

Maurício Zanoide de Moraes

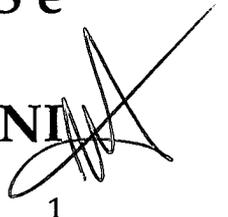
Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

P A R E C E R

Consulentes:

IGOR SANT'ANNA TAMASAUSKAS e

PIERPAOLO CRUZ BOTTINI



1

Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

Os Drs. **IGOR SANT'ANNA TAMASAUSKAS** E **PIERPAOLO CRUZ BOTTINI**, doravante denominados **Consultentes**, muito nos honraram com a presente consulta para elaboração de **PARECER** destinado a procedimento administrativo interno de representação (autos nº 2015/122.726), cujo trâmite se dá perante a Corregedoria Geral de Justiça do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, figurando como Representada a Juíza Substituta em 2º Grau, **Dra. KENARIK BOUJIKIAN**.

Consigne-se, por oportuno, que, devido à relevância jurídica dos temas tratados no presente Parecer, objeto de estudos desse parecerista em suas pesquisas científicas e em orientações acadêmicas no âmbito da Universidade de São Paulo, o presente Parecer é **elaborado pro bono**. **A única retribuição deste parecerista será a oportunidade de colaborar, com as suas convicções técnicas, em relevante debate jurídico em nossos Tribunais e no Conselho Nacional de Justiça.**


2

I – Do material encaminhado para exame e Dos quesitos formulados pelos Consulentes

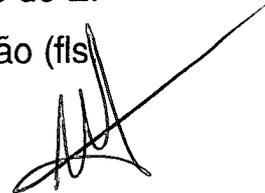
I.1 – Do material fático cedido a exame

Foi-nos cedido a exame, como base fática sobre a qual desenvolveremos nossas considerações técnicas, os autos da Representação nº 2015/122.726, cujo trâmite se dá perante a Corregedoria Geral de Justiça, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Nestes autos figura como representada a Juíza Substituta em 2º Grau, Dra. **KENARIK BOUJIKIAN**, e, como seus defensores, os ora Consulentes.

Os autos são compostos por fotocópias até as fls. 643, inclusive, e contêm:

a) Peça de representação (fls. 2/8) e documentos que a instruem, sendo estes compostos de cópias de algumas peças de 11 (onze) apelações criminais, cujos trâmites se deram perante à 7ª Câmara Criminal e nas quais (todas) a Representada figurou como Relatora (fls. 09/385);

b) Instauração deste procedimento administrativo e abertura de vistas à Representada (fls. 386/391), consignando que as fls. 392 a 397 foram desentranhadas dos autos, conforme decisão do E. Corregedor Geral de Justiça à época (fls. 398) e respectiva certidão (fls. 399);



Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

c) peça de informações subscrita pelos ora Consulentes, em favor da Representada (fls. 403/423), instruída por procuração específica (fls. 425/426 – doc. 1 -); outros 53 (cinquenta e três) extratos de trâmites de feitos criminais (*prints*) em que a Representada figurou como relatora (fls. 428/588 – doc. 2); voto da Representada na apelação criminal 0001655-19.2013.8.26.0271, da Comarca de Itapevi (fls. 590/620 – doc. 3); ofício de dispensa dos serviços da Representada pelos integrantes da 7ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça (fls. 622 – doc. 4); e-mails trocados entre Ana Maria Jacinto Rodrigues, Supervisora – SJ 5.4 e a Representada (fls. 624 – documento 05); artigo assinado pela Representada, denominado “Para que independência funcional?”, publicado no Boletim da Associação Juízes para a Democracia (fls. 626 – doc. 6) e voto da Representada em Plantão Judiciário, versando sobre a independência judicial (fls. 628/631 – doc. 7); e

d) Decisão, do então E. Corregedor Geral da Justiça, do I. Tribunal de Justiça de São Paulo, Dr. Des. Hamilton Elliot Akel, externada em seu voto 34.329, e pela qual determinou o prosseguimento do presente feito administrativo em face da Representada (fls. 633/641).

Dentre as peças acima referidas, serão objeto de nossas maiores atenções as descritas nas alíneas “a” (fls. 02/08), “b” (fls. 403/423) e “d” (fls. 633/641). Isto porque, nelas se contém as razões jurídicas mais diretamente relacionadas com os temas jurídicos objeto do presente Parecer, sendo os demais documentos que apenas instruíram referidos argumentos e cuja matéria fática não cabe a este Parecerista tecer maiores comentários.

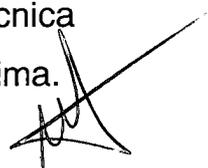


I.2. – Dos quesitos ofertados

Os Consulentes nos indagam:

- 1. QUAL A NATUREZA JURÍDICA DAS DECISÕES PROFERIDAS PELA DRA. KENARIK BOUJIKIAN E QUE RESULTARAM NA “EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA CLAUSULADO”?**
- 2. PODE-SE CONSIDERAR QUE A SITUAÇÃO DA DRA. KENARIK BOUJIKIAN, NESSAS DECISÕES DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ, AMOLDA-SE À HIPÓTESE DE CONCESSÃO DE ‘HABEAS CORPUS’ DE OFÍCIO?**
- 3. A SITUAÇÃO DA DRA. KENARIK BOUJIKIAN IMPLICA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÃO PENAL?**
- 4. A SITUAÇÃO DA DRA. KENARIK BOUJIKIAN, NOS 11 PROCESSOS JUDICIAIS INDICADOS NA REPRESENTAÇÃO, DEMONSTRA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE? EM QUE CONSISTE ESSE PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE?**

Passemos à necessária exposição técnica sobre os temas jurídicos necessários às respostas aos quesitos acima.

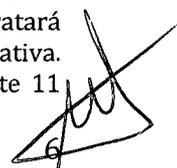


II. Natureza jurídica das decisões da Representada pela “expedição de alvará de soltura clausulado”

O início do exame de todas as questões que compõem a presente consulta é a perfeita observância de qual é a natureza jurídica das 10 (dez) decisões proferidas monocraticamente pela Representada e que consistiram na liberação dos respectivos apelantes presos por meio de expedição de “alvará de soltura clausulado” (fls. 09/385)¹. Para tal mister, deve-se partir do exame de qual era a natureza da prisão a que estavam submetidos aqueles apelantes.

Pela leitura dos documentos que instruem a inicial da Representação, todos os apelantes estavam encarcerados em decorrência de decretos precedentes de prisão preventiva (arts. 311 e ss. do CPP). Induvidoso que a prisão preventiva é espécie do gênero medida cautelar pessoal. Assim sempre foi classificada pela doutrina e foi esta a compreensão aceita pelo legislador reformador de 2011 que, por meio da Lei 12.403, deu novo *nomen iuris* ao Título IX, do Livro I, do Código de Processo Penal: “*Da Prisão, Das Medidas Cautelares e Da Liberdade Provisória*”. Deste Título, a “prisão preventiva” compõe o seu “Capítulo III”, mas já em seu “Capítulo I”, denominado “Das disposições

¹ - Necessário esclarecer que a peça inicial de representação trouxe à colação 11 apelações criminais em que a Representada atuou como relatora, contudo, deve-se registrar que o 11º caso penal não possui decisão monocrática da relatora pela revogação de medida cautelar pessoal. A 11ª apelação criminal acostada em fls. 345 a 385 dos autos não se fez acompanhar de decisão monocrática, como nos 10 casos anteriores. Não havendo qualquer registro de liberação de eventual preso provisório por ordem da Representada. Dessa forma, este Parecer sempre tratará de 10 (dez) decisões monocráticas que, ao que parece, compõem o objeto da causa administrativa. Não obstante, quando oportuno referir ao material que instrui aquela peça inaugural, cite 11 (onze) causas penais em fase recursal.



Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

gerais”, o legislador de 2011 inscreve que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por OUTRA medida cautelar (art. 319)” – destaque nosso. Ao nominar a prisão preventiva como “medida cautelar”, o legislador empresta força de lei à classificação doutrinária uníssona.

Antes da reforma acima referida e ocorrida em 2011, especificamente no capítulo das medidas cautelares pessoais, a doutrina já classificava a prisão preventiva como espécie de medida cautelar pessoal, com finalidade constritiva de aprisionamento. Era “cautelar”, porquanto proferida no curso da persecução penal (fase investigativa e/ou fase judicial) e antes da decisão condenatória definitiva, ou seja, anterior a decreto que fixasse definitivamente a prisão-pena. Era “prisional”, pois implicava o encarceramento do cidadão, privando-o da liberdade que era a regra constitucional.

