

VOTO DIVERGENTE

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO RICHARD PAE KIM:

Adoto o relatório lançado pelo eminente Conselheiro Sidney Madruga, pedindo vênia, todavia, para manifestar respeitosa divergência, por entender que inexistente justificativa plausível (justa causa) para a instauração do Processo Administrativo Disciplinar contra o magistrado requerido.

Trata-se de Revisão Disciplinar instaurada de ofício pelo Plenário do CNJ, a partir de acórdão de relatoria da então Corregedora Nacional de Justiça exarado nos autos do Pedido de Providências n.º 0009128-73.2020.2.00.0000 para que seja reavaliado o **arquivamento monocrático pela Corregedoria local** da Reclamação Disciplinar n.º 0036217-08.2020.8.24.0710, formulada no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC).

Neste procedimento analisa-se, em síntese, a **conduta** do Juiz de Direito [REDACTED] **em audiências realizadas nos dias 20.7.2020 e 27.7.2020, por meio de videoconferência, em processo criminal no qual se discutia crime de natureza sexual** - em especial, a acusação de que este não teria advertido “adequadamente” o advogado de defesa quando da inquirição da vítima por este último. Imputa-se ao reclamado o descumprimento do art. 35, inciso I da Lei Orgânica da Magistratura Nacional e dos arts. 3º, 9º e 20, *caput* do Código de Ética da Magistratura Nacional.

Em primeiro lugar, deve-se ter em vista que o que ora se analisa é, em essência, a maneira de o magistrado agir no âmbito de uma audiência de instrução e julgamento – ou seja, a forma de produção do ato processual.

Precisamente, nesse aspecto, o Plenário do CNJ já se manifestou a respeito da natureza desse tipo de ato:

RECURSO ADMINISTRATIVO EM RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. AUDIÊNCIA POR VIDEOCONFERÊNCIA. RESOLUÇÃO N. 354/2020. INDEFERIMENTO DE ADIAMENTO. **QUESTÃO JURISDICIONAL**. PRECEDENTES DO CNJ. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO ADMINISTRATIVO. (CNJ - RA – Recurso Administrativo em RD - Reclamação Disciplinar - 0002661-44.2021.2.00.0000 - Rel. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - 89ª Sessão Virtual - julgado em 25.6.2021).

Ocorre que a análise das condutas praticadas em audiências por magistrado perpassa necessariamente pelo exame de sua atividade jurisdicional, em desrespeito à autonomia e à independência funcional asseguradas aos membros da Magistratura pelo artigo 41 da LOMAN, o que, a princípio, afastaria a possibilidade de atuação do CNJ. Nesse sentido:

RECURSO ADMINISTRATIVO EM RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. OPÇÕES JURÍDICAS DO JULGADOR. MATÉRIA DE NATUREZA JURISDICIONAL. PARCIALIDADE DO MAGISTRADO. NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA OU DISCIPLINAR. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Irresignação acerca de conteúdo de decisão judicial deve ser impugnada na própria jurisdição.

2. **Argumentos expostos pelo recorrente estão circunscritos ao contexto da demanda judicial e as opções jurídicas do julgador.**

3. A natureza exclusivamente administrativa das atribuições conferidas ao Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, §4º, da CF/88) impede que este aprecie questão discutida em sede jurisdicional.

4. Ausência de comprovação de infringência aos deveres funcionais do magistrado.

5. Alegação de parcialidade do magistrado foi narrada de forma genérica, descontextualizada e decorre de conclusão arbitrária e subjetiva do recorrente, sem valor correcional.

6. Parcialidade do magistrado não verificada.

7. Recurso administrativo não provido (CNJ - RA – Recurso Administrativo em RD - Reclamação Disciplinar - 0000771-75.2018.2.00.0000 - Rel. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA - 275ª Sessão Ordinária - julgado em 7.8.2018).

Desse modo, assento a impossibilidade de o Conselho Nacional de Justiça atuar na hipótese.

Em segundo lugar, é preciso rememorar o contexto em que se deram os fatos.

A presente revisão disciplinar foi aberta a partir da Reclamação Disciplinar instaurada na origem após a publicação de matéria jornalística pelo portal *The Intercept*, em que se veiculou que o magistrado, além de não conter da forma devida os excessos e ofensas proferidos pelo advogado de defesa contra a vítima, teria, ainda, absolvido o réu com base em uma suposta tese de “estupro culposo”. A partir de tais conjecturas, o caso ganhou enorme repercussão na sociedade, o que desaguou na instauração de procedimentos disciplinares contra

os agentes públicos e o causídico que atuaram no interrogatório de [REDACTED].

Da leitura do material cotejado aos autos, contudo, verifica-se que o magistrado não invocou a referida tese ao proferir a sentença absolutória por ausência de provas, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal (Id. 4497782, fls. 37 a 40). Portanto, o que se analisa aqui é evidentemente a suposta conduta do magistrado na mencionada audiência.

Com a devida vênia, não é verdade que o magistrado requerido tenha sido omissivo ou hesitante em cumprir adequadamente seu dever funcional.

