



EXCELENTÍSSIMO SENHOR **MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI**, DIGNÍSSIMO RELATOR DA **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 5070**.

O **INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM)**, entidade de âmbito nacional não governamental sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ sob o n.º 68.969.302/0001-06, com sede na cidade de São Paulo/SP, Rua Onze de Agosto, n.º 52, Centro, São Paulo, admitido como *amicus curiae* nesta ação constitucional ajuizada pela Procuradoria Geral da República, tem a honra de dirigir-se ao Supremo Tribunal Federal para apresentar, nos seguintes termos, sua parcela de contribuição à solução da controvérsia:

I. DELIMITAÇÃO DO OBJETO

A Procuradoria-Geral da República afirmou que está convencida da inconstitucionalidade parcial da Lei Complementar n.º 1.208/2013, na redação da Lei Complementar 1.214, de 29.10.2013, ambas do Estado de São Paulo, mas submeteu-a por inteiro ao exame do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual transcrevemos abaixo na íntegra:

“Artigo 1º - Ficam criados o Departamento Estadual de Execuções Criminais, ao qual serão vinculadas as unidades prisionais do Estado, e o Departamento Estadual de Inquéritos Policiais, perante o qual tramitarão os inquéritos policiais.



§ 1º - Os Departamentos funcionarão por meio de unidades regionais, a serem instaladas nas 10 (dez) sedes administrativas do Tribunal de Justiça, observado o critério de maior volume de processos, por ato do Órgão Especial do Tribunal de Justiça.

§ 2º - Lei específica disporá sobre a criação de novas unidades ou extinção daquelas criadas por esta lei.

§ 3º - O Conselho Superior da Magistratura designará os juízes que atuarão no Departamento Estadual de Execuções Criminais e no Departamento Estadual de Inquéritos Policiais, bem como o corregedor permanente de presídios em cada unidade regional e o corregedor permanente da polícia judiciária mediante inscrição dos juízes interessados, observado o histórico profissional.

§ 4º - Caberá ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça, mediante proposta do Conselho Superior da Magistratura, vincular as unidades prisionais do Estado às Varas competentes para conhecer das execuções criminais e, após sua instalação, às Unidades Regionais do Departamento Estadual de Execuções Criminais.

§ 5º - A vinculação atual das unidades prisionais às Varas competentes para conhecer das execuções criminais permanecerá vigente até a absorção do sistema pela nova estrutura.

§ 6º (vetado)

§ 7º - Os processos de execuções criminais iniciados após a vigência desta lei, de novos executados, serão processados exclusivamente no ambiente digital e distribuídos às unidades regionais.

§ 8º - Os processos de execuções criminais em curso perante as varas especializadas permanecerão nas varas em que estão tramitando até sua conclusão.

§ 9º - Os inquéritos policiais instaurados após a instalação do Departamento Estadual de Inquéritos Policiais serão distribuídos às respectivas unidades regionais na forma exclusivamente digital.



Artigo 2º - Para atender às unidades dos Departamentos previstos no “caput” do artigo 1º desta lei, ficam criados os respectivos Ofícios Judiciais, com os seguintes cargos no Subquadro de Cargos Públicos do Quadro do Tribunal de Justiça:

I - 5 (cinco) cargos de Diretor, referência XII, da Escala de Vencimentos – Cargos em Comissão, mediante nomeação de servidor do quadro de pessoal;

II - 40 (quarenta) cargos de Coordenador, referência X, da Escala de Vencimentos – Cargos em Comissão, mediante nomeação de servidor do quadro de pessoal;

III - 40 (quarenta) cargos de Supervisor, referência VIII, da Escala de Vencimentos – Cargos em Comissão, mediante nomeação de servidor do quadro de pessoal;

IV - 80 (oitenta) cargos de Chefe de Seção Judiciário, referência VI, da Escala de Vencimentos – Cargos em Comissão, mediante nomeação de servidor do quadro de pessoal;

V - 400 (quatrocentos) cargos de Escrevente Técnico Judiciário, referência V, da Escala de Vencimentos – Cargos Efetivos – Jornada de 40 Horas Semanais.

Artigo 3º - Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação.”

Não obstante a validade da Resolução 617/2013 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo dependa da existência de um diploma legislativo o qual regulamenta – portanto a declaração de inconstitucionalidade da LC/SP 1208 retira eficácia da Resolução – a Procuradoria-Geral da República também impugnou a constitucionalidade do referido regulamento, o qual segue abaixo transcrito:

“Art. 1º. Juízes de todas as entrâncias poderão se inscrever para atuar nas Unidades Regionais do Departamento Estadual de Execuções Criminais, ainda que de bases territoriais diversas daquela em que exerçam a sua jurisdição.

Art. 2º. O Conselho Superior da Magistratura tornará pública a existência de vaga para atuar em Unidade Regional do Departamento Estadual de Execuções Criminais, por meio de edital com prazo de 10 dias.

Art. 3º. No requerimento de inscrição, o juiz declarará não ter autos conclusos fora de



prazo, não ter dado causa a adiamento injustificado de audiência e, se desejar, relatará o seu histórico profissional.

§ 1º. Se detiver processos além do prazo legal, o juiz, no ato de inscrição, deverá justificar o excesso e prestar esclarecimentos ao Conselho Superior da Magistratura.

§ 2º. Considera-se histórico profissional, para os fins do art. 1º, § 3º, da Lei Complementar nº 1.208/2013, todos os fatos, informações e atividades relacionadas à vida funcional do juiz, tais como desempenho, produtividade, presteza no exercício das funções, aperfeiçoamento técnico durante a carreira, adequação da conduta ao Código de Ética da Magistratura Nacional, elogios ou penas disciplinares anotados em seu prontuário e contribuição para o desenvolvimento do Poder Judiciário.

§ 3º. O exercício da jurisdição, pretérito ou atual, na área de execuções criminais, embora não constitua requisito indispensável, será considerado na avaliação do histórico profissional.

Art. 4º. Após o encerramento do prazo do edital e ouvida a Corregedoria Geral da Justiça, o Conselho Superior da Magistratura publicará a lista dos inscritos, iniciando-se o prazo de três dias para reclamação do juiz sobre a exclusão do seu nome.