Já antes da reforma de 2011 ensinava, e ainda ensina, doutrina de referência:

“A PARTIR DA REFORMA DE 2008, O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PASSOU A PREVER APENAS DUAS FORMAS DE PRISÃO CAUTELAR: A PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO (ARTS. 301 A 310) E A PRISÃO PREVENTIVA (ARTS. 311 A 316). A PRISÃO DECORRENTE DE PRONÚNCIA E A PRISÃO EM VIRTUDE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL, QUE ANTES CONSTITUÍAM MODALIDADES AUTÔNOMAS E SUJEITAS A PRESSUPOSTOS PRÓPRIOS, CONFIGURAM AGORA ESPÉCIES DE PRISÃO PREVENTIVA, QUE PODEM SER MANTIDAS OU DECRETADAS POR OCASIÃO DA PRONÚNCIA OU DA SENTENÇA CONDENATÓRIA (ART. 413, §3.º, NA REDAÇÃO DA LEI 11.689/2008, E ART. 387, PARÁGRAFO ÚNICO, NA REDAÇÃO DA LEI 11.719/2008, RESPECTIVAMENTE). ALÉM DESSAS FORMAS

Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

*MAIS TRADICIONAIS DE PRISÃO CAUTELAR, A LEI 7.960, DE 1989,
ACRESCENTOU AO SISTEMA A DENOMINADA 'PRISÃO TEMPORÁRIA'."*²

Prisão preventiva é medida cautelar pessoal, proferida em procedimento cautelar e por meio de decisão judicial de igual natureza, qual seja, também "cautelar". Não por outra razão, o legislador de 2011, como já destacado, inscreveu de forma cogente que a prisão preventiva é medida cautelar pessoal³.

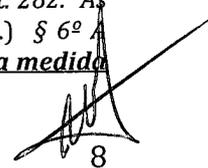
Todas as medidas cautelares são proferidas no curso de procedimentos e por meio de decisões judiciais da mesma natureza, qual seja, "cautelar".

No caso em testilha, essa é a natureza das 10 (dez) decisões que instruíram inicialmente a Representação. São decisões de natureza cautelar, pois determinaram a cessação de medida cautelar de prisão preventiva, com a consequente e indefectível expedição de "alvará de soltura clausulado".

Definida a natureza "cautelar" da decisão, resta, ainda, destacar que todo o ato cautelar tem na provisoriedade a sua característica mais elementar.

² - GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio e SCARANCE FERNANDES, Antônio. 12^a ed. rev. e atual. São Paulo. RT, 2011, cap. XIV, item 2, p. 264.

³ - O legislador de 2001, já no capítulo das Disposições Gerais a todas as medidas cautelares pessoais, assim se manifesta de maneira clara sobre essa classificação, agora, legal: "**Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (...) § 6^o A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)."** – grifamos e destacamos.



Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

Dentre as várias características já identificadas e consagradas pela doutrina e pela legislação pátria do ato cautelar, seja ele medida ou decisão, ressurge mais relevantes ao presente Parecer a “provisoriedade”⁴, sua característica primordial.

A decisão cautelar é provisória pois passível de mudança ou desaparecimento por duas ordens de acontecimentos: a) ou bem advém a medida definitiva que toma o seu lugar, tornando-a desnecessária ou modificando-a; ou b) as condições de fato ou de tempo se alteram, tornando a medida ilegal. Nesse sentido é o escólio de MARTA SAAD, Profa. de Processo Penal da Universidade de São Paulo:

“POR ISSO, JUNTO À PROVISORIEDADE, OU ATÉ MESMO FAZENDO PARTE DELA, ESTÁ SITUADA A REVOGABILIDADE. ISTO SIGNIFICA QUE AS MEDIDAS PODEM SER MODIFICADAS OU REVOGADAS DURANTE O PROCESSO PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL, ATENDENDO À VARIAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS QUE FORAM TOMADAS EM CONTA PELO JUÍZO NO MOMENTO DA SUA DECRETAÇÃO, E, ATÉ MESMO, EM RAZÃO DO POSTERGADO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. A MEDIDA SUBSISTE, ENTÃO, ENQUANTO SE FAZ NECESSÁRIA À ASSECURAÇÃO DO EFEITO AUTOMÁTICO DE EVENTUAL DECISÃO PENAL CONDENATÓRIA.

⁴ - Embora a provisoriedade seja a primeira (e talvez a mais intuitiva) característica das medidas e decisões cautelares, o que já se pode ver na obra clássica e precursora de PIERO CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, pp. 09/17, os atos cautelares possuem outras. Dentre elas podemos citar: a instrumentalidade hipotética, a acessoriedade, a preventividade, a sumariedade, a referibilidade e a proporcionalidade (BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2012. pp. 702/708).

Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

A REVOGABILIDADE, POIS, SITUA-SE JUNTO À PROVISORIEDADE. AS CAUTELARES CARACTERIZAM-SE, ASSIM, PELA (I) DURAÇÃO LIMITADA, RESOLÚVEL, REVERSÍVEL, NO TEMPO E (II) PELA POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO”.⁵

Como exemplo do advento da medida definitiva alterar a decisão cautelar (alínea “a” supra), temos que a decisão de prisão preventiva sempre será substituída pela decisão definitiva de mérito da causa penal, seja porque aquela deixou de ser necessária, quando a decisão definitiva é de absolvição (cfr. art. 386, parágrafo único, inciso I, CPP), seja quando deve ser modificada pois o advento de título judicial condenatório transitado em julgado determina que o encarceramento persista, mas agora a título de “prisão-pena” (incidência, em definitivo, do preceito secundário da norma penal).

Como exemplo de mudança da situação de fato que justificou a medida (agora referível à alínea “b” supra), tem-se a hipótese em que a decisão cautelar que determinou a prisão preventiva, por conveniência da instrução processual, passar a carecer de fundamento legítimo com o encerramento daquela instrução, tornando ilegal a medida que, quando de sua decretação, era legal; sendo necessária sua revogação.

Ainda permanecendo na alínea “b” supra, mas agora considerando a passagem do tempo, situação ocorrente nas 10 (dez) decisões ora analisadas, uma medida que foi decretada de modo pertinente e proporcional, pode tornar-se ilegal, quando o tempo de

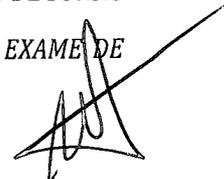
⁵ - GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. As Medidas Assecuratórias do Código de Processo Penal Como Forma de Tutela Cautelar Destinada à Reparação do Dano Causado Pelo Delito. São Paulo: Faculdade de Direito da USP: 2007 pp. 71/72. Trabalho científico de doutorado que se tornou referência científica no tema de cautelaridade.

Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

prisão cautelar cumprido pelo cidadão ultrapassa o máximo da pena fixado pelo crime a ele imputado ou, como no caso presente, quando o tempo de prisão cautelar é maior até mesmo que a pena fixada em sentença, estando ou não passível de recurso pelo Ministério Público. Isto porque, surge uma clara desproporção entre a pena fixada na sentença condenatória recorrível, único marco jurisdicional de mérito até então existente nos autos, e a decisão cautelar proferida anteriormente por aquele mesmo juízo que decretara a prisão cautelar. Desproporção inexistente quando da decretação da prisão cautelar, mas que surgiu pela indefectível passagem do tempo. O que se tornou ilegal, por força da passagem do tempo, carece de revisibilidade, em respeito à regra da proporcionalidade, ínsita a toda medida cautelar. Nesse sentido ensina o Desembargador e Professor de Direito Processual Penal e Direito Penal, GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

“PROPORCIONAL’ É A PRISÃO CAUTELAR CUJO PERÍODO DE DURAÇÃO NÃO EXCEDE OS LIMITES A PENA MÍNIMA PREVISTA PARA O DELITO – E MUITO MENOS O MÁXIMO – NEM TAMPOUCO CHEGA A SUPERAR PRAZOS RELATIVOS À CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DE EXECUÇÃO PENAL, A SABER: A) AVALIAÇÃO DO MÍNIMO E DO MÁXIMO COMINADOS EM ABSTRATO PARA O CRIME EM APURAÇÃO NO PROCESSO; B) ANÁLISE DA CONDIÇÕES PESSOAIS DO RÉU (PRIMÁRIO OU REINCIDENTE; BONS OU MAUS ANTECEDENTES ETC.); C) POTENCIAL APLICAÇÃO DE PENA MÍNIMA (OU SUPERIOR AO MÍNIMO); D) VERIFICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS RELATIVOS À PROGRESSÃO (1/6, 2/5, 3/5, CONFORME A NATUREZA PRIVATIVA DE LIBERDADE ATÉ 4 ANOS); F) REGISTRO DE POTENCIAL CONCESSÃO DE SURSIS (PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE ATÉ 2 ANOS, COMO REGRA); G) EXAME DE



Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

*EVENTUAL REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE
LIBERDADE (FECHADO, SEMI ABERTO OU ABERTO)."*⁶

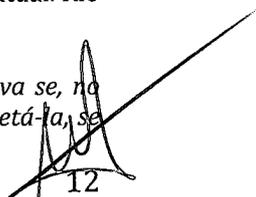
A “provisoriidade” é, sem dúvida, a mais intuitiva e elementar característica das decisões cautelares. Não por outra razão, que mesmo antes das reformas processuais pós Constituição Federal, já existia o art. 316 do Código de Processo Penal⁷, que impõe ao julgador o poder-dever de permanentemente revisibilidade das decisões cautelares.

