desta Corte de Justiça Bandeirante. Não. Não devo e não posso afirmá-lo. Mas, lamentavelmente, está enovelado em situação que exige, não só para o bem maior da Administração Pública, em particular do Poder Judiciário Paulista, mas para que se possa, sem receios de quaisquer intervenções, apurar-se, com absoluta isenção, o que, de fato, ocorreu. Cientes todos nós de que nossas decisões serão vistas, discutidas por todos os que delas venham a tomar conhecimento; embora não possamos, curial, dar ouvidos, sem mais nem menos, à multidão, a mesma que, há mais de dois mil anos, fez o que todos nós sabemos que fez.

Assim, parece-me de rigor a necessidade do afastamento cautelar do Magistrado das funções inerentes ao cargo que ocupa, medida que ora se propõe ao Colendo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça.

Com efeito, cuida-se de fatos aparentemente graves, que malferem os mais caros atributos do Poder Judiciário e expõem a risco a imagem de toda a Instituição, afinal, do que se apurou e do que se têm indícios não guarda pertinência a um só caso, mas, sim, no mínimo, a dois deles, com comprovados erros na distribuição dirigida a um mesmo Desembargador, a tizar, aos olhos daqueles que se socorrem do Poder Judiciário, o império que de resto deve ser imaculado, o da imparcialidade, derivada da segurança na distribuição da Justiça, longe de cartas pré-marcadas.

O quadro delineado nos autos, mais, não é sugestivo de um fato isolado, mas revelador de um indiciário aparente padrão acinzentado de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

situações fáticas obnubiladas, turvadas, de pontos de interrogação, a deixarem as partes, todas elas, bem como todos aqueles que se socorrem do Poder Judiciário, no mínimo com dúvidas sobre a higidez do nosso agir, a reclamar postura ousada, pronta e eficaz, quando se detectam indícios da necessidade de se apurar conduta ainda que emanada de ocupante do elevado cargo de Desembargador. Até mesmo para que se possa resguardar a sua pessoa, afinal, força convir, diante deste quadro, não há como sustentar-se que, sem que se elucidem todos os fatos, possa Sua Excelência voltar a ter tranquilidade para bem julgar, para bem administrar a Justiça, despreocupado com o que terceiros possam vir a falar, a comentar. Sabe-se que, lamentavelmente, enquanto não se tiver a certeza possível sobre o que se passou, não só Sua Excelência estará falto de condições pessoais para continuar com a necessária liberdade, para julgar como bem entender, como aqueles que estiverem sujeitos à sua jurisdição tampouco estarão tranquilos quando, por acaso, o decidido não lhe agrade. E isto vale para um lado e para outro: para a defesa e para o Ministério Público. Não sendo desarrazoado cogitar-se da preservação do Magistrado, o que estaria inarredavelmente comprometido, a ensejar futuros questionamentos, caso permaneça no exercício das suas elevadas funções. Outrossim, calha à fiveleta, "mutatis mutandis", porque aqui não se está a falar de processo criminal, mas sim de processo administrativo, o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito de afastamento de Magistrados, no caso, de Ministro do Superior Tribunal de Justiça:

"Como já deixei assentado no julgamento da questão de ordem suscitada nos autos do HC nº 90.617 (Rel. Min. **GILMAR MENDES**, DJ de 06.09.2007), este afastamento não é medida destinada a acautelar o processo-crime, nem a garantir-lhe resultado útil. Cuida-se, isto sim, de expediente preordenado à tutela do conceito público do próprio cargo ocupado pelo magistrado acusado em processo-crime, e, como tal, não viola a garantia constitucional chamada de presunção a inocência (art. 5º, inc. LVII).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

Trata-se, ademais, de norma editada em favor do próprio acusado, sabendo-se do grave ônus que lhe pesa e representa o responder a processo criminal. E que tende também a dar-lhe tranquilidade, protegendo-o, no curso da ação penal, de ilações indevidas quanto à inteireza das decisões que viesse a proferir antes de ser julgado.

[...]