Basta examinar as gravações e transcrições das audiências para notar que o mesmo realizou **diversas intervenções**, feitas de maneira **pontual** e nos momentos nos quais se fizeram extremamente necessárias - que é o que o próprio art. 212 do Código de Processo Penal determina ao juiz (Ids 4497907 a 4497890; 44562959 e 4562958).

Como a própria redação do dispositivo de lei indicado supra dispõe, o protagonismo na produção das provas compete às partes, cabendo ao juiz conduzir a audiência e manter a ordem durante seu transcurso, devendo as perguntas serem formuladas diretamente à testemunha – o magistrado intervirá apenas e tão somente para inadmitir os questionamentos que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de indagação já respondida.

E não há dúvida de que assim foi feito. Nos momentos em que lhe cabia agir por força dos arts. 212, 251 e 794 do CPP, assim o fez o requerido, ainda que, na visão de alguns, não o tenha feito de maneira suficientemente enérgica. E é por isso que o reclamado encontra-se respondendo, agora, à presente revisão disciplinar: não porque violentou o texto de lei, mas porque, para alguns, sua atuação não teria sido enérgica o suficiente para coibir abusos e ofensas praticados pelo advogado do réu.

Chamo a atenção, contudo, para o quão submetida à subjetividade de cada um a imputação está.

“Insuficientemente enérgico?” Trata-se de conceito inexoravelmente ligado ao terreno difícil e pantanoso da subjetividade, da visão de mundo de cada um e das convicções pessoais. Há balizador objetivo nessa situação? Se há, qual seria ele?

Eminentes pares, estamos em sede de processo administrativo disciplinar, o qual já produziu severas consequências para o reclamado e poderá produzir ainda mais caso culmine com a imposição de sanção. É inadmissível que um indivíduo, seja ele quem for, e essa regra vale também para o processo penal, seja punido com base em um conceito tão subjetivo.

As interferências que a lei exorta a fazer foram feitas.

O julgador não pode, contudo, pretender tolher ou controlar a palavra do advogado, o qual conta com imunidades e prerrogativas que o protegem e que voltam-se à concretização da garantia da ampla defesa. Aqui, vale salientar que o art. 133 da Constituição da República dispõe que o advogado é inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Ainda que assim não fosse, o reclamado não poderia antever as teses e expressões que seriam utilizadas pelo defensor, a fim de proibi-las, como espécie de censura prévia, no intuito de coibir eventuais excessos que poderiam vir a ser praticados por ele.

A respeito do assunto, colaciono precedentes do Supremo Tribunal Federal:

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - CRIMES CONTRA A HONRA - PRÁTICA ATRIBUÍDA A ADVOGADOS - REPRESENTAÇÃO FORMULADA POR MAGISTRADO EM DECORRÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRODUZIDA PELO PACIENTE (E POR SEU COLEGA ADVOGADO) EM SEDE DE RAZÕES DE APELAÇÃO - PROTESTO E CRÍTICA POR ELES FORMULADOS, EM TERMOS OBJETIVOS E IMPESSOAIS, CONTRA OS FUNDAMENTOS EM QUE SE SUSTENTAVA A DECISÃO RECORRIDA - INTANGIBILIDADE PROFISSIONAL DO ADVOGADO - AUSÊNCIA DO "ANIMUS CALUMNIANDI VEL DIFFAMANDI" - EXERCÍCIO LEGÍTIMO, NA ESPÉCIE, DO DIREITO DE CRÍTICA, QUE ASSISTE AOS ADVOGADOS EM GERAL E QUE SE REVELA Oponível A QUALQUER AUTORIDADE PÚBLICA, INCLUSIVE AOS PRÓPRIOS MAGISTRADOS - "ANIMUS NARRANDI VEL DEFENDENDI" - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DOS TIPOS PENAIIS - ACUSAÇÃO DEDUZIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE ATRIBUIU, AOS ADVOGADOS, A SUPOSTA PRÁTICA DOS CRIMES DE CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA - DENÚNCIA QUE EXTRAPOLOU OS LIMITES MATERIAIS DOS FATOS NARRADOS PELO AUTOR DA REPRESENTAÇÃO (MAGISTRADO FEDERAL), QUE PRETENDIA, UNICAMENTE, A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOS ADVOGADOS PELO DELITO DE INJÚRIA - ATUAÇÃO "ULTRA VIRES" DO MINISTÉRIO PÚBLICO - INADMISSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL - LIQUIDEZ DOS FATOS - POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL EM SEDE DE "HABEAS CORPUS" - EXTINÇÃO DO PROCESSO PENAL DE CONDENAÇÃO - AFASTAMENTO, EM

CARÁTER EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO DOS SEUS EFEITOS AO CO-RÉU, TAMBÉM ADVOGADO. REPRESENTAÇÃO E DENÚNCIA: LIMITAÇÃO MATERIAL QUE RESULTA DO FATO OBJETO DA DELAÇÃO POSTULATÓRIA. –

(...)