Dito isso, é correto afirmar que as 10 (dez) decisões que decretaram as prisões preventivas e foram revistas pela Representada eram, por natureza, cautelares e, por conseguinte, provisórias. Isto significa dizer que, por força de lei, deviam e precisavam ser revistas no caso concreto, pois o transcurso do tempo colocava-as no terreno da ilegalidade.

No exame das referências àquelas 10 (dez) decisões originárias de prisão preventiva, evidencia-se que todas careciam de reforma pela passagem do tempo. Das 10 (dez) decisões da Representada para aqueles casos, 7 (sete) delas se deram em casos de sentenças submetidas a apelações apenas defensivas e cujas penas ali atribuídas já estavam cumpridas integralmente quando da revogação das prisões preventivas e, nos 3 (três) casos restantes, a despeito de haver apelação do Ministério Público para aumento de pena, quando da

⁶ - NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2014, p. 551.

⁷ - Assim preceitua este dispositivo: “**Art. 316.** O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”



12

revogação da prisão preventiva, as penas fixadas nas sentenças recorríveis já estavam cumpridas.

Havia, portanto, evidente desproporção entre o tempo de prisão cautelar e a pena fixada em sentença, pois aquele já havia superado a esta. Dentro da racionalidade cautelar, havia flagrante desproporção entre a decisão de encarceramento preventivo e a sentença recorrida, ambas as decisões proferidas pelo mesmo juízo de primeiro grau. Violação da proporcionalidade que deveria ser consertada por força de lei e cujo fundamento legal está tanto no já referido art. 316 quanto no § 5º do art. 282⁸, ambos do Código de Processo Penal.

Quanto ao ambiente e à racionalidade cautelares, não há erro legal ou técnico-jurídico ao se examinar a conduta da Representada.

Deve-se notar, ainda, que ela, ao rever as decisões cautelares de primeiro grau, também proferiu decisões de

⁸ - Preceitua o dispositivo: "**Art. 282.** As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (...) § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem." E não se diga que este "poderá" não seja norma cogente que deve ser lida como "deverá". A leitura impositiva é escólio doutrinário unísono. Por todos, v. a precisa exposição do Desembargador e Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Dr. Paulo Rangel: "A expressão 'poderá', mencionada no dispositivo legal, não pode ser vista como mera faculdade do juiz, pois, tratando-se de norma concessiva de um direito, qual seja, o direito de liberdade, surge, uma vez presentes os requisitos legais, o direito subjetivo do réu de permanecer em liberdade. Verificando o juiz que o motivo que autorizou a prisão preventiva desapareceu, ou seja, o 'periculum in mora' ('periculum libertatis') (não obstante existir o 'fumus boni iuris - fumus commissi delicti' -), deverá revogar o decreto de prisão. Entretanto, se, após a revogação, sobrevierem razões que justifiquem a prisão, poderá de novo decretá-la. Neste caso, verifica-se que a causa de revogação da prisão preventiva é o desaparecimento de razões que a justificaram, embora tenha sido decretada nos estritos limites do art. 312 do CPP. Trata-se de prisão legal por ordem judicial." - in *Direito Processual Penal*. 22ª ed. São Paulo. Editora Atlas, 2014. p. 828.

Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

natureza igualmente “cautelar”. Logo, suas decisões também eram provisórias e passíveis de alteração pelo colegiado.

A provisoriedade das decisões da Representada não emerge apenas da constatação técnico-científica de sua natureza jurídica. No presente caso, há manifestações claras da consciência e vontade da Representada de que suas decisões não se davam em termos definitivos, mas estavam sujeitas à apreciação final da 7ª Câmara Criminal. Isto fica evidente quando se verifica que (i) sempre determinava a expedição de “alvará de soltura **clausulado**”⁹ e (ii), ao fazer seu relatório, informava à Câmara de suas decisões cautelares. Tudo a fim de que também essas integrassem o julgamento colegiado final por aquele órgão fracionado.

Analisado que a Representada agiu no estrito cumprimento de dispositivos legais e respeitou a natureza tanto das decisões cautelares que revogava quanto daquelas que proferia, emerge a seguinte questão: ela, como Relatora das apelações criminais, tinha competência para revogar as medidas cautelares de prisão preventiva emanadas de juízos de primeiro grau ou teria invadido esfera de competência do juízo da vara das execuções?

Em termos mais diretos, indaga-se: no curso de julgamento de apelação criminal, cabe ao relator decidir sobre as medidas cautelares pessoais (p.ex., a revogação ou determinação de prisão preventiva) ou ao juízo da vara das execuções penais?

É do que se trata no item seguinte.

⁹ - Como é cediço, “alvará clausulado” significa que o alvará – leia-se, ordem que nele se contém – deva ser cumprida pelo diretor do presídio se inexistir qualquer outro mandado prisional em desfavor do favorecido por aquela ordem.

III. Da esfera de competência do Relator

Há que se esclarecer se a Representada, como Relatora de apelação criminal a ela submetida, agiu dentro de sua esfera de competência, ou seja, se ela atuou como órgão judiciário com atribuição legal para exercício de jurisdição.

Direta e objetivamente, basta a simples leitura do art. 232, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, para verificar que cabe ao relator, no curso das apelações criminais, decidir sobre as medidas cautelares. *In verbis*:

*“Art. 232. **AS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL** E AS AÇÕES CAUTELARES DISCIPLINADAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, **QUANDO URGENTES E DE MANIFESTO CABIMENTO, SERÃO PROCESSADAS PELO RELATOR** DA AÇÃO ORIGINÁRIA OU **DO RECURSO PENDENTE DE JULGAMENTO NO TRIBUNAL**, OBSERVADO O DISPOSTO NO ARTIGO 45, IV”¹⁰ – destacamos e grifamos.*

Logo, indene de dúvidas que é atribuição da Representada, ou de qualquer relator de apelação criminal em curso

¹⁰ - Para não pairar dúvida quanto à incidência do art. 232, transcreve-se o inciso IV do art. 45, único artigo que compõe a Seção III, que trata das atribuições “Dos Presidentes das Seções”: “**Seção III. Dos Presidentes das Seções. Art. 45. Compete aos Presidentes das Seções: I – (...) IV - processar os recursos especial e extraordinário relativos a feitos da respectiva Seção, decidindo os incidentes, inclusive as cautelares; V - (...).**” – destacamos e grifamos.

Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

nesse E. Tribunal de Justiça, decidir medida cautelar (pessoal ou real) prevista em nossa legislação processual penal.¹¹

A clareza e literalidade do referido dispositivo 232, do citado Regimento Interno, está conforme a redação dos Regimentos Internos dos demais Tribunais pátrios. Como referência, para não tornar extenso o presente Parecer, traz-se à colação apenas os Regimentos Internos de nossos Tribunais Superiores.

Preceitua o inciso V, do art. 21, específico para definir as atribuições do relator em medidas cautelares, dentro da Seção II, denominada “Do Relator”, no Regimento do Supremo Tribunal Federal: “**ART. 21. SÃO ATRIBUIÇÕES DO RELATOR: (...) IV – SUBMETER AO PLENÁRIO OU À TURMA, NOS PROCESSOS DA COMPETÊNCIA RESPECTIVA, MEDIDAS CAUTELARES NECESSÁRIAS À PROTEÇÃO DE DIREITO SUSCETÍVEL DE GRAVE DANO DE INCERTA REPARAÇÃO, OU AINDA DESTINADAS A GARANTIR A EFICÁCIA DA ULTERIOR DECISÃO DA CAUSA; V – DETERMINAR, EM CASO DE URGÊNCIA, AS MEDIDAS DO INCISO ANTERIOR, ‘AD REFERENDUM’ DO PLENÁRIO OU DA TURMA; (...)**” – destacamos e grifamos.