Art. 5º. Julgadas as reclamações, o Conselho Superior da Magistratura designará os juízes para atuar em Unidades Regionais do Departamento Estadual de Execuções Criminais, pelo prazo de dois anos.

§ 1º. O Conselho Superior da Magistratura formará, observado o art. 3º desta Resolução, relação de suplentes para atuar nas hipóteses de férias, licenças ou afastamentos de qualquer natureza dos juízes designados.

§ 2º. Cessará a designação, antes do término do biênio previsto no “caput”, a pedido do próprio juiz ou por motivo de relevante interesse público, a critério do Conselho Superior da Magistratura, mediante decisão fundamentada, ouvida previamente a Corregedoria Geral da Justiça.

Art. 6º. A atuação dos juízes nas Unidades Regionais do Departamento Estadual de Execuções Criminais será avaliada, antes do término do biênio a que alude o art. 5º desta Resolução, pelo Conselho Superior da Magistratura, que, ouvida previamente a



Corregedoria Geral da Justiça, poderá, a seu critério e desde logo, renovar a designação.

Art. 7º. Os juízes do Departamento Estadual de Execuções Criminais, a critério da Presidência do Tribunal de Justiça e observado o volume de processos digitais sob sua jurisdição, poderão officiar nas suas varas de origem ou ser designados para Varas de Execuções Criminais de competência privativa ou cumulativa.

Art. 8º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.”

A Procuradoria-Geral da República identificou duas grandes violações constitucionais nos referidos diplomas, uma respeitante à violação da garantia do acesso à justiça, com a concepção centralizadora que informa a criação do Departamento Estadual de Execução Criminal e do Departamento Estadual de Inquérito Policial, outra na violação da garantia do Juiz Natural com a forma de provimento dos referidos Departamentos.

Portanto, não obstante haja uma série de importantes questões de natureza constitucional a serem analisadas por este Egrégio Tribunal, o postulante firmará sua contribuição especificamente quanto à violação do direito fundamental à imparcialidade judicial.

Impossível dissociar esta análise das seguintes indagações:

- (i) A garantia de imparcialidade é um direito fundamental que integra o sistema de garantias processuais brasileiro?
- (ii) Qual a relação entre a garantia do Juiz Natural e a imparcialidade do julgador?
- (iii) Qual a relação entre a garantia da inamovibilidade e a imparcialidade?
- (iv) Essas garantias se aplicam à pessoa do juiz ou apenas ao órgão judiciário?



(v) A criação do Departamento Estadual de Execução Criminal e do Departamento Estadual de Inquérito Policial com a regulação da forma de provimento dos órgãos viola essas garantias?

Enfrentemos, então, cada uma destas questões.

II. A IMPARCIALIDADE DO JUIZ COMO INTEGRANTE DO SISTEMA DE GARANTIAS PROCESSUAIS BRASILEIRO

A imparcialidade é de tal forma intrínseca à função jurisdicional, que raramente se questiona sobre sua previsão expressa no âmbito dos ordenamentos nacionais. Dificilmente seria possível conceber um juiz parcial, quiçá pudesse a expressão ser mesmo considerada uma contradição nos próprios termos, pois ou qualificamos determinado sujeito como *parte* ou como *juiz*, sendo, pois, conceitual ou definidora a relação que liga o juiz à imparcialidade.

No âmbito dos paradigmas firmados a respeito dos direitos humanos é corrente a previsão de que toda pessoa tem direito a ser julgado por um juiz imparcial, como ocorre no artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no artigo 14.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, no artigo 26.2 da Declaração Americana dos Direitos Humanos, no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 6.1 do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais e artigo 47 da Carta de Direitos Fundamentais da Europa.

Consequentemente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos vêm se pronunciando sobre o tema, bem como contribuindo para a construção de entendimentos sobre os problemas que afetam à imparcialidade.



Todavia, nossa Constituição não assegura expressamente o direito a ser julgado por um juiz imparcial, sendo comum que a doutrina afirme tratar-se de “*uma garantia constitucional implícita*”¹, não apenas em razão da questão conceitual antes afirmada, mas sobretudo porque o conjunto de garantias processuais forjadas pela Constituição pressupõe fundamentalmente a imparcialidade judicial e restaria inviabilizado pela sua não adoção.

É inegável, de outro lado, que alguns diplomas internacionais aderidos ao ordenamento nacional asseguram de forma expressa o direito a ser julgado por um juiz imparcial.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, teve seu texto aprovado no âmbito interno do Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 226/91, depositada a Carta de Adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em 24 de janeiro de 1992, entrou em vigor no dia 24 de abril de 1992 e foi promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Em seu artigo 14.1, dispõe o seguinte:

“Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exigir, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais

¹ BADARÓ, Gustavo. **Juiz Natural no processo penal**. São Paulo: RT, 2014, p. 30.



a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.” (grifamos)

Ademais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978, o governo brasileiro depositou a carta de adesão em 25 de setembro de 1992, mesmo dia em que entrou em vigor no Brasil e foi promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Seu artigo 8.1 assim dispõe:

“Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” (grifamos)

Portanto a primeira questão, da qual não podemos nos furtar, é a forma de adesão destes instrumentos ao ordenamento brasileiro e o *status* por eles ocupado.

O Poder Constituinte brasileiro optou por adotar um modelo constitucional aberto, o que decorreu da proposta feita por Antonio Augusto Cançado Trindade, então Consultor do Itamaraty, à Assembleia Nacional Constituinte que deu origem à previsão constitucional brasileira de 1988 do §2º do artigo 5º, durante sua exposição intitulada *“Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional”*, à Subcomissão dos



Direitos e Garantias Individuais na 5ª Reunião de Audiência Pública realizada em 29 de abril de 1987².

Este não é, todavia, o entendimento jurisprudencial que vem prevalecendo. Mesmo a introdução do § 3º no artigo 5º, que permitiu a equiparação dos tratados sobre direitos humanos aprovados com quórum especial nas duas casas do Congresso à emenda constitucional, não encerrou a controvérsia, pois que não resolvia o problema das normas internacionais que foram aderidas ao ordenamento por aprovação com quórum simples antes da inclusão do referido parágrafo.