INVIOLABILIDADE DO ADVOGADO - CRIMES CONTRA A HONRA - ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO - O "ANIMUS DEFENDENDI" COMO CAUSA DE DESCARACTERIZAÇÃO DO INTUITO CRIMINOSO DE OFENDER. - A inviolabilidade constitucional do Advogado: garantia destinada a assegurar-lhe o pleno exercício de sua atividade profissional. - A necessidade de narrar, de defender e de criticar atua como fator de descaracterização do tipo subjetivo peculiar aos delitos contra a honra. A questão das excludentes anímicas. Doutrina. Precedentes. - **Os atos praticados pelo Advogado no patrocínio técnico da causa, respeitados os limites deontológicos que regem a sua atuação como profissional do Direito e que guardem relação de estrita pertinência com o objeto do litígio, ainda que expressem críticas duras, veementes e severas, mesmo se dirigidas ao Magistrado, não podem ser qualificados como transgressões ao patrimônio moral de qualquer dos sujeitos processuais, eis que o "animus defendendi" importa em descaracterização do elemento subjetivo inerente aos crimes contra a honra. Precedentes. O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA E A NECESSIDADE DE RESPEITO ÀS PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS DO ADVOGADO.** - O Supremo Tribunal Federal tem proclamado, em reiteradas decisões, que o Advogado - ao cumprir o dever de prestar assistência àquele que o constituiu, dispensando-lhe orientação jurídica perante qualquer órgão do Estado - converte, a sua atividade profissional, quando exercida com independência e sem indevidas restrições, em prática inestimável de liberdade. Qualquer que seja a instância de poder perante a qual atue, incumbe, ao Advogado, neutralizar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela integridade das garantias - legais e constitucionais - outorgadas àquele que lhe confiou a proteção de sua liberdade e de seus direitos. - O exercício do poder-dever de questionar, de fiscalizar, de criticar e de buscar a correção de abusos cometidos por órgãos públicos e por agentes e autoridades do Estado, inclusive magistrados, reflete prerrogativa indisponível do Advogado, que não pode, por isso mesmo, ser injustamente cerceado na prática legítima de atos que visem a neutralizar situações configuradoras de arbítrio estatal ou de desrespeito aos direitos daquele em cujo favor atua. - O

respeito às prerrogativas profissionais do Advogado constitui garantia da própria sociedade e das pessoas em geral, porque o Advogado, nesse contexto, desempenha papel essencial na proteção e defesa dos direitos e liberdades fundamentais. CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO ESTADO: UMA EXIGÊNCIA INERENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. - O Estado não tem o direito de exercer, sem base jurídica idônea e suporte fático adequado, o poder persecutório de que se acha investido, pois lhe é vedado, ética e juridicamente, agir de modo arbitrário, seja fazendo instaurar investigações policiais infundadas, seja promovendo acusações formais temerárias, notadamente naqueles casos em que os fatos subjacentes à "persecutio criminis" revelam-se destituídos de tipicidade penal. Precedentes. - A extinção anômala do processo penal condenatório, em sede de "habeas corpus", embora excepcional, revela-se possível, desde que se evidencie - com base em situações revestidas de liquidez - a ausência de justa causa. Para que tal se revele possível, impõe-se que inexista qualquer situação de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes à acusação penal ou, até mesmo, à própria condenação criminal. Precedentes.

(HC 98237, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-04 PP-00777 RTJ VOL-00214-01 PP-00472 RF v. 106, n. 411, 2010, p. 391-411 REPIOB v. 3, n. 24, 2010, p. 774-771 RJSP v. 59, n. 400, 2011, p. 321-350) (grifei)

EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO PARCIAL DA AÇÃO PENAL. IMUNIDADE MATERIAL DO ADVOGADO. Na hipótese de as expressões tidas por ofensivas serem proferidas em representação penal, na defesa de seu cliente e no exercício de sua profissão, mesmo que em sede de procedimento administrativo, incide a imunidade material do advogado (art. 7º, § 2º, da Lei 8906/94). Está configurado o nexo causal entre o fato imputado como injurioso e a defesa exercida pelo recorrente, faltando, portanto, o elemento subjetivo do tipo. Precedente (HC 81389). Recurso em habeas corpus provido para trancar a ação penal, restando prejudicado o exame da incompetência da Justiça Militar.

(RHC 82033, Relator(a): NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 29/10/2002, DJ 23-04-2004 PP-00030 EMENT VOL-02148-04 PP-00772 RTJ VOL-00194-01 PP-00215) (grifei)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. ARTIGO 5º, INCISOS LV E LXIX DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AUSÊNCIA DE OFENSA. INJÚRIA E DIFAMAÇÃO. IMUNIDADE DO ADVOGADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. Ofensa a autoridades militares federais, proferidas na discussão da causa. Competência da Justiça Militar (CPM, art. 9º, inc. III). 2. Conferida a prestação jurisdicional, em decisão devidamente fundamentada, embora em sentido contrário aos interesses da parte, não se há de falar em violação do disposto no art. 5º, incisos LV e LXIX da Constituição do Brasil. **3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está alinhada no sentido de o advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria e difamação qualquer manifestação de sua parte no exercício dessa atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo de sanções disciplinares perante a Ordem dos Advogados do Brasil.** No caso concreto, o recorrente estava postulando na esfera administrativa em favor de seu cliente. De outra banda, a representação feita à Ordem dos Advogados foi arquivada, nos termos do § 2º do art. 73 da Lei n. 8.906/94. Recurso em habeas corpus provido para determinar-se o trancamento da ação penal.