Na mesma linha, segue inciso VI, do art. 34, da Seção II, destinada exclusivamente às atribuições do relator, no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça: “**SEÇÃO II. DO RELATOR. ART. 34. SÃO ATRIBUIÇÕES DO RELATOR: (...); V - SUBMETER À CORTE ESPECIAL, À SEÇÃO OU À TURMA, NOS PROCESSOS DA COMPETÊNCIA RESPECTIVA, MEDIDAS CAUTELARES NECESSÁRIAS À PROTEÇÃO DE DIREITO SUSCETÍVEL DE GRAVE DANO DE INCERTA REPARAÇÃO, OU AINDA DESTINADAS A GARANTIR A EFICÁCIA DA ULTERIOR DECISÃO DA CAUSA; VI - DETERMINAR, EM CASO**

¹¹ - Para colmatar qualquer eventual dúvida sobre se cabe ou não ao relator a decisão sobre medida cautelar pessoal na forma definida no art. 232 citado, seja para sua determinação, revogação ou substituição, basta trazer ao contexto o art. 209 do mesmo Regimento Interno e que trata da “Fiança”, única medida cautelar diversa da prisão (cf. art. 319, CPP) ali prevista. Sua redação é tão clara quanto a do dispositivo 232, *in verbis*: “**Seção VI. Da Fiança. Art. 209. O pedido de fiança, nas ações penais originárias, nos recursos criminais e nos habeas corpus será apreciado pelo relator do feito.**” – destacamos.

DE URGÊNCIA, AS MEDIDAS DO INCISO ANTERIOR, 'AD REFERENDUM' DA CORTE ESPECIAL, DA SEÇÃO OU DA TURMA: XX – (...).” – destacamos e grifamos.

Tais disposições regimentais não poderiam ser diferentes, pois, pelo art. 92 da Constituição da República¹², são órgãos do Poder Judiciário tanto os Tribunais ali descritos quanto os juízes que os integram. O relator é parte integrante do Tribunal perante o qual oficia, seja quando nomeado na função de Ministro ou Desembargador seja quando convocado para tal. É parte e, nos atos de condução da causa penal até julgamento em definitivo do recurso, representa e é o Tribunal em sua representação individual e mais atuante. Suas decisões, provisórias ou não, devem ser cumpridas como se fossem determinação do próprio Tribunal.

O Tribunal manifesta seu poder jurisdicional por seu órgão judiciário fracionado ou individualmente responsável pela causa. No caso a nós submetido a exame, o órgão judiciário que representava o Tribunal de Justiça de São Paulo era o relator, na pessoa da Representada.

A Representada, portanto, atuou dentro de sua esfera de atribuição e, portanto, exerceu sua função jurisdicional no âmbito de sua competência.



¹² - Determinada referido artigo: “**Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: (...) VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.** (...)”

IV – Da NÃO Usurpação da Competência da Vara das Execuções Penais pela Representada

Fixada, no item anterior, a competência da Representada, assim como de qualquer relator de recurso criminal para decisão em medida cautelar em causa sob os seus auspícios, **não há que se falar em eventual existência ou não de usurpação de competência da vara das execuções penais, em sede de execução provisória de medida cautelar pessoal, por parte de qualquer Desembargador-Relator ou juiz convocado para tal função jurisdicional.**

A Constituição da República utilizou o critério da hierarquia de instâncias para estabelecer que as decisões de órgãos judiciários superiores sempre se sobrepõem àquelas de órgãos judiciários inferiores. Por essa razão, não há que se falar nem mesmo de competências concorrentes entre o Tribunal, representado pelo Relator criminal, e o juízo das execuções penais. Isto provocaria uma verdadeira insegurança jurídica no sistema. Dois órgãos judiciários não podem decidir a mesma matéria em igualdade de condições. A decisão emanada de órgão de nível superior sempre se sobrepõe à de nível inferior. Assim como a decisão de órgão fracionado (Câmara ou Turma) se sobrepõe à decisão emanada do órgão judiciário individual que o componha (por exemplo, Relator ou Revisor).

Dito isso, cabe esclarecer quais são as diferenças de competência para a medida cautelar pessoal existente em causa penal pendente de julgamento nos Tribunais.



Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

A competência do juízo da vara das execuções penais para o controle da execução provisória de medida cautelar não é exclusiva, mas concomitante com a do Tribunal¹³. Contudo, tais competências se dão em planos diferentes e com objetos distintos.

Uma pergunta esclarece a lógica que orienta o exame da matéria: quem pode revogar a decisão cautelar que mantém o apelante preso preventivamente?

A resposta deve ser simples: apenas o relator da causa penal, jamais o juízo das execuções penais.

O juízo das execuções, em assessoria ao Tribunal, aplica as regras da lei de execução penal no transcurso do tempo de encarceramento provisório. O Tribunal, pela pessoa do órgão jurisdicional do relator (Desembargador, Ministro ou juiz convocado), por ser o juízo de conhecimento da causa, é a quem cabe fazer a revisão da própria proporcionalidade, necessidade e adequação da medida cautelar. Só ao juízo de mérito da causa compete, quando for o caso, revogar a medida cautelar em curso ou, se for o caso, voltar a decretar medida antes revogada. O relator, portanto, atua para além das regras previstas na Lei de Execução Penal, podendo alterar tanto medidas cautelares quanto a própria decisão de mérito¹⁴.



¹³ - A competência do juízo das execuções penais advém da Lei de Execuções Penais: ***“Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal. Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.”*** – grifamos e destacamos.

¹⁴ - O Desembargador e Professor Guilherme de Souza Nucci, analisando os âmbitos de atuação do juízo das execuções penais e do Tribunal em causa penal em grau de recurso, afirma que só este pode e deve alterar até mesmo o título condenatório, aplicando pena mais favorável ao condenado, se a decisão não transitou em julgado. Sendo inaplicável a Súmula 611, do STF. O que bem demonstra a primazia cognitiva e hierárquica existente entre Tribunal, leia-se relator criminal, e o

Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

O juízo das execuções assessora o Tribunal, fazendo cumprir a lei das execuções penais pelo transcurso do tempo, mas não poderá analisar jamais oportunidade ou conveniência de a medida cautelar por ele controlada ser ou não revogada.

Exatamente nesse sentido é que as Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça, definem, em seu art. 547, *caput*, que “o juízo da execução provisória **comunicará** as seguintes ocorrências ao Tribunal perante o qual se processa o recurso” – grifamos. Notando-se os incisos que informam esse *caput*, verifica-se que o dever de comunicar visa manter o órgão com cognição mais ampla e definitiva informado sobre as evoluções e involuções do cumprimento da medida cautelar diante das regras da execução penal.

Tais Normas de Serviço bem demonstram que o juízo das execuções verifica a aplicação das regras evolutivas do sistema de execução penal, enquanto o juiz-relator poderá verificar a própria necessidade e adequação em modificar ou mesmo cassar a medida prisional.

No curso da causa penal perante o Tribunal, o relator tanto pode determinar a prisão preventiva de recorrente quanto revogar decisão anterior que a tenha determinado. Isso o juiz das execuções penais não poderá fazer. Para este, o âmbito de competência

juízo das execuções em sede de execução provisória. *In verbis*: “A aplicação da lei mais benigna pelo tribunal, em grau de recurso, é admissível. Modificada a lei penal, é fundamental que seja imediatamente aplicada, até pelo fato de que beneficia o acusado, não devendo este aguardar a fase de execução criminal, que pode tardar, impedindo-o, por exemplo, de ser colocado em liberdade mais rapidamente. Aliás, a mencionada Súmula 611 do STF estabelece caber ao juiz da execução penal a aplicação da lei posterior mais favorável quando houver o trânsito em julgado da decisão. Antes dele, portanto, é competente o juiz do feito. Se há recurso em andamento, devolvendo o conhecimento da causa ao tribunal, e tratando-se de matéria de ordem pública, cabe à instância superior aplicar a lei mais favorável, ainda que o recurso, nesse caso, tenha sido interposto somente pela acusação.” (op. cit., p. 968).

Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

é da execução (da medida), não o de seu mérito, que pertence ao plano do conhecimento da causa penal, não o de sua execução. Ele acompanha a evolução da medida cautelar segundo as regras da lei de execução penal (Lei 7.210/84); não poderá se manifestar sobre a oportunidade ou não daquela medida preventiva existir. O juiz-relator, pelo contrário, por ser o juízo de conhecimento da causa, deverá analisar, por força de lei, até decisão final do órgão colegiado, a possibilidade de substituição, agravamento ou cessação da medida.

De modo simples: O juiz das execuções cumpre a ordem do juízo da causa penal, em assessoria ao Tribunal.

Postos os exercícios de competências em planos distintos e visto que ao relator compete analisar os pleitos cautelares em causa penal pendente de julgamento e sob seus auspícios, não há sequer que se cogitar de usurpação de competência *in casu*.