Ministro, na verdade, como já adiantei, parece-me medida com duplo caráter, em primeiro lugar, tendente a proteger a imagem pública do próprio cargo e, em segundo lugar, a proteger o próprio acusado no curso do processo penal, para que não seja alvo de juízos apressados, nem se ponha em dúvida a inteireza das suas decisões, isto é, uma medida que consulta à Justiça." (STF – Inq 2.424/RJ – Pleno – **Rel. Min. Cezar Peluso** – j. 26.11.2008 – Dje 26.03.2010).

Trata-se de acentuar o interesse público em detrimento de interesse menor, não menos importante, é óbvio, mas que diz com a condição isolada do Magistrado.

O afastamento cautelar justifica-se, ainda, a bem da instrução processual, diante da possibilidade de, em exercício, servidores, que lhe são subalternos, e profissionais que possam vir a ser chamados a prestar depoimentos nos autos do Processo Administrativo Disciplinar, sentirem-se melindrados, incomodados, inseguros, enfim, pouco à vontade para prestarem os depoimentos.

Insta observar, ainda, que este afastamento não se hospeda no art. 15, §1º, da Resolução n. 135/11, do Conselho Nacional de Justiça, de eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Medida Liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.638, senão no quadrante do poder geral de cautela que se reconhece à Administração Pública, como corolário dos princípios da eficiência e da moralidade administrativas, princípios constitucionais fundamentais. Inteligência, ademais, do vigente art. 27, §3º, da Lei Complementar n. 35/79. Como lembra **José Raimundo Gomes da Cruz**:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

"O dispositivo ora comentado permite o afastamento provisório do magistrado vitalício do exercício das suas funções, em decisão discricionária do mesmo Tribunal ou seu Órgão Especial. Não se trata de medida cautelar específica, pois a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, aí, não faz qualquer referência aos requisitos básicos do provimento cautelar (urgência e probabilidade do direito alegado)." (Lei Orgânica da Magistratura Nacional Interpretada, 2ª edição, Editora Juarez de Oliveira, 2002).

Ou como decidido, por este mesmo Colendo Órgão Especial, deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do Processo n. 42.773/2013, em data não distante:

"Também, o deferimento da tutela de urgência, no processo administrativo, quer preparatório, como no caso, quer disciplinar, é decorrência direta dos princípios da efetividade e da eficiência do processo, que impõe regras de celeridade, informalidade e economia processual, autorizando a Administração a adotar as medidas necessárias para 'materializar a eficácia administrativa, tratando de manter o equilíbrio das coordenadas administrativas que se cruzam entre as linhas da 'máxima eficácia' e da 'máxima juridicidade' (Roberto Dromi, El Procedimiento Administrativo, pp. 79/81).
Disso tudo decorre que não houve qualquer prejulgamento ou açodamento na determinação de afastamento do Magistrado de suas funções jurisdicionais, cautelarmente." (TJSP – PAD n. 42.773/2013 – Órgão Especial – **Rel. Des. Presidente Ivan Sartori** – j. 22.05.2013 – v.u.).

Propõe-se, pois, por este Voto, o afastamento cautelar do Magistrado até o término do Procedimento Administrativo Disciplinar.

Ante o exposto, por este Voto, abre-se Processo Administrativo Disciplinar contra o Excelentíssimo Senhor **Desembargador Otávio Henrique de Sousa Lima**, com assento na Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, porque se vislumbra, em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Gabinete da Presidência

tese, ofensa ao art. 35, I e VIII, da Lei Complementar n. 35/79 e ao art. 4º, ao art. 5º, ao art. 8º, ao art. 24, ao art. 25 e ao art. 37, todos da Resolução n. 60/08, do Conselho Nacional de Justiça.

Outrossim, afasta-se, cautelarmente, o Excelentíssimo Senhor **Desembargador Otávio Henrique de Sousa Lima**, com assento na Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, da Seção Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do seu cargo, até o fim do Processo Administrativo Disciplinar.

RENATO NALINI
Presidente do Tribunal de Justiça