(RMS 26975, Relator(a): EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 01/04/2008, DJe-152 DIVULG 14.8.2008 PUBLIC 15.8.2008 EMENT VOL-02328-02 PP-00281 LEXSTF v. 30, n. 360, 2008, p. 467-474) (grifei)

EMENTA: Advogado: imunidade judiciária: (CF art. 133; C.Penal., art. 142, I; EAOAB, art. 7º, § 2º): não compreensão do crime de calúnia. 1. O art. 133 da Constituição Federal, ao estabelecer que o advogado é "inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão", possibilitou fosse contida a eficácia desta imunidade judiciária aos "termos da lei". 2. Essa vinculação expressa aos "termos da lei" faz de todo ocioso, no caso, o reconhecimento pelo acórdão impugnado de que as expressões contra terceiro sejam conexas ao tema em discussão na causa, se elas configuram, em tese, o delito de calúnia: é que o art. 142, I, do C. Penal, ao dispor que "não constituem injúria ou difamação punível (...) a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador", criara causa de "exclusão do crime" apenas com relação aos delitos que menciona - injúria e difamação -, mas não quanto à calúnia, que omitira: a imunidade do advogado, por fim, não foi estendida à calúnia nem com a superveniência da L. 8.906/94, - o Estatuto da Advocacia e da

OAB -, cujo art. 7º, § 2º, só lhe estendeu o âmbito material - além da injúria e da difamação, nele já compreendidos conforme o C.Penal -, ao desacato (tópico, contudo, em que teve a sua vigência suspensa pelo Tribunal na ADInMC 1127, 5.10.94, Brossard, RTJ 178/67).

(HC 84446, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 23.11.2004, DJ 25-02-2005 PP-00027 EMENT VOL-02181-01 PP-00130 RTJ VOL-00192-03 PP-00974 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 439-449 RMDPPP v. 1, n. 4, 2005, p. 124-131) (grifei)

Sobre a atuação na condução da audiência de instrução:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO QUE FIGURA COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE VERIFICADA NO CASO CONCRETO. ATUAÇÃO DO JUIZ E ORDEM DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. ART. 212 DO CPP. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA APTA A AFASTAR A INCIDÊNCIA DE NORMA COGENTE E DE APLICABILIDADE IMEDIATA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ATUAÇÃO ATIVA E DE PROTAGONISMO DESEMPENHADA PELO JUÍZO A QUO NA INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. AFRONTA AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. COMPROMETIMENTO AO ACTUM TRIUM PERSONARUM. UTILIZAÇÃO DE DEPOIMENTOS COLHIDOS EM DESCOMPASSO COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA PARA FUNDAMENTAR O DECRETO CONDENATÓRIO. PREJUÍZO DEMONSTRADO. RÉU CUSTODIADO EM DECORRÊNCIA DE SENTENÇA ORA REPUTADA NULA. RESTITUIÇÃO AO STATUS LIBERTATIS QUE SE IMPÕE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA RECONHECER A NULIDADE DA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA A PARTIR DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO E DETERMINAR A IMEDIATA SOLTURA DO PACIENTE . (...) **3. O processo penal é instrumento de legitimação do direito de punir do Estado e, para que a intervenção estatal opere nas liberdades individuais com legitimidade, é necessário o respeito à legalidade estrita e às garantias fundamentais. 4. No que tange à oitiva das testemunhas em audiência de instrução e julgamento, deve o magistrado, em atenção ao art. 212 do CPP, logo após a qualificação do depoente, passar a palavra às partes, a fim de que produzam a prova, somente cabendo-**

Deve intervir em duas hipóteses: se evidenciada ilegalidade ou irregularidade na condução do depoimento ou, ao final, para complementar a oitiva, se ainda existir dúvida - nessa última hipótese sempre atuando de forma supletiva e subsidiária (como se extrai da expressão “poderá complementar”). 5. A redação do art. 212 é clara e não encerra uma opção ou recomendação. Trata-se de norma cogente, de aplicabilidade imediata, e portanto o seu descumprimento pelo magistrado acarreta nulidade à ação penal correlata quando demonstrado prejuízo ao acusado. 6. A demonstração de efetivo prejuízo no campo das nulidades processuais penais é sempre prospectiva e nunca presumida. É dizer, não cabe ao magistrado já antecipar e prever que a inobservância a norma processual cogente gerará ou não prejuízo à parte, pois desconhece quo ante a estratégia defensiva. 7. Demonstrado, no caso dos autos, iniciativa e protagonismo exercido pelo Juízo singular na inquirição das testemunhas de acusação e verificado que foram esses elementos considerados na fundamentação do decreto condenatório, forçoso reconhecer a existência de prejuízo ao acusado. (...)9. Habeas corpus concedido de ofício a fim de reconhecer a nulidade da ação penal originária a partir da audiência de instrução e julgamento e, como consequência, restituir a liberdade ao acusado, a fim de que responda solto à instrução da ação penal que deverá ser renovada.