Não se trata de usurpação de competência porquanto as competências são diversas em plano e em âmbito de conteúdo decisório. As matérias sujeitas a um e a outro órgão judiciário são diversas. O Tribunal, na pessoa do relator, no curso da ação penal em grau recursal, tem o poder-dever de atuar regulando a medida cautelar às modificações fáticas ou temporais, inclusive determinando a prisão ou revogando-a. O juiz das execuções apenas atua na forma de seu cumprimento.



V – Da autorização legal para a atuação de ofício do relator na análise da medida cautelar de prisão preventiva: *habeas corpus ex officio*

Até este quadrante do presente Parecer, já se definiram 4 (quatro) pontos relevantes:

- a) As 10 (dez) decisões proferidas pela Representada, e que instruem a inicial do presente procedimento administrativo, têm natureza cautelar, pois (i) foram proferidas em procedimento cautelar e (ii) para analisar a legalidade de medida cautelar anterior (prisão preventiva decretada pelo juízo de primeiro grau);¹⁵
- b) Os atos cautelares, no caso “medida” e “decisão”, têm a característica imanente da provisoriedade;¹⁶
- c) A decisão cautelar é provisória pois existirá até que uma decisão definitiva a modifique (substituindo-a – p.ex., no caso condenatório - ou tornando-a desnecessária – p.ex., no caso absolutório) ou até que a mudança nas circunstâncias fáticas e/ou temporais que a determinaram tornem-na ilegal ou insatisfatória necessitando ser modificada (recrudescendo-a, atenuando-a ou revogando-a);¹⁷ e



¹⁵ - Cfr. item II do presente Parecer.

¹⁶ - Idem.

¹⁷ - Ibidem.

Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

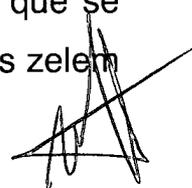
d) No curso da causa penal em grau recursal, caberá ou relator (Ministro, Desembargador ou juiz convocado) controlar a legalidade da medida cautelar (pessoal ou real), cabendo ao juízo das execuções penais assessorá-lo, fiscalizando o cumprimento da medida cautelar pessoal segundo a legislação específica (Lei 8.210/84), normas internas dos Tribunais e editadas pelo Conselho Nacional de Justiça (cfr. Resolução nº 113/2010).¹⁸

Nesse ponto do Parecer é natural que uma indagação seja feita: o órgão judiciário competente pelo controle da medida cautelar pessoal em sede recursal pode modificá-la de ofício?

A resposta poderia ser dada por meio de outra pergunta: o órgão judiciário deve permanecer inerte ao constatar uma evidente violação à liberdade de ir e vir de um jurisdicionado cuja causa penal está àquele submetida?

A resposta a essa segunda indagação é NÃO.

De tão natural essa resposta negativa que, qualquer vacilo em assim não a responder colocaria, imediatamente, o órgão judiciário omissivo em condição de conivência com a ilegalidade. O que levaria a uma completa insegurança jurídica, porquanto o que se espera é exatamente o oposto, é dizer, que os órgãos judiciários zelum pela aplicação da lei e eliminação das ilegalidades.

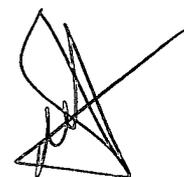


¹⁸ - Cfr. itens III e IV supra.

Contudo, quando a ilegalidade diz com o cerceamento de liberdade do cidadão, mais que uma posição deontológica de atuação, a Constituição¹⁹ e o ordenamento legal²⁰ **impõem** a atuação para fazer cessar a liberdade.

Fixada a competência do relator para, devido à mudança das circunstâncias temporais, proceder à análise da legalidade da medida cautelar pessoal (prisão preventiva) determinada em primeiro grau, seria um contrassenso privá-lo da atuação *ex officio*. Não por outra razão que o legislador, desde 1941, prevê a figura jurídica do “*habeas corpus* de ofício” no art. 654, § 2º do Código de Processo Penal²¹ e, também, no art. 470, 2ª parte, do Código de Processo Penal Militar.

Essas normas legais e constitucional, expressamente voltadas para o *habeas corpus*, estão em perfeita sintonia com a feição imposta pelo legislador de 2011 quanto à revisibilidade contínua das cautelares pessoais pelos julgadores (cfr. os já citados e transcritos art. 282, § 5º e, especificamente para a prisão preventiva, art. 316, CPP).



¹⁹ - Art. 5º: “ (...) LXVIII – *conceder-se-á ‘habeas corpus’ sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; (...)*”.

²⁰ - Nos 10 (dez) casos em que a Representada proferiu decisão de revogação da prisão preventiva, o *habeas corpus* se justifica pelo concerto dos art. 647 e art. 648, inciso II, ambos do CPP. *In verbis*: “art. 647. **Dar-se-á ‘habeas corpus’ sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar. Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal: (...); II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; (...)**” – grifamos e destacamos.

²¹ - Art. 654: “O *‘habeas corpus’* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público. (...) §2º **Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de ‘habeas corpus’, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal**” – destacamos e grifamos.

Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

Mas, mesmo antes da reforma de 2011, a doutrina já asseverava o dever de o juiz ou Tribunal atuarem de ofício quando diante de uma ilegalidade que afetasse o direito de ir e vir de um jurisdicionado que a eles tivesse causa penal pendente. DANTE BUSANA, um dos maiores especialistas pátrios no tema, ex-Desembargador Paulista e referência nas discussões acadêmicas por sua rara capacidade de combinar conhecimento científico e profunda prática forense, leciona em sua já clássica e referencial obra “*O Habeas Corpus no Brasil*”, com base em sólida e prestigiosa doutrina nacional e internacional sobre o tema:

“FICOU DEMONSTRADO QUE A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ‘HABEAS CORPUS’ TORNA-SE TAMBÉM EFETIVA PELA CONCESSÃO DA ORDEM SEM PROVOCAÇÃO DO INTERESSADO (CF. CAPÍTULO 5, §1), OU SEJA, PELO EXERCÍCIO ESPONTÂNEO DA JURISDIÇÃO, FENÔMENO EXCEPCIONAL QUE CARNELUTTI DENOMINOU DE ‘JURISDIÇÃO SEM AÇÃO’. (...)”

“JUSTIFICA-SE A EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO ‘NE PROCEDAT EX OFFICIO’ PELA NECESSIDADE DA PRONTA DEFESA DE LIBERDADE ESSENCIAL, CUJA TUTELA EFICAZ INTERESSA TANTO AO INDIVÍDUO QUANTO À SOCIEDADE. ‘TRATA-SE DE PROVIDÊNCIA HARMONIOSA COM O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DA LIBERDADE, SENDO DEVER DO MAGISTRADO ZELAR PELA SUA MANUTENÇÃO’.

O ‘HABEAS CORPUS’ DE OFÍCIO NÃO DEVE SER CONFUNDIDO COM OUTRAS FORMAS DE TUTELA JUDICIAL DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO TAMBÉM NÃO DEPENDENTES DE PROVOCAÇÃO DO INTERESSADO, COMO O RELAXAMENTO DA PRISÃO, NO CUMPRIMENTO DO DEVER IMPOSTO PELO ‘PRINCÍPIO DA COGNICÃO’.

Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

*IMEDIATA' (ARTIGO 5º, INCISOS LXII E LXV, CF), E A ANULAÇÃO OU REFORMA
PELO PRÓPRIO JUIZ, DE ATO SEU ATENTATÓRIO À LIBERDADE.”²²*

Ainda na esteira do ilustre jurista, pede-se vênia para transcrever preciso ensinamento de rara qualidade e precisão técnicas no exame dos institutos jurídicos e que, ao final e ao cabo, assenta o *habeas corpus* de ofício como instrumento constitucional sem o qual a proteção da liberdade estaria debilitada e estaria seriamente comprometida a credibilidade da própria função jurisdicional.