Essa Egrégia Corte se dividiu entre a natureza supralegal das normas internacionais sobre direitos humanos e a constitucionalidade das mesmas, que comporiam um bloco de constitucionalidade com normas formal e materialmente constitucionais. O RE 466.343, o RE 349.703 e o HC 92.566, todos julgados no dia 03 de dezembro de 2008, nos quais se decidiu sobre a impossibilidade da prisão do depositário infiel, foram fundamentais para adotar, por maioria apertada, o entendimento da *supralegalidade* das normas internacionais de direitos humanos.

Seria, todavia, demasiado simplificador afirmar que para a corrente que adota a tese da supralegalidade dos tratados e convenções de direitos humanos, o direito a ser ouvido e julgado por um juiz imparcial não é matéria de proteção constitucional, vez que não previsto no texto da Constituição e não aceita hipótese de um bloco de constitucionalidade constituído por normas materialmente constitucionais.

² BRASIL. *Assembleia Nacional Constituinte (Atas das Comissões)*, v. 1-C, p.96/97. Disponível em: <www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente>. Acessado em 08 de agosto de 2013.



De outro ponto, poderia se invocar a necessidade da sempre pertinente revisitação do tema por esse Pretório. Em primeiro lugar porque a dinâmica teórica implica reavaliação prática do temário jurídico. Em segundo lugar, porque a composição da Suprema Corte quando do julgamento de 03 de dezembro de 2008 não perfilou entendimento pacífico, mas circunstancialmente majoritário.

No entanto, há outra questão que deve ser avaliada, que trata da previsão constitucional de direitos, cuja existência está vinculada à proteção da própria imparcialidade como valor maior.

Para adiantar a questão que será melhor abordada a seguir, cumpre apenas esclarecer que a garantia do Juiz Natural, *exempli gratia*, é um dos mecanismos de envergadura constitucional previstos para assegurar a imparcialidade³. Há diversos doutrinadores para quem a imparcialidade é também indissociável do princípio do devido processo⁴.

Decorreriam daí duas possibilidades para além da própria admissão de existência um bloco de constitucionalidade: admitir que a imparcialidade é constitucionalmente tutelada pela previsão de proteção a garantias subsidiárias ou reconhecer que o “*princípio da prevalência dos direitos humanos*” prevista expressamente no artigo 4º, II, da Constituição implica necessidade de proteção constitucional de qualquer direito ou garantia que faça prevalecer o interesse da pessoa em detrimento do exercício do poder estatal, independentemente da natureza da norma.

³ BADARÓ, Gustavo. Op. cit., p. 33.

⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 232.



Do contrário estar-se-ia admitindo a paradoxal proteção constitucional a uma garantia subsidiária, ao passo que a garantia principal não gozaria desta proteção.

Portanto, seja por admitir (1) que as garantias previstas nos tratados e convenções de direitos humanos são normas *materialmente constitucionais* à luz do § 2º do art. 5º da Constituição, formando um bloco de constitucionalidade (o que implicaria revisitação do tema quanto à hierarquia das normas); ou (2) que a imparcialidade é uma garantia constitucional implícita e necessária, na medida em que a Constituição tutelou formalmente garantias subsidiárias; ou (3) que há um princípio constitucional expressamente previsto no artigo 4º, II da Carta, cujo conteúdo é a necessidade de dar prevalência aos direitos humanos, que, portanto, se converte em regra de interpretação obrigatória para os tribunais pátrios, e consiste na necessidade de aplicar a norma mais benéfica à pessoa humana independente de hierarquia da norma; deve ser reconhecida a constitucionalidade da garantia da imparcialidade.

III. A IMPARCIALIDADE E OS MECANISMOS PARA SUA PROTEÇÃO

A acumulação das funções de acusar e julgar, que decerto estão na essência do sistema inquisitório, não são sua única característica. A infalibilidade do inquisidor, fundamento que o investia de poderes para alcançar a verdade – equiparada à realidade –, implicava na inevitável assunção de uma posição ativa no processo.

A modernidade alterou pouco esse quadro, veja-se que não por outro motivo Le Goff teorizou sobre a longa Idade Média, para quem o Renascimento rompe com o período Carolíngio, mas é ainda propriamente medievo, atribuindo a ruptura do período feudal à Revolução Industrial e à formação do sistema capitalista⁵. Baschet⁶

⁵ LE GOFF, Jaques. **Uma longa Idade Média**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

⁶ BASCHET, Jérôme. **A civilização feudal: do ano 1000 a colonização da América**. Tradução Marcelo Rede. São Paulo: Globo, 2006.



vai mais além, e relaciona a colonização das Américas à Ibéria feudal, estabelecendo um vínculo antes não objeto de uma metodológica pesquisa.

Foi a Ilustração que, de fato, iniciou a ruptura de laços com o absolutismo e ao atribuir ao juiz o papel de *buche de la lois* pela pena de Montesquieu no pensamento filosófico político do *Espírito das Leis*⁷ de divisão de poderes e de Beccaria com sua filosofia humanista penal em *dos Delitos e das Penas*⁸, que se estabeleceram as bases para uma compreensão de imparcialidade como garantia e limitação do exercício arbitrário do poder.

A imparcialidade, ainda no influxo das ideias do racionalismo iluminista, se confundia com *neutralidade* e encontrou campo fecundo do puro empirismo do método positivista de Comte⁹, porquanto enquanto o campo da experiência sensível é a única forma de conhecimento válido, não resta espaço para subjetividades.

Entretanto não foram poucos os filósofos que colocaram em xeque a neutralidade do ato de conhecer. Mesmo no campo das ciências, Husserl¹⁰ elabora o método fenomenológico, fundando o conhecimento na relação entre o objeto e aquele que o percebe. Heidegger, antigo pupilo de Husserl¹¹, em *Ser e Tempo*¹², insere o ser no mundo e insere a interpretação no seu método cognitivo.