(HC 202557, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 3.8.2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 10-08-2021 PUBLIC 12.8.2021) (grifei)

INTERROGATÓRIO – TESTEMUNHAS – ORDEM. Cabe ao juiz, na audiência de instrução e julgamento, observar o disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal, abrindo campo a que a inquirição de testemunhas seja feita pelas partes, podendo veicular perguntas caso necessário algum esclarecimento – inteligência do artigo 212 do Código de Processo Penal. PRISÃO PREVENTIVA – PRAZO – EXCESSO. Configurado o excesso de prazo da custódia preventiva, impõe-se a devolução da liberdade ao acusado. ORDEM – CORRÉUS – EXTENSÃO. Ante a identidade de situação jurídica, cabe estender a corréus ordem deferida em habeas corpus – artigo 580 do Código de Processo Penal.

(HC 161658, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 2.6.2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-235 DIVULG 23.9.2020 PUBLIC 24.9.2020) (grifei)

Evidente que processos relativos a crimes contra a dignidade sexual requerem o máximo cuidado e tato, contudo, vê-se que **o magistrado advertiu por diversas vezes o causídico (trinta e sete intervenções no total), bem como a vítima, que ali depunha como informante**, “quanto à impertinência de apresentar suas apreciações pessoais”, em conformidade com o artigo 213 do CPP.

Com todo o respeito, entendo que não houve qualquer desigualdade de tratamento entre as partes, com favorecimento ao defensor do réu. Tanto a vítima, como o advogado de defesa sofreram reprimendas e foram advertidos em diversas oportunidades, com o mesmo tom e com a mesma forma de expressão.

A meu sentir, descabe falar em tratamento grosseiro, desrespeitoso ou desfavorável à vítima, posto que basta assistir às gravações para notar que esta, por inúmeras vezes, por mais que fosse orientada, esclarecida e advertida, também insistia em trazer compreensões e convicções pessoais as quais nada interessavam ao processo ou ao ato processual que estava sendo praticado. Se em algum momento o requerido precisou adotar um tom mais incisivo, tal deveu-se justamente à insistente recusa também por parte da interroganda em observar as regras fixadas pelo próprio Código de Processo Penal. Isso de forma alguma significa conferir tratamento pior à vítima, mas sim agir para controlar uma inobservância reiterada ao que ordena a lei.

In casu, a acusação feita ao réu não se fundamentava apenas em provas técnicas, mas muito também nos depoimentos de [REDACTED]. Isso considerado, não é de se estranhar que o advogado do réu tentasse descredibilizar as alegações desta última, ainda mais quando a tese defendida pela defesa inclui os hábitos e as próprias posturas das partes. Nessa linha, os eventuais excessos cometidos pelo advogado devem ser repreendidos pelo magistrado que preside a audiência, **o que, de fato, ocorreu na presente hipótese, ainda que de forma pontual.**

No entanto, a linha que separa o exercício do direito de defesa do ataque à honra da vítima, em especial, nos crimes sexuais, nos quais frequentemente não há provas irrefutáveis, é tênue, e considerando esse aspecto, verifica-se que o magistrado repreendeu por diversas vezes, aquilo que, **no seu entendimento**, configurava excesso do advogado, ainda que não todas (e como esperada pela vítima), agindo, portanto, em consonância com os ditames legais, na busca pela apuração correta dos fatos.

É imperioso considerar, ainda, que naquele momento as audiências virtuais eram algo ainda muito novo e incipiente (julho de 2020).

A Resolução CNJ n. 313, que estabeleceu, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid -19, e garantir o acesso à justiça no período emergencial, data de 19.3.2020.

Já a Resolução CNJ n. 329, a qual primeiro regulamentou e estabeleceu critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Federal n. 6/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19, **foi editada em 30.7.2020.**

A pandemia de COVID-19 trouxe para todos um cenário desconhecido, imprevisível e extremamente desafiador, obrigando também a Justiça – e aqui estão incluídos os atores do sistema de justiça – a encontrar, de forma repentina e sem qualquer planejamento prévio, maneiras alternativas de continuar a desempenhar suas atividades, de uma maneira e com uma intensidade como nunca havia ocorrido antes.

Como se nota, entre a edição da primeira resolução deste Conselho sobre o funcionamento do Poder Judiciário durante a pandemia e as audiências de instrução que ora se examina decorreram aproximadamente 3 (três) meses – janela de tempo por demais exígua. **A Resolução n. 329, por sua vez, que viria a disciplinar a temática das audiências por videoconferência no processo penal é posterior às audiências de instrução realizadas pelo magistrado requerido!**

Não desconheço que, conforme informou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o PJSC-Conecta, sistema utilizado para o gerenciamento e realização de audiências e reuniões virtuais no âmbito do Poder Judiciário de Santa Catarina, permite que o juiz silencie o microfone de qualquer dos participantes, efetue pausas e até mesmo exclua da sala virtual quem não respeitar a autoridade ou faltar com o comportamento devido (Id 4497782, p. 32/33).