“DESDE SEMPRE, O DIREITO BRASILEIRO CONTEMPLA O ‘HABEAS CORPUS’ DE OFÍCIO (HOJE NOS ARTIGOS 654, §2º DO CPP, E 470, 2ª PARTE, DO CPP MILITAR) QUE NÃO SE AJUSTA AO CONCEITO CLÁSSICO DE AÇÃO JUDICIAL, COMO DEIXA EXPRESSO FREDERICO MARQUES: ‘O ‘HABEAS CORPUS EX-OFFICIO’ SE APRESENTA TAMBÉM COM ESSES CARACTERES, VISTO QUE NÃO PODE SER EQUIPARADO AOS RECURSOS. TRATA-SE, PORÉM, DE CASO ENQUADRÁVEL NAQUELE FENÔMENO DE EXCEÇÃO QUE ÀS VEZES OCORRE NO PROCESSO PENAL, E QUE CARNELUTTI DENOMINOU DE ‘JURISDIÇÃO SEM AÇÃO’. ATUANDO DE OFÍCIO, É EVIDENTE QUE O JUIZ EXERCE SUA FUNÇÃO JURISDICIONAL, NA ESPÉCIE, SEM QUE LHE TENHA SIDO IMPETRADO QUALQUER ATO OU PRESTAÇÃO ATRAVÉS DE AÇÃO, POR PESSOA LEGITIMADA A PEDIR A ORDEM DE ‘HABEAS CORPUS’. NÃO DIVERGE O MAGISTÉRIO DE HÉLIO TORNAGHI: ‘ALGUNS AUTORES CONSIDERAM-NO AÇÃO, O QUE ESTÁ CERTO NA MAIORIA DOS CASOS, POIS É O MEIO DE EXIGIR UM PRONUNCIAMENTO E, MAIS QUE ISSO, UM MANDAMENTO JUDICIAL. MAS ESSE CONCEITO EXCLUI O ‘HABEAS CORPUS’ DE OFÍCIO, AQUELE QUE OS JUÍZES OU TRIBUNAIS CONCEDEM INDEPENDENTEMENTE DE QUALQUER PROVOCAÇÃO, QUANDO, NO CURSO DE

²² BUSANA, Dante. *O ‘Habeas Corpus’ no Brasil*. São Paulo. Atlas, 2009, p. 72.

Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

**ALGUM PROCESSO, VERIFICAM QUE ALGUÉM QUE SOFRE OU ESTÁ AMEACADO
DE SOFRER COAÇÃO ILEGAL'.**

*ESSAS LIÇÕES A TODOS NÃO CONVENCEM, HAVENDO QUEM AFIRME QUE A
DEMANDA NÃO É INDISPENSÁVEL AO RECONHECIMENTO DO FENÔMENO AÇÃO,
POIS, 'AINDA QUANDO O JUIZ INDEPENDE DA INICIATIVA DA PARTE PARA
INSTAURAR O PROCESSO, UMA VEZ INICIADO A PARTE É INVESTIDA DOS PODERES
E FACULDADES QUE CARACTERIZAM O DIREITO DE AÇÃO. NA HIPÓTESE (DO
'HABEAS CORPUS' DE OFÍCIO), A NATUREZA DO BEM PROTEGIDO E A URGÊNCIA
DA TUTELA JUSTIFICAM PLENAMENTE O EXERCÍCIO ESPONTÂNEO DA
JURISDIÇÃO, SEM QUE COM ISSO SE DESNATURE O FENÔMENO DA AÇÃO'.*

*EMBORA EXATO QUE O DIREITO DE AÇÃO 'NÃO SE EXERCE NO SIMPLES PODER DE
INICIATIVA PROCESSUAL', MAS RESOLVE-SE EM REALIDADE, NUMA VARIADA
GAMA DE PODERES E FACULDADES QUE TEM O DEMANDANTE ANTES DA
INSTAURAÇÃO DESTA (AÍ, O PODER DE INICIATIVA) E TAMBÉM AO LONGO DE
TODO O ARCO DO PROCEDIMENTO (PODERES DE PARTICIPAÇÃO E IMPULSO),
DIFÍCIL ACEITAR, NO PLANO DA REALIDADE, QUE, CONCEDIDA A ORDEM DE
OFÍCIO, HAJA INVESTIDURA DE ALGUÉM NOS PODERES E FACULDADES QUE
CARACTERIZAM O DIREITO DE AÇÃO, PARA O FIM DE PERSEGUIR PRESTAÇÃO
JURISDICCIONAL JÁ CONSUMADA NA INSTÂNCIA DE ORIGEM E, SE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL, DEFINITIVA. O PACIENTE, LIBERTO DA VIOLÊNCIA OU
COAÇÃO, NÃO TEM INTERESSE NA INVESTIDURA; O COATOR DELA SÓ PODERIA
SERVIR-SE PARA RECORRER NAS RESTRITÍSSIMAS HIPÓTESES ADMITIDAS EM LEI,
JÁ COBERTAS PELO RECURSO NECESSÁRIO; DE IGUAL MODO, O MINISTÉRIO
PÚBLICO, NA QUALIDADE DE MERO FISCAL DA LEI. **MAIS RAZOÁVEL ADMITIR
QUE NO DIREITO BRASILEIRO A GARANTIA DO 'HABEAS CORPUS' EFETIVA-SE
NÃO SÓ MEDIANTE AÇÃO ('A AÇÃO DE HABEAS CORPUS'), MAS TAMBÉM PELO
EXERCÍCIO ESPONTÂNEO DA JURISDIÇÃO ('PELO HABEAS CORPUS DE OFÍCIO').***

**SALIENTE-SE, POR OPORTUNO, QUE O EXERCÍCIO DA 'JURISDIÇÃO SEM AÇÃO',
NA HIPÓTESE EM EXAME, NÃO INTERFERE COM A IMPARCIALIDADE DO JUIZ.**



Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

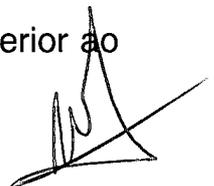
APENAS REAFIRMA A TUTELA DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO, À SEMELHANÇA DA QUE DECORRE DO DEVER IMPOSTO AO JUIZ PELA CONSTITUIÇÃO, DE RELAXAR DE OFÍCIO PRISÃO ILEGAL QUE LHE SEJA COMUNICADA, (ARTIGO 5º, INCISO LXII). VEM A PELO A OBSERVAÇÃO DE CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO DE QUE, FORA DO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL, ‘OS DIREITOS, E ESPECIALMENTE A LIBERDADE, SÃO OBJETO DE TUTELA MEDIANTE O VALOR ‘PROCESSO’ E NÃO (DO VALOR) ‘AÇÃO’. O PROCESSO, ENTRE ELES O DO ‘HABEAS CORPUS’, NÃO REPELE A INICIATIVA OFICIAL.

ESSE ENTENDIMENTO MERECEU ACOLHIDA NAS ‘MESAS DO PROCESSO PENAL’, DO DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, QUE ASSIM O SUMULARAM: ‘HABEAS CORPUS’ É GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO E, NO PLANO PROCESSUAL, TEM A NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO SE IMPETRADO PELO PACIENTE OU TERCEIRO; QUANDO CONCEDIDO DE OFÍCIO, REPRESENTA MANIFESTAÇÃO DO EXERCÍCIO ESPONTÂNEO DA JURISDIÇÃO’ – SÚMULA 93. RECENTE DOUTRINA O TEM TAMBÉM SUFRAGADO.”²³

No presente caso, a violação existente ao direito de liberdade não é apenas ilegal, mas direta e claramente inconstitucional. Está firmado como direito e garantia fundamental do cidadão que “o ***Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença***” (art. 5º, inciso LXXV, CR) - grifamos.

Evidente, portanto, que a Representada, em decisão cautelar, concedeu *habeas corpus* de ofício a fim de, outrossim, fazer cessar coação ilegal, decorrente de prisão por tempo superior ao

²³ - BUSANA, Dante; *op. cit.*, pp. 33/34.



Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

fixado na sentença e, portanto, atuou, claramente, no cumprimento da Constituição e do Código de Processo Penal.²⁴ Com suas decisões, fez cessar, ainda, a clara situação de responsabilização civil do Estado de São Paulo, que mantinha, naqueles casos, pessoas presas além do previsto em sentença e em lei.

A ilegalidade se evidenciava pois, em todos os casos, as pessoas estavam presas por mais tempo do que lhe atribuíra as sentenças. Em 7 (sete) dos 10 (dez) casos decididos pela Representada as sentenças não poderiam ter a pena aumentada (por força de ser a apelação apenas defensiva), destarte, as pessoas já tinham, sob égide cautelar, cumprido as penas integrais. Nos 3 (três) casos remanescentes, já estavam mais tempo presas do que estipulado pelo juiz sentenciante; em verdadeira disrupção lógica entre a sentença judicial recorrida e o tempo cumprido “cautelamente” no regime fechado por ordem do mesmo juízo de primeira instância. Logo, os três títulos judiciais pelos quais elas permaneciam presas tinham se tornado claramente desproporcionais e, portanto, ilegais em face do decurso do tempo.



²⁴ - Sobre a natureza cautelar do *habeas corpus* na situação do inciso II, do art. 648, CPP, ver o seguinte escólio de saudoso e eminente Professor Rogério Lauria Tucci, in *'Habeas Corpus', Ação e Processo Penal*. São Paulo. Saraiva, 1978, pp. 11/12: “a) Ação cautelar de ‘habeas corpus’. Observase, outrossim, porque deveras expressivo, ter o ‘habeas corpus’ surgido como medida processual penal ‘cautelar’, visando a impedir prisões arbitrárias no curso da persecução penal ou a garantir rápido julgamento em procedimento penal instaurado contra réu preso. Daí porque, ainda hoje, e mesmo que se não tenha em mira pôr cobro à ‘persecutio criminis’, se lhe é conferida a natureza de ação penal ‘cautelar’ todas as vezes que é impetrado para evitar prisão injusta ou impedir que esta se prolongue indefinidamente. Destarte, será ‘cautelar’ a ação de ‘habeas corpus’ nos casos do art. 648, II, do Código de Processo Penal, quando alguém estiver preso por tempo superior ao determinado pela lei em vigor; (...)”.