⁷ MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Muracho. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁹ COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva**. Tradução José Arthur Giannotti. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

¹⁰ HUSSERL, Edmund. **Meditações cartesianas: Introdução à fenomenologia**. São Paulo: Madras, 2001.

¹¹ Husserl era nascido de família judia, apesar de batizado como luterano, e Heidegger filiou-se ao partido nazista. Em 1933 foi Heidegger, como reitor da Universidade de Freiburg, que comunicou a Husserl sua demissão.

¹² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte 1. Petrópolis: Vozes, 1999.



Importante também foi o papel desempenhado pela filosofia da linguagem, que deu origem à filosofia analítica, em especial à filosofia da linguagem comum, que contribuiu para a compreensão da necessidade de interpretação dos significados da comunicação cotidiana.

Evitando uma digressão, mas situando as premissas, Foucault¹³ abordou a relação entre poder e conhecimento, introduzindo a análise do controle social e o papel das instituições sociais, de maneira que certas formas de verdade podem ser definidas a partir da prática penal, e não o contrário.

Assim é que o juiz enquanto praticante de uma atividade neutra é um mito, de tal sorte que a imparcialidade não pode ser assim conceituada.

Julgar é ato de conhecer e decidir. Conhecer implica interpretar, atividade que introduz todas as experiências pessoais na própria coisa, fato ou enunciado a ser conhecido. É um ato valorativo e subjetivo.

O que caracteriza o ato de julgar, que é a própria subjetividade, não pode ser afastado do julgador. Portanto, a exigência de neutralidade rompe com a natureza humana do julgador.

De outro ponto, o ato de julgar tem como método o ato de conhecer para depois decidir, de maneira que se a decisão se antecipa ao conhecimento há um pré-julgamento e é precisamente isso que afasta a imparcialidade do julgador.

¹³ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Puc-Rio, 2003.



Destarte, há dois requisitos necessários à manutenção da imparcialidade: (1) a inexistência de relação entre o julgador e todos aqueles que tenham interesse no resultado do seu ato; (2) o julgador deve colocar à disposição dos interessados todas as informações possíveis que garantam a inexistência de um pré-julgamento.

Em interessante estudo sobre a imparcialidade objetiva, Guerrero Palomares classifica a imparcialidade em *objetiva* e *subjetiva*, tendo em conta estes critérios:

“El análisis subjetivo de la imparcialidad del Juez se refiere a la exigencia de que el tribunal esté libre de prejuicios sobre el asunto (ya provengan de un contacto personal con las partes o de un contacto con el objeto del proceso), y el segundo análisis, objetivo, requiere que existan suficientes garantías que excluyan las dudas legítimas sobre la existencia de aquellas prevenciones o prejuicios; o lo que es lo mismo, que no consten datos objetivos que puedan hacer dudar a las partes sobre la legitimidad del tribunal.”¹⁴

Tanto para que não exista uma relação entre o julgador e o interessado no julgamento, bem como para que o julgador pareça livre de pré-juízos, é necessário que o mesmo seja independente. Segundo Giacomolli *“a dependência ou independência poderá influir no nível de comprometimento da tutela jurisdicional prestada pelos juízes e pelos tribunais, com as partes e com a comunidade jurídica.”¹⁵*

A independência de regra é tratada pelos instrumentos internacionais em conjunto com a imparcialidade, mas não se estabelece uma relação direta entre os dois conceitos pelas normas protetivas. Observe-se a previsão de cada tratado ou convenção:

¹⁴ GUERRERO PALOMARES, Salvador. **La Imparcialidad Objetiva del juez penal: Análisis jurisprudencial y valoración crítica**. Navarra: Aranzadi, 2009, p. 36.

¹⁵ GIACOMOLLI, Nereu. Op. cit., p. 233.



*“Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal **independente e imparcial** (...)”* (artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem – 1948 – grifo nosso)

*“Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal **independente e imparcial** (...)”* (artigo 6.1 do Convênio Europeu para proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais – 1950 – grifo nosso)

*“Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal **independente e imparcial** (...)”* (artigo 47º da Carta de Direitos Fundamentais da Europa – inicialmente em Nice 2000 – grifo nosso)

*“Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal **competente, independente e imparcial** (...)”* (artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – 1967 – grifo nosso)

*“Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal **competente, independente e imparcial** (...)”* (artigo 14 da Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – 1966 – grifo nosso)

O único instrumento que fala apenas em *imparcialidade*, não em *independência*, é a Declaração Americana de Direitos do Homem, *in verbis*:

*“Toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser ouvida em uma forma **imparcial** e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas.”*



(artigo 26º da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem – 1948 – grifo nosso)

Não é difícil verificar, todavia, que em todos os outros instrumentos citados, “*independente e imparcial*” qualifica o termo “*tribunal*” ou “*juiz ou tribunal*”, ao passo que na Declaração Americana de Direitos do Homem o termo *imparcial* é utilizado para caracterizar a forma pela qual a pessoa acusada de um delito deve ser ouvida, e não o órgão que ouvirá ou julgará.

Aliás, a previsão de independência e da imparcialidade sempre em conjunto, não as identifica com um conceito único, tampouco as afasta como estancos características do julgador. Para Giacomolli “*embora haja inter-relação entre independência e imparcialidade, aquela se relaciona com o poder e esta com os julgamentos, com a tutela jurisdicional criminal prestada em cada caso penal, em sua dinamicidade processual.*”¹⁶

É viável admitir-se um conceito de independência como relacionado aos influxos políticos das relações de poder do Estado. Veja que Zaffaroni¹⁷ classifica a independência judicial em *independência da magistratura* e *independência do juiz*. A primeira implica autonomia em relação ao governo, ao passo que a independência do juiz pode ser interna e externa.

Para Gustavo Badaró a independência pode ser *externa* ou *interna*. A independência externa é a independência do Poder Judiciário em relação aos demais

¹⁶ GIACOMOLLI, Nereu. Op. cit., p. 233.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Estructuras judiciales**. Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 103.