Ainda assim, julgo ser perfeitamente compreensível e justificável que não só o magistrado, como todos os envolvidos no ato processual tivessem dificuldades, reticências e receios com esse novo modelo de realização de audiências, implantado às pressas, por força dos fatos e da necessidade urgente, e sem planejamento, preparação e treinamento prévios.

Naquele momento, as dificuldades e dúvidas, é bom salientar, não diziam respeito apenas ao funcionamento e domínio das ferramentas de TI disponibilizadas pelos tribunais, mas também à eventual configuração de nulidades processuais em virtude do manejo equivocado das mesmas.

Tudo era incerto, nebuloso, estávamos todos cautelosos, em aprendizado, em um penoso período de adaptação forçada.

Repito: o normativo do CNJ que estabeleceu o regime de plantão extraordinário tinha, àquela altura, apenas três meses! A Resolução n. 329/2020, que cuidou das audiências no processo penal durante pandemia de Covid-19, ainda nem existia, somente seria editada depois do ato processual sob exame.

Parece-me injusto, desproporcional e demasiadamente rigoroso exigir que o juiz tivesse, naquele momento, pleno domínio da ferramenta de

videoconferências do seu tribunal e total confiança e segurança para utilizá-la, inclusive sob o aspecto das consequências para a validade do processo.

A par disso, registro que os procedimentos abertos junto aos órgãos correccionais competentes para apuração das condutas funcionais do Defensor Público que atuou na audiência como defensor de [REDACTED] Dr. [REDACTED], e do advogado do acusado, [REDACTED], foram ambos arquivados^[1] (Id. 4497746, fl. 2 e 4934248, fl. 2), o que reforça a falta de justa causa para instauração de PAD contra o requerido.

Se a Ordem dos Advogados do Brasil concluiu que a postura do causídico não merece reprimenda, como seria possível falar, então, em infração funcional por parte do magistrado? Se aquele que praticou ativamente as condutas analisadas foi absolvido, qual o motivo para instaurar-se processo administrativo disciplinar contra quem está sendo investigado por tê-las alegadamente tolerado (conduta passiva)? Parece-me evidente contrassenso.

Da mesma forma, se o próprio **defensor da vítima** pouco se insurgiu contra as intervenções do advogado do réu, atuando timidamente na audiência de instrução, e ainda assim restou eximido de qualquer punição disciplinar, parece-me não haver razoabilidade em julgar procedente esta revisão disciplinar.

A repercussão que o caso ganhou na mídia, a enxurrada de críticas a que foi submetido o requerido e a própria apuração administrativa dos fatos já tiveram, sem dúvida, enorme impacto negativo na vida privada e profissional do nobre magistrado, propiciando-lhe significativos constrangimentos e reflexões acerca de sua conduta.

Em minha compreensão, assiste razão à Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina quando pondera que

Não há, todavia, cogitar de falta disciplinar no caso, quando nada indica que o Reclamado pretendesse, deliberadamente, compactuar com as manifestações impertinentes do Advogado. Tampouco se identifica negligência em sua conduta (Resolução CNJ n. 135/2011, art. 4º). Com efeito, a análise das gravações das audiências não deixa dúvida de que a postura do Magistrado não exprime adesão ao comportamento do Advogado, senão um traço de sua personalidade. É pacato, ponderado, calmo, de espírito claramente pacificador. Características inclusive elogiáveis, que no mais das vezes auxiliam no desempenho da atividade judicante. (Id. 4497782, fl. 33).

Com efeito, não me parece que o requerido tenha conferido tratamento desigual às partes, nem tampouco se omitido em desempenhar os deveres a ele impostos pelos arts. 212, 213, 251 e 794 do Código de Processo Penal, 35, inciso I da Lei Orgânica da Magistratura Nacional e 3º, 9º e 20, *caput* do Código de Ética da Magistratura Nacional.

Fê-lo segundo o que julgou ser necessário, oportuno e proporcional, orientado pelo espírito pacato, ponderado, calmo e pacificador de que é visivelmente dotado. Notadamente não houve omissão ou tratamento desfavorável intencionais. Se para alguns sua atuação foi tibia e insuficiente, trata-se, como apontei anteriormente, de impressão e convicção pessoais e profundamente ligadas à subjetividade de cada qual, as quais não bastam para dar-se início a gravoso processo administrativo disciplinar.

Ademais, o Código de Ética da Magistratura, considerando o compromisso institucional com a excelência na prestação do serviço público de distribuir Justiça e o conseqüente fortalecimento da legitimidade do Poder Judiciário, estabeleceu diversos princípios a serem respeitados pelos membros deste último, em especial, **o da cortesia e da prudência**, os quais se **mostraram atendidos no presente caso pelo magistrado**:

Art. 22. O magistrado tem o **dever de cortesia** para com os colegas, os membros do Ministério Público, **os advogados, os servidores, as partes, as testemunhas** e todos quantos se relacionem com a administração da Justiça.

Parágrafo único. Impõe-se ao magistrado a **utilização de linguagem escoreita, polida, respeitosa e compreensível**.

[...]

Art. 24. O magistrado prudente é o que busca adotar comportamentos e decisões que sejam o resultado de juízo justificado racionalmente, após haver meditado e valorado os argumentos e contra-argumentos disponíveis, à luz do Direito aplicável.

Art. 25. Especialmente ao proferir decisões, **incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às conseqüências que pode provocar**.

Art. 26. **O magistrado deve manter atitude aberta e paciente** para receber argumentos ou críticas lançadas de forma cortês e respeitosa, podendo confirmar ou retificar posições anteriormente assumidas nos processos em que atua.

Já encaminhando-me para o final, são de meu conhecimento a substancial jurisprudência no sentido de que a abertura de processo disciplinar não exige conclusão definitiva quanto à conduta do magistrado, fazendo-se necessária apenas a presença da justa causa e também a recorrente aplicação do princípio *in dubio pro societate* em casos nos quais haja dúvida sobre a ocorrência ou não da conduta vedada.

Há que cuidar, contudo, para que, em função de um impulso de moralização, de um desejo de passar uma mensagem de rigor e de não complacência ou mesmo de uma vontade de demonstrar adesão a causas sociais legítimas, não incorrer na banalização desses conceitos e institutos e, por conseqüência, em violação a direitos e garantias com assento constitucional.

Os procedimentos prévios à instauração do processo administrativo disciplinar são o momento da acusação, sendo destinados à coleta de indícios **suficientes de autoria e materialidade. Isso é a justa causa.** A certeza da materialidade e da autoria levam à condenação; a dúvida razoável fundada em indícios suficientes leva à deflagração da persecução penal ou administrativa. Indícios insuficientes, com o máximo respeito, somente podem levar à rejeição e ao arquivamento da acusação.

O Estado Democrático de Direito e a Constituição Federal não permitem que se inicie persecução penal ou processo administrativo disciplinar com base em dúvida significativa, ancorada em elementos frágeis. O momento para a acusação construir sua tese e munir-se de elementos de prova é aquele prévio a estes. Uma vez aceita a peça acusatória, o protagonismo passa a ser da defesa – o que não significa que a acusação não poderá produzir suas provas, mas essas devem vir apenas para fortalecer sua tese e afastar qualquer dúvida quanto àquilo que já se alegava no início.

Dito de outro modo: não se pode admitir que o processo administrativo disciplinar seja utilizado para produzir provas que deveriam imperiosamente amparar a acusação desde a sua apresentação. A tese acusatória que não se sustenta quando do seu oferecimento e que necessita da dilação probatória em sede de PAD para reunir elementos suficientes a fundamentá-la jamais deveria dar ensejo à abertura da persecução disciplinar.

Não se deflagra procedimento administrativo disciplinar para construir e fortalecer a tese da acusação, tampouco para apurar se há elementos suficientes a ampará-la. Essa é aferição que se faz em momento anterior. Deflagra-se PAD para que a defesa tenha a chance de se manifestar e produzir suas provas. A acusação eventualmente também poderá obter elementos que venham a corroborar suas imputações – corroborar, dirimir qualquer dúvida, não embasar minimamente.

Nem se argumente que com o PAD poderão ser produzidas provas a demonstrar a prática dos ilícitos administrativos ou as teses da defesa. Todas as provas encontram-se nestes autos, inclusive a mais essencial: a gravação da audiência.

Responder a um processo administrativo disciplinar, tal como ocorre no processo penal, traz imensos ônus, desgaste e exposição para o requerido – daí porque a abertura do mesmo há de ser orientada sempre pelo máximo cuidado e precedida da existência comprovada de relevantes fundamentos e indícios.

Flexibilizar essa exigência implica expor demasiadamente a parte requerida (a qual ao final poderá comprovar-se inocente) com base em uma acusação débil, ancorada em elementos reduzidos. Implica retirar da acusação um dever que é dela por definição. Implica usar um momento procedimental que seria da defesa para procurar robustecer uma acusação que já deveria ser robusta desde o princípio. Implica utilizar o PAD para uma função que não é a dele. Implica

contrariar frontalmente os princípios da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa.

A corroborar a posição ora defendida, colaciono julgados do Superior Tribunal de Justiça e deste Conselho:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ABERTURA DE SINDICÂNCIA. DIREITO-DEVER D ADMINISTRAÇÃO. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA SUPERIOR A PATRIMÔNIO E RENDA DECLARADOS. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES. JUSTA CAUSA. ORDEM DENEGADA.

1. A abertura de sindicância constitui direito-dever da Administração que, em tese, não fere direito líquido e certo do servidor. Inteligência do art. 143 da Lei 8.112/90 e art. 11, inc. II, da Lei 8.429/92.

2. Tendo em vista os princípios da boa-fé e da segurança jurídica e, ainda, a repercussão negativa na esfera funcional, familiar e pessoal do servidor público, mostra-se indispensável a necessidade de justa causa para a abertura de sindicância ou processo disciplinar.

3. Havendo indícios de que a movimentação financeira de servidor público mostra-se incompatível com a renda e patrimônio declarados, cabe à autoridade competente apurar a suposta irregularidade, porquanto dela pode originar a prática de ilícito administrativo.

4. Segurança denegada.

(MS n. 10.442/DF, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 24.8.2005, DJ de 26/9/2005, p. 172.)
(grifei)

RECURSO ADMINISTRATIVO EM RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS DA PRÁTICA DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1. Inexistindo, nas razões recursais, qualquer elemento novo capaz de alterar o entendimento adotado, a decisão monocrática combatida deve ser mantida.

2. A instauração de procedimento de natureza disciplinar contra magistrado deve ser precedida de rigoroso exame de

admissibilidade, processando-se somente aqueles casos em que se evidencie desvio de conduta ou falta funcional cometida por má-fé, dolo ou fraude, o que não foi demonstrado no caso concreto.

3. A ausência de comprovação de infringência aos deveres funcionais dos magistrados conduz necessariamente ao arquivamento da presente reclamação disciplinar por ausência de justa causa.

4. Recurso conhecido, uma vez que tempestivo, mas a que, no mérito, se nega provimento.

(CNJ - RA – Recurso Administrativo em RD - Reclamação Disciplinar - 0005217-19.2021.2.00.0000 - Rel. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - 98ª Sessão Virtual - julgado em 17.12.2021) (grifei)

RECURSO ADMINISTRATIVO EM RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR. ATUAÇÃO CIRCUNSCRITA AOS LIMITES DA JURISDIÇÃO. PROVIDÊNCIA DE NATUREZA JUDICIAL. INADEQUAÇÃO. MATÉRIA JURISDICIONAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA.

1. O fundamento para se afirmar que a atuação do magistrado na condução de demanda judicial detém relevância correccional não se submete aos critérios subjetivos e passionais das partes, mas sim se o comportamento está fora do limite do razoável e se revela incompreensível dentro do ambiente de racionalidade do sistema.

2. A solução de eventual equívoco jurídico incorrido pelo julgador na condução do processo ou providência jurídica relacionada à demanda deve ser buscada na jurisdição, e não na via correccional.

3. A natureza exclusivamente administrativa das atribuições conferidas ao Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, § 4º, da CF/88) impede que este aprecie questão discutida em sede jurisdicional.

4. Ausência de comprovação de infringência aos deveres funcionais do magistrado.

Recurso administrativo improvido.

(CNJ - RA – Recurso Administrativo em RD - Reclamação Disciplinar - 0006364-51.2019.2.00.0000 - Rel. HUMBERTO MARTINS - 62ª Sessão Virtual - julgado em 27.3.2020) (grifei)

RECURSO ADMINISTRATIVO EM RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. PARCIALIDADE DO MAGISTRADO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. ATO JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA VIA CORRECIONAL. VIOLAÇÃO DE RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR. RECURSO DESPROVIDO.

1. Inexiste justa causa para o prosseguimento de reclamação disciplinar quando não há comprovação de interesse escuso de magistrado para atuar de forma parcial na condução de processo, não se individualiza sua conduta nem se distingue conduta dita infracional de ato meramente jurisdicional.

2. A insurgência contra ato jurisdicional, por si só, não é suficiente para justificar o controle disciplinar. Para tanto, é necessária a demonstração de conduta dolosa ou inércia grave do magistrado, enquadrando-as nos tipos administrativos previstos na Lei Orgânica da Magistratura.

3. A violação de resolução de tribunal que se mostre insignificante não enseja a aplicação de punição administrativa a magistrado.

4. Recurso administrativo desprovido.

(CNJ - RA – Recurso Administrativo em RD - Reclamação Disciplinar - 0007450-62.2016.2.00.0000 - Rel. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA - 49ª Sessão Extraordinária - julgado em 14.8.2018) (grifei)

O fato é que o requerido não se furtou a desempenhar o papel de conduzir e controlar a audiência, nos moldes como previsto no Código de Processo Penal, com independência e serenidade, e tampouco descumpriu os deveres de urbanidade e de conferir tratamento igualitário às partes. Reprimiu, por diversas vezes, intervenções atentatórias à boa-fé processual, tanto por parte da interroganda, como parte do advogado de defesa e atuou, segundo seu entendimento e temperamento, para resguardar a dignidade da vítima, não só por meio de advertências, como pela própria ameaça de suspensão do ato processual (Id. 4497866, 3min30s).

Portanto, da análise dos documentos constantes da presente Revisão Disciplinar depreende-se que a questão foi adequadamente tratada na origem,

sendo satisfatórios os esclarecimentos prestados sobre a apuração dos fatos, não havendo justa causa para a instauração de Processo Administrativo Disciplinar contra o magistrado, o que afasta a necessidade de atuação do CNJ no caso.

Ante o exposto, pedindo vênias ao eminente Relator, **VOTO** pela **IMPROCEDÊNCIA** da Revisão Disciplinar, com a consequente não instauração de Processo Administrativo Disciplinar em desfavor do requerido.

Conselheiro **RICHARD PAE KIM**

[1] Ressalte-se, porém, que a informação referente ao arquivamento do procedimento aberto contra o advogado foi dada pelo magistrado requerido que, embora requerida cópia da decisão do Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho Seccional de Santa Catarina da Ordem dos Advogados do Brasil (Id. 4934248, fl. 3), foi indeferida pelo e. Relator da presente Revisão Disciplinar (Id. 4935975).