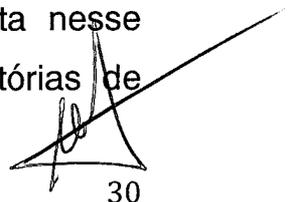
VI – Da atuação da Representada para a garantia do Princípio da Colegialidade

Neste estágio do presente Parecer, já se deixou consignado que, segundo as regras regimentais, legais e constitucionais vigentes e, ainda, conforme técnica processual uníssona, a Representada ao proferir suas 10 (dez) decisões monocráticas o fez (i) dentro de seu âmbito de competência, porquanto se tratava de matéria cautelar dentro de sua esfera jurisdicional; (ii) fê-lo de maneira provisória, pois todas as decisões eram comunicadas ao órgão colegiado que as examinou no mérito e de forma definitiva; e, por fim, (iii) ao assim atuar, fazia albergada pela figura do *habeas corpus* de ofício e pelo qual (iv) fez cessar a responsabilidade civil do Estado de São Paulo, por manter presas pessoas por mais tempo do que lhes fora atribuído em suas sentenças judiciais.

Porém, a despeito de ter atuado na estrita legalidade e limite jurisdicional que o Regimento Interno do Tribunal de Justiça lhe autorizava (cfr. art. 232) e por determinação da Constituição da República (art. 5º, incisos LXVIII e LXXV) e do Código de Processo Penal (art. 648, inciso II e art. 654, §2º), somos indagados se esta atuação feriu a princípio da colegialidade.

Nossa resposta é negativa. A Representada NÃO feriu o princípio da colegialidade.

Estamos seguros em dar a resposta nesse sentido porque, ao proferir as 10 (dez) decisões interlocutórias de



natureza cautelar²⁵, a Representada não retirou a matéria por ela decidida (liberdade de pessoas com penas estabelecidas em sentença já cumpridas) da esfera de competência do órgão colegiado. Muito ao contrário, informou-o e a ele encaminhou-a para seus amplos conhecimento e debate. E foi o que a 7ª Câmara Criminal acabou por fazer em todos os casos.

Decidir antes, especificamente em sede de cautelaridade, não é privar o colegiado da apreciação da matéria. Logo, não há ofensa à colegialidade. A discussão quanto aos poderes decisórios do relator e sua eventual violação do dito princípio da colegialidade só se põe quando aquele decide de forma a privar o colegiado, em definitivo, da análise da questão jurídica. E este não é o caso a mim submetido.

Para que não haja qualquer dúvida sobre nossa posição, façamos algumas considerações com base na doutrina que tratou o tema.

Inicialmente, faça-se uma ressalva a bem da verdade: o princípio da colegialidade está em franca e tendencial restrição. Contudo, por fugir em muito do objeto deste caso concreto e, principalmente, **pela desnecessidade para justificar nossa resposta inicial**, não se vai aqui trazer à colação que tal princípio vem sofrendo

²⁵ - Como leciona Éric Lavoura, em trabalho científico de mestrado: *"Assim, por decisões interlocutórias simples são compreendidos todos os atos decisórios voltados a equacionar as eventuais questões incidentais e os problemas exclusivamente atinentes ao procedimento e à marcha processual. Como exemplos dessa subespécie decisória despontam, dentre outros, o ato de recebimento da acusação formal, a decretação ou revogação de prisões cautelares e os acolhimentos ou rejeições de pedidos de produção de prova."* - destacamos -, cfr. LAVOURA, Éric. *A coisa julgada penal e seus limites objetivos*. São Paulo. Atlas, 2013. pp 85-86.

Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

intensa e continuada mitigação, tanto na área processual civil quanto na processual penal, em nossos Tribunais Superiores.²⁶

Neste Parecer, vamos considera-lo pleno e aplicável e, com isso, mostraremos que a representada atuou somente em seu favor, nunca para sequer mitiga-lo.

Para tal, precisamos analisar o que a doutrina nacional entende por este princípio:

“SÃO VALIOSOS OS ENSINAMENTOS DE PONTES DE MIRANDA SOBRE O TEMA: ‘A REGRA, PARA OS RECURSOS, É A COLEGIALIDADE DAS DECISÕES. QUER DIZER: A PLURALIDADE DOS JULGADORES, COM O FIM POLÍTICO DE ASSEGURAR DIVERSOS EXAMES NO MESMO TEMPO, ALÉM DO DUPLO OU MÚLTIPLO EXAME, NO TEMPO, PELO JUIZ DO PRIMEIRO GRAU E OS DEMAIS JUÍZES SUPERIORES. A CIÊNCIA ENSINA-NOS, HOJE, QUE A ASSEMBLEIA NÃO NOS VEIO DA REFLEXÃO; FOI A REFLEXÃO QUE VEIO DA ASSEMBLEIA. PORTANTO, O HOMEM É QUE É PRODUTO DA ASSEMBLEIA. ESSA PRIORIDADE DO EXAME MÚLTIPLO AO MESMO TEMPO, EM RELAÇÃO AO EXAME DE UM SÓ, SE TRANSFORMA EM SUPERIORIDADE SEMPRE QUE DESEJAMOS MAIOR CERTEZA. A COLEGIALIDADE PARA A DECISÃO DOS

²⁶ - O art. 557 do Código de Processo Civil e cuja redação mitiga clara e diretamente o princípio da colegialidade. Registre-se que tal artigo vem sendo progressivamente aplicado pelos Tribunais Superiores também para as causas penais, por influxo e permissivo do art. 3º do CPP. Prova dessa aplicação pode ser vista nos seguintes julgados: STJ, AgRg no HC 102.824/SP, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, 6ª T., j. 04/09/2008, DJe 29/09/2008 e STF, AgRg HC 128110, Rel. Mina. ROSA WEBER, 1ª T., j. 30/06/2015, DJe 19/08/2015.

Ainda dentro desse contexto de declínio prático de referido princípio, importante citar pesquisa realizada pelo projeto *Supremo em Números*, da Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ sobre julgados do Supremo Tribunal Federal de 1992 a 2013. Tal trabalho apontou à tendência de aumento dos poderes dos relatores para resolução monocrática definitiva de casos pacificados. **Tal trabalho apontou que o percentual médio de decisões monocráticas de mérito e liminares ficou em 93% dos casos analisados durante o período apurado.** Disponível em: <<http://jota.info/a-monocratizacao-do-stf>>. Acesso em 05 jan. 2016.

Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

*RECURSOS OBEDECE A ESSE PENDOR ULTIMO DO HOMEM, QUANDO SE DESEJA
GUIAR PELA RAZÃO.”²⁷.*

*“A IDEIA É PROMOVER A REAVALIAÇÃO POR UM GRUPO DE MAGISTRADOS, NÃO
MAIS SE ENTREGANDO A CAUSA A UM JUIZ ÚNICO. (...) O RELEVANTE CONSISTE
EM PROPORCIONAR A DISCUSSÃO DE TESES A CONTRAPOSIÇÃO DE IDEIAS, ENFIM,
O NOBRE EXERCÍCIO DO CONVENCIMENTO E DA EVOLUÇÃO DA APLICAÇÃO DO
DIREITO. SOMENTE EM COLEGIADO HÁ DEBATE.”²⁸.*

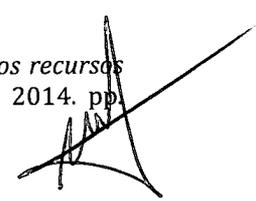
Com base nesses escólios doutrinários, que bem representam o que há de mais assentado em nossa Academia, pode-se reafirmar que, no caso presente, a colegialidade não foi descumprida.

As 10 (dez) decisões da Representada, por não serem definitivas e terem sido proferidas por meio de decisões interlocutórias simples de natureza cautelar, foram, mesmo sem impugnação voluntária de qualquer parte interessada, informadas e submetidas, por iniciativa da própria Representada, à apreciação do colegiado. Daí ter ela prestigiado e respeitado a colegialidade. Ela não decidiu nada em definitivo ou sem a necessária revisibilidade por parte do órgão colegiado, a qual (revisibilidade) ela mesma informava e provocava.

Prova disso é ter havido, em duas de três oportunidades em que houve recurso do Ministério Público, reforma da

²⁷ - VERA, Larrissa. *O aumento dos poderes do relator e o julgamento monocrático dos recursos cíveis*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2014. pp. 14/15.