Poderes, ao passo que a independência interna “...é a independência de cada um dos juízes perante os demais órgãos do próprio poder a que pertencem.”¹⁸

Fato é que a independência, por si só, de nada serve, a não ser alcançar a finalidade última de assegurar ao julgador as condições para realizar o seu ato, razão pela qual independência e imparcialidade não se confundem, mas a primeira é condição necessária para a segunda¹⁹.

André Machado Maya, assumindo expressamente a ideia de aproximação entre valor e princípios, deixa claro que “a imparcialidade apresenta-se como um valor capital da função jurisdicional a ser observado e realizado pelos magistrado como condição de legitimidade tanto da atividade jurisdicional quanto da decisão judicial”²⁰, por isso, adotando o entendimento de Aragonese Alonso, a classifica como *princípio supremo do processo*.

Ferrajoli, por sua vez, entende que a imparcialidade “...tem sua justificação ético-política nos dois valores – a perseguição da verdade e a tutela dos direitos fundamentais...”²¹, porém não caracteriza a independência como condição necessária à imparcialidade, que, por sua vez, apresenta três perfis: (1) *equidistância*, caracterizado como o afastamento do juiz dos interesses das partes em causa; (2) *independência*, caracterizada pela sua exterioridade ao sistema político e em geral a todo sistema de poderes; (3) *naturalidade* “...à determinação de sua designação e à

¹⁸ Op. cit., p. 25. Tornaghi chamou o que Badaró denomina *independência externa* de *independência funcional* (vide TORNAGHI, Helio. **Instituições de processo penal**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 292).

¹⁹ Vários autores assim compreendem. Vide BADARÓ, Gustavo. Op. cit. e UBERTIS, Giulio. **Principi di procedura penale europea: Le regole del giusto processo**. Milano: Raffaello Cortina, 2009.

²⁰ MAYA, André. **Imparcialidade e processo penal: Da prevenção da competência ao juiz de garantias**, p. 115. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 534.



determinação das suas competências para escolhas sucessivas à comissão do fato submetido ao seu juízo.”²²

De acordo com o professor de Roma Tre, há necessidade de se estabelecerem garantias orgânicas para estes três perfis de imparcialidade do juiz, que consistem em separações: a *equidistância* requer a separação do juiz da acusação pública; a *independência* requer a separação institucional dos outros poderes; e a *naturalidade* requer exclusivamente a sua separação de autoridades comissionadas ou delegadas de qualquer tipo e a predeterminação exclusivamente legal das suas competências.

Admitindo-se a lição de Ferrajoli, sem preocupar-nos com a ordem por ele exposta, pode-se dizer que há mecanismos que asseguram todos os referidos perfis: a garantia do Juiz Natural, a vitaliciedade, a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos, as regras de definição da competência, a incompatibilidade, o impedimento e a suspeição.

Observe-se que Ferrajoli expande o conceito de imparcialidade e inclui, entre os três perfis que a configuram, a independência. Para Badaró, todavia, “*a independência judicial é condição necessária para que por esta possa se manifestar a imparcialidade*”, de tal sorte que a primeira não compõe essencialmente esta, mas é sua *conditio sine qua non*.

Tornaghi²³ classifica as garantias em *garantias do cidadão* e *garantias do juiz*. As *garantias do cidadão* são as proibições de foro privilegiado e de tribunal de exceção, bem como a garantia do Juiz Natural. São *garantias do juiz* a independência dos demais poderes e dos demais órgãos do judiciário, bem como a vitaliciedade, a

²² Ferrajoli, Luigi. Idem, ibidem.

²³ TORNAGHI, Hélio. Op. cit., pp. 290/293.



inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos a que chama de “*penhor da independência dos juízes*”²⁴.

Embora não enquadre a incompatibilidade, o impedimento e a suspeição entre as garantias do cidadão ou do juiz, Tornaghi²⁵ afirma que são condições para a imparcialidade, o que Maya chama de “*regras protetivas da imparcialidade*”²⁶.

Fato é que todos os mecanismos acima citados se prestam, em última análise, para assegurar a imparcialidade judicial, garantia maior de um processo penal democrático e humano, por isso a importância na abordagem da garantia da imparcialidade neste memorial.

Não se trata, entretanto, de uma lista exauriente das garantias para assegurar um julgamento imparcial, basta verificar que a proibição da iniciativa probatória do juiz implica aprofundamento desta discussão, mas com a diferença de que os institutos aqui elencados se prestam a garantir a imparcialidade *a priori*, ou seja, antes da própria atuação do magistrado no caso concreto.

Ao nosso caso interessam a garantia do Juiz Natural e a prerrogativa da *inamovibilidade*, sobre o que nos debruçaremos a seguir.

IV. A GARANTIA DO JUIZ NATURAL

No dizer de Tornaghi, o Juiz Natural é o *juiz preconstituído*²⁷. É necessário, todavia, compreender a extensão dessa afirmação.

²⁴ TORNAGHI, Hélio. Idem, p. 293.

²⁵ TORNAGHI, Helio. **Instituições de processo penal**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 381.

²⁶ MAYA, André Machado. Op. cit., p. 86.

²⁷ TORNAGHI, Helio. **Instituições de processo penal**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 291.



Não é incomum que se pense na garantia do juiz natural apenas com referência aos incisos XXXVII e LII do artigo 5º da Constituição. Trata-se, no entanto, de certo reducionismo.

É bem verdade que a previsão constante do inciso XXXVII do artigo 5º, segundo o qual “*não haverá juízo ou tribunal de exceção*”, é um aspecto negativo da garantia do Juiz Natural, consistente em proibição que assegura a independência do Poder Judiciário contra ingerências dos demais Poderes da República, seja proibindo a atribuição do poder de julgamento a algum órgão estranho à estrutura do Poder Judiciário, seja vedando a instituição de tribunal *ex post factum*. De se observar que neste aspecto a garantia do juiz natural afeta diretamente a independência externa.

De outro lado, há o aspecto positivo da garantia do juiz natural, expresso no inciso LIII do artigo 5º da Constituição, segundo o qual “*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*”. A grande questão aqui é temporal. A regra que define a autoridade competente deve existir antes ou pode ter sido editada depois do fato?

Essa previsão já variou pelas Constituições brasileiras. A Constituição de 1824 previa em seu artigo 179, XI que “*ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ela prescrita*”. Havia, porém, uma forte vinculação com o Poder Executivo, que nomeava os magistrados.

A primeira Constituição republicana de 1891 assegurou no artigo 72, § 15 que “*ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada*”, tendo a Constituição de 1934 inclusive definido o *dies a quo* da incidência da norma, ao prever em seu artigo 113 n. 26 que “*ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita*” (sem grifo no original). Nada



obstante, com a ditadura do Estado Novo a Constituição de 1937 sequer assegurou a garantia do julgamento por um juiz competente.

A Constituição de 1946, em seu artigo 141, § 27 dispôs que *“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma da lei anterior”*, não tendo dito se anterior ao *fato* – o que fez com que as interpretações dominantes indicassem que a anterioridade se referida ao *processo*²⁸. No período do governo militar que sucedeu a 01 de abril de 1964, em especial pelo texto da EC 01/1969, não houve norma que assegurasse a garantia de ser julgado por um juiz competente.

A Constituição de 1988, como já visto, assegura o direito a ser julgado por um juiz competente, mas não expressa no texto do inciso LIII que a definição de competência deva ser reservada à lei anterior. Portanto, duas questões devem ser ressaltadas: (1) a Convenção Americana de Direitos Humanos define no seu artigo 8.1 que *“toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela...”* (sem grifo no original), portanto a lei que define a competência deve ser anterior; (2) há diversas outras previsões no artigo 5º da Constituição que permitem concluir não ser possível outra interpretação senão a de que a lei que estabelece a competência do juiz deve ser anterior ao fato do qual a pessoa é penalmente acusada.

Veja-se o conteúdo de três incisos do referido artigo constitucional: o inciso LXI afirma que *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”*. Ora, uma ordem de prisão

²⁸ TORNAGHI, Hélio. Op. cit., p. 291.



deve partir de uma *autoridade judiciária competente*. Como a prisão pode ser ordenada mesmo sem a existência de um processo, esse dispositivo permite concluir que já devem existir regras capazes de fixar a competência antes da existência de um processo criminal.

Mais, o inciso LXV estabelece que *“a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”*, sendo certo que o inciso LXII, ambos do artigo 5º da Constituição, dispõe que *“a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”*, de tal sorte que, sabendo que a prisão pode se dar antes não apenas do processo, mas antes mesmo de qualquer *notitia criminis*, e sabendo que a prisão tem que ser comunicada à *autoridade competente*, é porque a Constituição prevê a necessidade de existências de regras para fixação da competência antes do fato criminoso, para abranger as hipóteses em que a prisão em flagrante seja comunicada à autoridade competente.

Com isso, a interpretação a respeito da anterioridade da lei que fixa a competência deve perpassar o artigo 8.1 da CADH, bem como os incisos LIII, LXI, LXII e LXV do artigo 5º da Constituição para concluir-se que, para a garantia do Juiz Natural ser constitucionalmente efetiva, devem existir normas definidoras da competência anteriormente ao próprio fato, afastando a interpretação simplista e equivocada de que deva se aplicar o artigo 2º do CPP, vez que o *tempus regit actum* está, neste caso, em completa desarmonia com as normas constitucionais e protetivas de direitos humanos precitadas.

V. A GARANTIA DA INAMOVIBILIDADE



Ademais, faz-se necessário frisar que “...o conteúdo do juiz natural abarca os juízos, Tribunais e também o próprio julgador”²⁹, isto é, a pessoa do juiz é abrangida pela garantia, a fim de preservar a imparcialidade.

Como já foi visto, *imparcialidade* e *neutralidade* são conceitos que não se confundem. Ao contrário, o não reconhecimento de que as vivências pessoais e as vinculações ideológicas influenciam a atuação do julgador pode macular a própria imparcialidade.

A garantia do Juiz Natural se estende à pessoa física do juiz e impede que determinada pessoa seja investida em algum órgão judicial, inclusive colegiado, com a finalidade deliberada de, conhecendo sua posição pessoal e ideológica, obter decisões previamente conhecidas.

Como bem observa Leonardo Greco a respeito do Juiz Natural:

*“A garantia abrange a predeterminação legal do órgão e do seu titular, tendo, pois, seu conteúdo dual: objetivo ou orgânico e subjetivo ou pessoal. Não basta que o órgão esteja predeterminado na lei, com anterioridade e generalidade. A pessoa do juiz que exercerá a jurisdição do órgão deve nele ter sido investida através do procedimento legalmente previsto, caracterizado pela adoção de critério de escolha absolutamente impessoal, aplicável a todos os casos idênticos.”*³⁰

²⁹ GIACOMOLLI, Nereu. Op. cit., p. 259.

³⁰ GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: O processo justo**. p. 09. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2015.



É com a finalidade de assegurar que as leis de organização judiciária estabeleçam critérios objetivos e impessoais de determinação do juiz que atuará no órgão jurisdicional competente que gozaram de proteção constitucional as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos.

Por isso, as previsões do artigo 95, incisos I, II e III da Constituição não são apenas prerrogativas dos magistrados, e sim verdadeiras garantias de um processo justo, na medida em que conferem independência aos juízes e impedem a manipulação da composição dos órgãos jurisdicionais. De nada adiantaria estabelecer regras de definição orgânica da competência e permitir que a composição do órgão seja alterada com o objetivo de que determinada pessoa, investida na condição de juiz, julgue um fato específico.

Como observa Badaró: *“O núcleo da garantia do juiz natural não deve ser considerado apenas como a ‘pré-constituição-previsibilidade’ do juiz que será o competente, mas também na ‘pré-constituição-não-manipulabilidade’ a posteriori da competência.”*³¹

Assim, a garantia da inamovibilidade deve ser concretada nas normas de organização judiciária, que devem definir critérios objetivos e impessoais. Aduza-se que a própria Constituição prevê que a *antiguidade* e o *merecimento* são os critérios que devem ser usados para promoção, de tal sorte que normas infraconstitucionais que estabeleçam condições diversas são írritas ao sistema de garantias do Juiz Natural.

De se observar que o próprio Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema, não apenas firmando o entendimento de que a inamovibilidade é uma garantia de toda a magistratura, não se restringindo a determinadas categorias de

³¹ BADARÓ, Gustavo. Op. cit., p. 201.



juízes, mas reconhecendo-a como condição à efetivação da imparcialidade e da independência. Veja-se o importante trecho do voto condutor no MS 27.958 DF:

“Dessa forma, entendo que a inamovibilidade constitui garantia de toda a magistratura e não apenas de juízes titulares. Consequentemente, o magistrado só poderá ser removido com o seu consentimento, ou, ainda, se o interesse público o exigir, nos termos do inc. VIII do art. 93 da Constituição Federal. Isso para que se garanta, de forma efetiva, a imparcialidade e independência da magistratura, desde o momento da primeira investidura do juiz.” (MS 27.958 DF – Tribunal Pleno – Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 29.08.2012)

VI. A VIOLAÇÃO DA INAMOVIBILIDADE, DO JUIZ NATURAL, DA INDEPENDÊNCIA E DA IMPARCIALIDADE PELAS NORMAS EM COMENTO

A Lei Complementar nº 1.208/2013, na redação da Lei Complementar 1.214, de 29.10.2013, ambas do Estado de São Paulo, criou dois departamentos: o Departamento Estadual de Execuções Criminais e o Departamento Estadual de Inquéritos Policiais.

Esta lei dispõe, no § 8º do artigo 1º, que os processos de execuções penais iniciados após a vigência da lei que estejam em curso, permanecerão nas varas em que estão tramitando até sua conclusão.

Ademais, estabelece, no § 9º do artigo 1º, que os inquéritos policiais instaurados após a instalação do Departamento Estadual de Inquéritos Policiais serão distribuídos às respectivas unidades regionais na forma exclusivamente digital. Não faz qualquer afirmação de que os inquéritos que já estão em curso e vinculados a determinado órgão jurisdicional não poderão ser remetidos para o referido Departamento Estadual de Inquéritos Policiais.



Assim, resta claro que o § 8º estabelece o critério de definição da competência por lei anterior ao processo, ao passo que o § 9º, ambos do artigo 1º, fixa o critério de definição de competência por lei anterior à notícia-crime. Nenhum dos dois casos respeita a necessidade de que a competência seja definida por lei anterior ao fato, em afronta à garantia do Juiz Natural.

E mais: de acordo com o § 4º do artigo 1º, cabe ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça, mediante proposta do Conselho Superior da Magistratura, vincular as unidades prisionais do Estado às Varas competentes para conhecer das execuções criminais e, após sua instalação, às Unidades Regionais do Departamento Estadual de Execuções Criminais. Embora a vinculação às novas Unidades não afete os processos em curso, pela interpretação que se poder fazer do já citado § 8º do artigo 1º, a leitura do § 4º permite concluir que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça pode vincular as unidades prisionais ao Estado às Varas competentes para conhecer das execuções penais *de imediato*, alterando a competência em seu conteúdo orgânico *ex post factum*, por conveniência administrativa do próprio Poder Judiciário, afetando a necessária garantia de independência interna.

Não bastassem as violações concernentes à temporalidade da lei definidora das regras de competência pelos §§ 8º e 9º do artigo 1º, bem como a violação da competência em seu conteúdo orgânico pelo § 4º do mesmo dispositivo, o § 3º do referido artigo fulmina a garantia do Juiz Natural diretamente no seu conteúdo subjetivo ou pessoal.

O referido § 3º do artigo 1º atribui ao Conselho Superior da Magistratura o poder de designar os juízes que atuarão no Departamento Estadual de Execuções Criminais e no Departamento Estadual de Inquéritos Policiais em completa violação das garantias da magistratura, pois que ignora os critérios obrigatórios de *antiguidade*



e *merecimento*, instituindo a obrigação de “...inscrição dos juízes interessados, observado o histórico profissional”.

Regulamentando o referido dispositivo no que concerne às Unidades Regionais do Departamento Estadual de Execuções Criminais, a Resolução 617/2013 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vai mais além, criando outras condições que divergem frontalmente das garantias constitucionais.

Observe-se que de acordo com a Constituição, no inciso II do artigo 93, a promoção de entrância para entrância se dará alternadamente por antiguidade e merecimento, observados os critérios constantes das alíneas do próprio dispositivo. No entanto, para prover as Unidades Regionais do Departamento Estadual de Execuções Criminais criados pela Lei Complementar 1208/2013, estabelece o artigo 1º da Resolução 617/2013 que juízes de todas as entrâncias poderão se inscrever, ainda que de bases territoriais diversas.

De acordo com a Constituição, a promoção por merecimento deve ser aferida “...pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição...” (sem grifo no original), de acordo com a letra da alínea “c” do inciso II do artigo 93, enquanto o § 2º do artigo 3º da Resolução 617/2013 elenca o que seria o histórico profissional do juiz a ser apresentado para concorrer à vaga de juiz do Departamento Estadual de Execuções Criminais, mas não estabelece critérios objetivos para realização da escolha.

Pior: como o artigo 5º da Resolução 617/2013 apenas afirma que o Conselho Superior da Magistratura designará os juízes para atuar nas Unidades Regionais do Departamento Estadual de Execuções Criminais, e ainda formará uma lista de suplentes para atuar na hipótese de férias, licença ou afastamento dos titulares, sem definir critérios objetivos para a escolha dos magistrados, resta claramente violada a



garantia do Juiz Natural, porquanto a composição do órgão jurisdicional não respeita normas que definem competência anterior ao fato, tampouco definem critérios objetivos de composição dos referidos órgãos, de tal forma que a independência interna fica inexoravelmente comprometida.

Acresça-se que a designação dos juízes cessa após dois anos, o que por si só compromete a ideia de um cargo não precário, mas poderia se admitir, apenas para desenvolver o raciocínio, que o prévio conhecimento do tempo em que seria desenvolvido o exercício da jurisdição naquele órgão afastaria a precariedade, não fosse a previsão do § 2º do artigo 5º de que um inusitado “*motivo de relevante interesse público*” possa fundamentar o afastamento de um magistrado antes do término no mandato por decisão do Conselho Superior da Magistratura, tornando a garantia de inamovibilidade letra morta.

Observe-se que esta “cessação” antecipada da designação não depende da instauração de processo prévio, não prevê o direito à ampla defesa e não prevê o direito a um recurso. Isso viola frontalmente a garantia de independência judicial e compromete a imparcialidade, como afirmou a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, sentença de 5 de agosto de 2008:

“La Corte observa que los Estados están obligados a asegurar que los jueces provisorios sean independientes y, por ello, debe otorgarles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, puesto que la provisionalidad no equivale a libre remoción. En efecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas expresó que la destitución de jueces por el Poder Ejecutivo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que se les dé razón concreta alguna y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia judicial. En similar sentido, la Corte considera que la provisionalidad no



debe significar alteración alguna del régimen de garantías para el buen desempeño del juzgador y la salvaguarda de los propios justiciables. Además, no debe extenderse indefinidamente en el tiempo y debe estar sujeta a una condición resolutoria, tal como el cumplimiento de un plazo predeterminado o la celebración y conclusión de un concurso público de oposición y antecedentes que nombre al reemplazante del juez provisorio con carácter permanente. Los nombramientos provisionales deben constituir una situación de excepción y no la regla. De esta manera, la extensión en el tiempo de la provisionalidad de los jueces o el hecho de que la mayoría de los jueces se encuentren en dicha situación, generan importantes obstáculos para la independencia judicial. Esta situación de vulnerabilidad del Poder Judicial se acentúa si tampoco existen procesos de destitución respetuosos de las obligaciones internacionales de los Estados.”

Evidente que o caso concreto apreciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos identificava a vulneração da independência em relação ao Poder Executivo, porém, como muito bem observado por Badaró, a independência deve ser garantida também “*perante os demais órgãos do próprio poder a que pertencem*”³².

O que se observa pela leitura das normas combatidas, é que a forma de provimento dos cargos de juízes que compõem o Departamento Estadual de Execuções Criminais se reveste de uma insuperável provisoriedade.

O Supremo Tribunal Federal, na específica oportunidade em que apreciou a arguição de inconstitucionalidade de lei estadual alagoana que criou Varas especializadas em delitos praticados por organizações criminosas, assim se posicionou quanto ao tema:

³² BADARÓ, Gustavo. Op. cit., p. 25.



“19. Os juízes integrantes de Vara especializada criada por Lei estadual devem ser designados com observância dos parâmetros constitucionais de antiguidade e merecimento previstos no art. 93, II e VIII-A, da Constituição da República, sendo inconstitucional, em vista da necessidade de preservação da independência do julgador, previsão normativa segundo a qual a indicação e nomeação dos magistrados que ocuparão a referida Vara será feita pelo Presidente do Tribunal de Justiça, com a aprovação do Tribunal. Doutrina...”

20. O mandato de dois anos para a ocupação da titularidade da Vara especializada em crimes organizados, a par de afrontar a garantia da inamovibilidade, viola a regra da identidade física do juiz, componente fundamental do princípio da oralidade, prevista no art. 399, § 2º, do CPP (“O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”), impedindo, por via oblíqua, a aplicação dessa norma cogente prevista em Lei nacional, em desfavor do Réu, usurpando a competência privativa da União (art. 22, I, CRFB)...”
(ADI 4.414 AL – Tribunal Pleno – Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 17.06.2013)

Por fim, conclui-se que a Lei Complementar nº 1.208/2013, na redação da Lei Complementar 1.214, de 29.10.2013, ambas do Estado de São Paulo, bem como a Resolução 617/2013 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, violam a garantia da imparcialidade judicial, pois vulneram diversas condições constitucionalmente estabelecidas para sua observância, quais sejam:

(1) violam a garantia do Juiz Natural em seu conteúdo *objetivo* ou *orgânico*, ao definir a competência jurisdicional com base em normas *ex post factum*;

(2) violam a garantia do Juiz Natural em seu conteúdo *subjetivo* ou *pessoal*, ao não definir critérios objetivos para designação dos juízes que integrarão o órgão jurisdicional;



(3) violam a garantia constitucional de promoção por critérios de antiguidade e merecimento;

(4) violam a garantia de inamovibilidade, ao tornar precário o provimento do mandato para exercício da jurisdição, sem garantia de processo justo, direito de defesa e recurso na cessação antecipada do mandato.

VII. CONCLUSÃO

Pelo exposto, o IBCCRIM requer seja julgada **procedente** a ação direta de inconstitucionalidade, afastando-se do cenário jurídico, por **inconstitucional**, a Lei Complementar nº 1.208, de 23.7.2013, na redação da Lei Complementar 1.214, de 29.10.2013, ambas do Estado de São Paulo e da Resolução 617/2013 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo .

De São Paulo para Brasília, 14 de agosto de 2015.

ANDRE PIRES DE ANDRADE KHEDI

OAB/SP 227.579

ALBERTO ZACHARIAS TORON

OAB/SP 65.371

ANTONIO EDUARDO SANTORO

OAB/RJ 99.485

CHRISTIANO FRAGOSO

OAB/RJ 99.000

DANIEL ZACLIS

OAB/SP 271.909



DAVI DE PAIVA COSTA TANGERINO

OAB/SP 200.793

DIOGO MALAN

OAB/RJ 98.788

FLÁVIO MIRZA MADURO

OAB/RJ 104.104

HELOISA ESTELLITA

OAB/SP 125.447

HELENA REGINA LOBO DA COSTA

OAB/SP 184.105

LUCIANO FELDENS

OAB/RS 75.825

MARIÂNGELA DE MAGALHÃES GOMES

OAB/SP 163.301

PIERPAOLO CRUZ BOTTINI

OAB/SP 163.657

MARTA SAAD GIMENES

OAB/SP 155.546

SALO DE CARVALHO

OAB/RS 34.749

RENATO STANZIOLA VIEIRA

OAB/SP 189.066

THIAGO BOTTINO DO AMARAL

OAB/RJ 102.312