²⁸ - NUCCI, Guilherme de Souza. *op. cit.*, p. 61.



sentença de primeiro grau para aumento de pena e, em decorrência dessa decisão colegiada de reforma da sentença de primeiro grau, suas decisões cautelares foram também modificadas. Nos outros 8 (oito) casos todas as suas decisões cautelares foram mantidas pelo próprio órgão colegiado da 7ª Câmara Criminal, pois neles as penas dos sentenciados já estavam cumpridas quando da concessão dos *habeas corpus* de ofício pela Representada.

A bem da verdade, e a nos basearmos no espectro das 11 (onze) decisões que instruem a inicial deste procedimento administrativo, era a Representada quem mais buscava assegurar a ideia motriz do “princípio da colegialidade”. Isto porque, se ele existe porque se acredita que a melhor forma de se decidir em grau recursal é com a troca de ideias e experiências, é exatamente o voto divergente, com suas posições e ideais diversas da maioria, que contribui para a higidez daquele princípio. Se, com a colegialidade, o que se espera é a discussão de ideias e troca de visões diferentes da realidade da causa e da vida, foi a Representada quem mais contribuiu para a sua ocorrência; pelo menos enquanto integrou aquele órgão colegiado como juíza convocada.

Dessa forma, considerado o que a doutrina unanimemente assevera sobre o princípio da colegialidade, ser reiteradamente vencida em seus votos não é violar ou sequer ameaçar aquele princípio, mas, em antípoda postura, garantir a sua mais importante finalidade.

Como é cediço, muitas teses jurídicas inicialmente vencidas em órgãos colegiados de Tribunais estaduais ou regionais acabaram tornando-se vencedoras no âmbito dos Tribunais

Superiores. Assim como teses vencidas nestes mesmos Tribunais Superiores, acabaram, com o tempo e a evolução dos ideais e conceitos jurídico-constitucionais, tornando-se teses vencedoras no mesmo Tribunal e, em decorrência, provocaram a mudança legislativa.

Como exemplo, muito a propósito e não pouco eloquente, de mudança legal por força de alteração de entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal lembre-se a alteração do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90 – denominada Lei dos Crimes Hediondos – e que tratava da impossibilidade da progressão de regime de pena para o condenado por crime considerado hediondo.

Inicialmente, o Tribunal Pleno daquela Corte Constitucional afirmou a constitucionalidade do texto original do referido § 1º²⁹. Até que, em 2006, fruto de muitos votos divergentes e de uma atuação constante de julgadores com o mesmo viés da Representada, instigando o pensamento divergente, a troca de ideias e o debate jurídico saudável, o mesmo Tribunal Pleno alterou diametralmente sua posição e declarou inconstitucional o teor daquele parágrafo³⁰.

Foi o que bastou para que o legislador, influenciado por aquela tese minoritária que se tornou vencedora em 2006, editasse a Lei 11.464/2007, alterando as disposições a respeito da matéria. Atual redação que, acrescente-se, restitui aos magistrados o lúdimo poder de decidir, caso a caso, quando é ou não correto se

²⁹ - “Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança e liberdade provisória § 1º A pena por crime previsto neste artigo **será cumprida integralmente** em regime fechado (...)”
destacamos e grifamos.

³⁰ - Cfr. STF – HC 82959-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006, Tribunal Pleno, DJ de 1.9.2006.

Maurício Zanoide de Moraes

Professor Livre-Docente Associado ao Departamento de Direito Processual
da Universidade de São Paulo / Largo São Francisco

conceder ou negar a progressão de regime de cumprimento de pena a um condenado por imputação de crime considerado hediondo.

Mesmo poder jurisdicional, dentro de um legítimo exercício de independência funcional e, nunca esqueçamos, nos estritos limites legais, em cujo exercício atuou a Representada em todas as 10 (dez) decisões interlocutórias de natureza cautelar concessivas de *habeas corpus* de ofício. E, nunca é demais lembrar, pelas quais ela estancou a responsabilidade civil do Estado de São Paulo, ao pôr em liberdade pessoas que já tinham as suas penas cumpridas integralmente ou, pelo menos, estavam presas a mais tempo do que estabelecido na sentença de primeiro grau.

Decidir medidas cautelares, assim como atender requerimentos instrutórios ou de outra natureza, são atribuições dentro da esfera de competência do relator. Tanto isso é mais verdade que é do cotidiano dos Tribunais que relatores concedam liberdades ou decretem prisão em sede cautelar, sem que isso, pelo menos até onde se sabe, tenha sido questionado em qualquer Tribunal como usurpação de competência do colegiado ou, muito menos, violação ao duplo grau de jurisdição.

Dessa forma, nem a colegialidade nem o duplo grau de jurisdição foram minimamente tocados pelas decisões da Representada.



VII – Das Respostas aos Quesitos

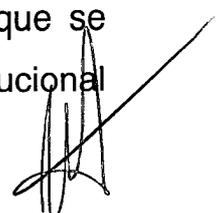
Com base nos já expostos fundamentos jurídicos, passamos às respostas aos quesitos a nós formulados:

QUESITO 1: QUAL A NATUREZA JURÍDICA DAS DECISÕES PROFERIDAS PELA DRA. KENARIK BOUJIKIAN E QUE RESULTARAM NA “EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA CLAUSULADO”?

Conforme exposto no item II supra, a Representada, nas 10 (dez) decisões por ela proferidas e que instruem a peça inicial do presente procedimento administrativo, proferiu decisões de natureza cautelar e cuja principal característica é a sua provisoriedade.

QUESITO 2: PODE-SE CONSIDERAR QUE A SITUAÇÃO DA DRA. KENARIK BOUJIKIAN, NESSAS DECISÕES DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ, AMOLDA-SE À HIPÓTESE DE CONCESSÃO DE ‘HABEAS CORPUS’ DE OFÍCIO?

Pelas razões desenvolvidas e explicitadas no item V supra, é correto afirmar que naquelas decisões cautelares da Representada, ao fazer cessar a situação de ilegalidade em que se encontravam os presos provisórios, com base na cogência constitucional e legal, proferiu verdadeiras ordens de *habeas corpus ex officio*.

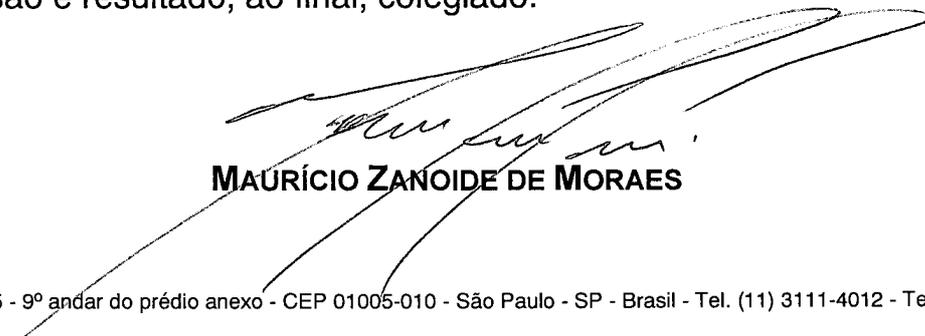


***QUESITO 3: A SITUAÇÃO DA DRA. KENARIK BOUJIKIAN IMPLICA USURPAÇÃO DE
COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÃO PENAL?***

Pelos motivos externados nos itens III e IV, é seguro se afirmar que, por norma regimental do próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, a Representada era o órgão judiciário competente para decidir sobre a situação de ilegalidade em que se encontravam os apelantes e, ao assim decidir, não usurpou de qualquer modo a esfera de competência do juízo das execuções penais que, por sua vez, como órgão assessor ao Tribunal no âmbito das execuções provisórias de medidas cautelares pessoais, não pode revogar medida cautelar decidida por juízo de conhecimento da causa penal, seja ele de primeiro grau ou de segundo grau.

***QUESITO 4: A SITUAÇÃO DA DRA. KENARIK BOUJIKIAN, NOS 11
PROCESSOS JUDICIAIS INDICADOS NA REPRESENTAÇÃO, DEMONSTRA VIOLAÇÃO AO
PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE? EM QUE CONSISTE ESSE PRINCÍPIO DA
COLEGIALIDADE?***

Conforme fundamentos já expostos no item VI supra, a Representada nunca decidiu medida cautelar de forma definitiva, sempre as comunicando à 7ª Câmara Criminal, perante a qual exercia sua jurisdição. Sendo assim, nunca furtou ou impediu que a decisão final sobre a matéria cautelar por ela decidida fosse resultado de discussão e resultado, ao final, colegiado.


MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES