



PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

**Exmo. Sr. Dr. Ministro Presidente
do Supremo Tribunal Federal**

O Procurador-Geral da República, com fundamento nos artigos 102, I, a; e 103, VI, da Constituição, nos artigos 2º, VI, e 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, propõe ação direta de inconstitucionalidade dos seguintes atos normativos:

- ❖ Lei Complementar 1.208, de 23.7.2013, na redação da LC 1.214, de 29.10.2013, ambas do Estado de São Paulo, e
- ❖ Resolução 617/2013 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

1. Introdução

Todas as normas impugnadas nesta ação cuidam da criação do Departamento Estadual de Execuções Criminais e do Departamento Estadual de Inquéritos Policiais no Judiciário paulista.

Além de se impor de ofício, a presente iniciativa atende à provocação da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, secundada pelas seguintes entidades: Associação Juízes para a Democracia, Associação dos Advogados de São Paulo, Associação Paulista dos Defensores Públicos, Associação Paulista do Ministério Público, Centro de Direitos Humanos de Sapopemba, Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, Conectas Direitos Humanos, Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo, Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Instituto de Defesa do Direito de Defesa, Instituto Práxis de Direitos Humanos, Ministério Público Democrático, Pastoral Carcerária de São Paulo e Ouvidoria-Geral da Defensoria Pública de São Paulo.

Esta petição inicial se faz acompanhar dos atos normativos impugnados, das representações das entidades mencionadas e da manifestação do TJSP dirigida à PGR em defesa das leis complementares.

2. Das normas questionadas

Eis a íntegra da LC est. 1.208/2013, na redação da LC est. 1.214/2013, que acrescentou o § 9º ao art. 1º:

“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 Offícios 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”.

Já a Resolução 617, de 4.9.2013, que regulamenta a lei complementar mencionada, foi assim concebida pelo TJSP:

“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”.

Malgrado convencido primordialmente da inconstitucionalidade parcial da lei complementar, a PGR submete-a por inteiro ao exame do Supremo Tribunal Federal, para que o “princípio do pedido”¹ não embarace o exame da validade da íntegra da legislação, acaso o Tribunal conclua, ao fim da ação, pela impossibilidade de se

¹ Entre outros exemplos, ADIs 2.133, rel. Min. ILMAR GALVÃO; 2.895, rel. Min. CARLOS VELLOSO; e o voto-vista do Min. GILMAR MENDES na ADI 2.648.

cindirem os diplomas jurídicos em causa, do ponto de vista de sua adequação à Constituição e à vontade do legislador.

Por isso o pedido de liminar refere-se apenas a certos trechos das normas capazes de lesar normas constitucionais federais de maneira imediata, sem a possibilidade de superação diversa do controle abstrato de constitucionalidade no STF.

Conquanto a validade da Res. 617 dependa diretamente da subsistência da LC est. 1.208, de sorte que a declaração da nulidade do diploma legislativo implique sua nulidade, também se impugna aqui o regulamento, porque conflita diretamente com normas da Constituição da República. Em outras palavras, o direito constitucional federal serve de parâmetro de controle em relação ao direito legislado e ao regulamentar estaduais.

Requerimento de providência cautelar de extensão integral, contudo, será formulado quanto à resolução, na medida em que toda ela traduz a pormenorização, em si inconstitucional, de instituto de todo inválido na lei complementar.

Há motivos de duas grandes ordens a determinar a invalidade da lei complementar e da resolução ora submetidas ao elevado exame do Supremo Tribunal Federal.

No plano geral, a própria concepção centralizadora que informa a criação de ambos os departamentos contraria normas constitucionais a respeito de direitos fundamentais, da atividade jurisdicional e da atividade estatal de modo amplo.

Também no plano específico de regulação de determinados aspectos de provimento dos Departamentos de Execução Penal e de

Inquéritos Policiais, a lei complementar estadual desobedece a Constituição.

Cada um desses aspectos será abordado em tópico separado.

3. Da inconstitucionalidade da concepção centralizadora da LC est 1.208

A compreensão dos atos normativos em causa parece facilitada pela recapitulação de seus antecedentes e linhas gerais.

O Departamento Estadual de Execuções Criminais e o Departamento Estadual de Inquéritos Policiais são órgãos do Judiciário paulista dotados de jurisdição, apesar da nomenclatura ímpar que lhes reservou a lei complementar de sua criação. Tal conclusão decorre, em primeiro lugar, do art. 1º, § 3º, da LC est. 1.208 c/c o art. 95, par. único, I da Constituição Federal: os departamentos são providos por meio da nomeação de juízes, que só podem exercer um cargo de magistério em paralelo a sua atividade judicante. Está-se assim no campo da plena função judiciária.

A leitura da LC est. 1.208 revela que ali se inverteu por completo a diretiva do sistema judiciário brasileiro, no que tange à administração de dois aspectos da justiça – a execução penal e a supervisão da investigação criminal. A lei impugnada concentrou, numa dezena de centros estaduais, atribuições que, no desenho normal do sistema de justiça criminal brasileiro, são distribuídas entre todos os órgãos judiciais espalhados pelo território das unidades da federação. Enquanto os demais Estados obedecem à lógica da capilaridade dos serviços, São Paulo optou por concentrar ambas as espécies de jurisdição nas dez sedes administrativas do TJSP dotadas de maior volume de processos. Departamentos providos de vários magistra-

dos passarão a desempenhar as tarefas das tradicionais varas penais, que detêm competência para a execução de seus julgados e para o controle da investigação criminal.

Após historiar a gravíssima situação da execução criminal no Estado de São Paulo, o expediente anexo do TJSP pondera: “não há condições de se proverem todas as varas do Estado com a estrutura material e humana necessária para a rápida apreciação dos benefícios dos presos, e nem faria sentido recrutar um grande contingente de servidores para pulverizá-lo nas centenas de cartórios das 316 comarcas do Estado”. Daí a solução de se concentrarem os inquéritos e as execuções decorrentes de fatos novos nos dois departamentos aludidos, sediados nas dez comarcas de maior movimento do Estado – Grande São Paulo, Araçatuba, Bauru, Campinas, Presidente Prudente, Ribeirão Preto, Santos, São José dos Campos e Sorocaba, listadas na manifestação do TJSP. Especialmente porque ambos os departamentos só se desincumbirão de processos e de inquéritos pertinentes a fatos ocorridos após sua instalação, o TJSP não divisa na lei complementar nenhuma ofensa ao devido processo legal ao juiz natural. Pensa que assim se permitirá maior “eficiência na gestão de recursos financeiros e tecnológicos, densificando um dos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, *caput*, Constituição Federal)”.

A Res. 617 do TJSP, por sua vez, disciplina o modo pelo qual se proverão os departamentos aludidos com magistrados.

Aos olhos do legislador e do Tribunal paulistas, os atos normativos terão apenas realizado opção lícita no campo da administração dos serviços judiciais.

Com a devida vênia, ao menos em juízo *prima facie* de validade da lei, a estruturação de ambos os departamentos parece contrariar a Constituição.

3.1. Da ofensa às garantias de amplo acesso ao Judiciário, da ampla defesa, do devido processo legal, da rapidez na resolução de litígios

A lei complementar estadual parece atentar contra as garantias do amplo acesso ao Judiciário, da ampla defesa e da diretiva da eficiência da administração pública, objeto respectivamente dos artigos 5º, XXXV, LIV, LV e LXXVIII, da Constituição.

A instituição de departamentos instalados apenas nas comarcas de maior movimento processual do Estado afeta as três garantias citadas, por uma complexidade de motivos. Todos eles, contudo, radicam-se no fato de que o ingresso em juízo isento de obstáculos, o devido processo legal, a possibilidade de ampla defesa e a eficiência do poder público na investigação dos ilícitos penais ficam gravemente prejudicados com a concentração geográfica da competência jurisdicional, hoje distribuída por 316 comarcas, em apenas uma dezena delas.

3.1.1. Quem são os titulares dos direitos fundamentais protegidos nesta ação direta

A primeira providência requerida para se determinar a validade da legislação impugnada nesta ação direta parece ser a identificação dos titulares dos direitos fundamentais, a cuja proteção esta iniciativa se preordena. A identificação de tais pessoas parece indispensável à determinação da licitude da sobrecarga imposta à defesa de

seus direitos pela concentração da competência para a execução criminal.

À falta de dados estaduais e de estatística específica a respeito da renda dos encarcerados, emprega-se aqui o índice de escolaridade como indicativo de sua capacidade financeira, pela óbvia vinculação entre ambas as grandezas. Das 473.626 pessoas encarceradas no Brasil em dezembro de 2009, apenas 1.715 possuíam curso superior completo. A escolaridade de 312.533 delas oscilava entre o analfabetismo e o ensino fundamental completo². Em números relativos, 67,88% dos presos pertenciam aos citados estratos inferiores de escolaridade, enquanto apenas 0,36% deles se enquadravam na faixa superior.

Embora de percepção social difusa e empiricamente óbvia a qualquer pessoa com atuação no processo penal, a estatística do Ministério da Justiça revela em termos objetivos o fato de que os titulares de direitos fundamentais dependentes de provimentos dos juízos de execução criminal paulistas são em sua imensa maioria pobres.

Os inquéritos policiais também versam sobre atos em sua maioria praticados por pessoas pobres, cujos direitos neles também deve ser respeitados. Avultam nesse contexto as decisões sobre a liberdade provisória de milhares de pessoas.

² Dados Consolidados do Sistema Penitenciário no Brasil, 2008, elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça, disponível na página do DEPEN na Internet.

Sobre os atos praticados por essas pessoas também versam os inquéritos policiais, que lhes devem respeitar uma série de direito subjetivos.

3.1.2. O domínio normativo dos direitos fundamentais afetados pelas normas impugnadas – notadamente o aspecto geográfico – e suas implicações no caso

A interpretação das normas constitucionais – particularmente das definidoras de direitos fundamentais – deve estar atenta ao domínio normativo a que se refere. A teoria jurídica estruturante, de Müller, tem obtido prestígio na hermenêutica constitucional, por sua capacidade de fazer frente às exigências impostas pelas características das constituições: temas complexos são disciplinados por meio de normas amplas, embora não vagas, cujos enunciados também se valem de termos de uso corrente, em atenção à necessidade de compreensão generalizada do texto básico da coletividade.

Constitui mérito da teoria estruturante destacar a relação entre os conceitos-chave do programa normativo e o domínio normativo, em geral tratados de modo estanque na doutrina convencional, sob as rubricas de fato e norma³. Müller demonstrou que o domínio normativo se integra ao programa normativo para lhe dar sentido: “o domínio normativo não é uma soma de fatos, mas um contexto de elementos estruturais [...] retirados da realidade social nas perspectivas seletiva e valorativa do programa normativo e que, em regra

³ Os pormenores das diferenças entre os pares conceituais são irrelevantes para este caso. Não o é, todavia, a demonstração por MÜLLER da estreita interdependência de ambos os conceitos centrais da ciência jurídica, que costumam vir tratados de modo separado.

geral, já são ao menos em parte juridicamente conformados”⁴. O domínio normativo não é idêntico às unidades objetivas da hipótese de incidência; compõe ele mesmo a própria prescrição jurídica⁵. Aqui o dado da máxima importância para a interpretação de normas constitucionais, onde empregados conceitos densos, conquanto concisos: a estrutura da coisa real, do trecho da realidade referido na norma jurídica não é grandeza destacada da regra de direito⁶.

Assim, não se podem determinar o sentido e o alcance das garantias de acesso livre ao Judiciário, de defesa ampla e de um processo justo, acaso se desconsiderem diversos elementos do domínio normativo integrado às normas que as instituíram. Todos são dados evidentes da realidade brasileira, que por vezes podem ser tomados como elementos da paisagem e, portanto, irrelevantes na determinação da validade da lei em causa.

⁴ MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 7. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 1997, p. 177, n° 236: “Der Normbereich ist nicht eine Summe von Tatsachen, sondern ein als real-möglich formulierter Zusammenhang von Strukturelementen, die in der auswählenden und wertenden Perspektive des Normprogramms aus der sozialen Realität herausgehoben werden und im Regelfall zumindest teilweise rechtlich geformt sind”.

⁵ MÜLLER, *Juristische Methodik*, p. 176, n° 235: “Der Normbereich ist also nicht mit den sachlichen Einzelheiten des Sachverhalts identisch. Er ist ein Strukturbestandteil der Rechtsvorschrift selbst”.

⁶ MÜLLER nota que as constituições, diferentemente das leis, configuram os domínios normativos de suas disposições por meio de técnica sintética, mas nem por isso carente de substrato certo. Disso decorre o engano de muitos autores no uso de “locuções imprecisas”, ao qualificarem as normas constitucionais, como “amplas, vagas, indeterminadas ou similares a cláusulas gerais (, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 162-163).

Os dados geográficos são os fatores elementares no que interessa à distribuição dos juízos competentes para os inquéritos e para a execução penal pelo território estadual. As dimensões continentais do País dispensam considerações, enquanto os mais de 248.000 km² do Estado de São Paulo o igualam em área ao Reino Unido, por exemplo.

O TJSP informou que tal dispersão geográfica demandou até aqui a instalação de nada menos do que 316 comarcas, de sorte a atender, com deficiências confessadas, a demanda pelos serviços judiciais.

A admissão do novo sistema de condução de inquéritos policiais e da execução penal terá imediata repercussão na rotina das pessoas afetadas pela medida legislativa. Um contingente composto por presos, seus defensores e por seus familiares terá de se deslocar quilômetros para o acompanhamento dos processos de seu interesse no Judiciário.

Tomem-se apenas alguns exemplos extremos dessa afirmação⁷. A parte, ou seu procurador, que more em Itapeva terá que viajar 190 km até Sorocaba para ter contato pessoal com o juiz ou mesmo o cartório do departamento encarregados de velar por sua execução penal ou para acompanhar inquérito policial contra si instaurado. Marília dista 174 km de Presidente Prudente. Registro fica a 180 km de Santos. Conceda-se, em contrapartida, que 45 km separam, por exemplo, Batatais de Ribeirão Preto, distância que se repete entre

⁷ A divisão territorial paulista em suas dez sedes administrativas encontra-se no seguinte local da página oficial do Tribunal de Justiça na Internet: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/ConhecaOTJ/RegioesAdministrativasJudiciarias.aspx>>. As distâncias foram estimadas com o Googlemaps.

comarcas maiores e as projetadas sedes dos departamentos. Desconsiderou-se aqui, todavia, o percurso entre as cidades menores e os polos regionais, onde se pretende instalar os departamentos aludidos, hipóteses nas quais o deslocamento se alonga e se faz por estradas de qualidade inferior às consideradas nos exemplos.

3.1.3. *O contato pessoal com o magistrado como integrante do domínio normativo e como imperativo da interpretação sistemática da Constituição*

O contato da parte com o magistrado e com os serviços auxiliares responsáveis pela tramitação do processo parece integrar os direitos fundamentais ligados ao acesso livre ao Judiciário e à ampla defesa, assim como representa exigência do devido processo, entendido como justo e adequado. Tal conclusão decorre não apenas da consideração da estrutura do domínio normativo do direito à defesa eficiente em sentido lato, mas resulta por igual da interpretação sistemática dos direitos fundamentais citados em conjunto com regras da organização judiciária brasileira⁸.

Toda a estrutura do inquérito e do processo de execução penal parece pressupor a presença do juiz em local próximo e acessível a ambas as partes e seus defensores, mormente num País da dimensão brasileira. O contato *facie ad faciem* dos interessados e de seus representantes com o aparelho judicial como um todo é, no normal

⁸ Embora se saiba que as garantias processuais do amplo acesso ao Judiciário, da defesa ampla e do processo justo são sobretudo salvaguardas de prestações jurídicas – e não materiais – pelo Estado, parece correto observar nelas suas relações com o domínio normativo a que se referem; por assim dizer, não há direitos a prestações jurídicas soltos no ar, como abstrações desconexas com a realidade que as circunda.

dos casos, necessidade imanente à realidade do sistema judiciário. Embora as secretarias dos juízos ajam de ofício, sabe-se que, em sistemas judiciários inviabilizados pela sobrecarga brutal de trabalho, apenas o laborioso acompanhamento pessoal de causas nos cartórios constitui a maneira de fazer com que tenham impulso processual. Da mesma forma, a entrevista da parte – acusação ou defesa – com o magistrado também representa, em muitos casos, o modo qual se obtêm providências urgentes necessárias tanto à tutela dos interesses da coletividade na repressão penal, como à defesa dos direitos subjetivos das pessoas investigadas ou sujeitas ao cumprimento de pena. Em suma, a estrutura do processo penal em sentido amplo depende, no normal dos casos, do acesso pessoal do interessado ao serviço estatal de jurisdição, representado quer pelo juiz, quer por seus auxiliares.

A própria estrutura do processo e do aparato judiciário – sobretudo com os problemas crônicos de sua feição brasileira, da geografia nacional e da pobreza dos titulares de direitos – encarrega-se de repelir o argumento de que a tramitação digital dos feitos resolve os inconvenientes da distância entre o jurisdicionado e o Judiciário. Além de não permitir a entrevista direta do defensor com o juiz nos casos de urgência ou mesmo de maior complexidade, o processo digital requer providências pessoais dos advogados em cartórios, de modo a fazer com que marchem até decisão final. Seria ilusório supor que a mera disponibilidade eletrônica de determinado processo seria capaz de fazer com que os magistrados e as secretarias imersas em oceanos de feitos virtuais passassem a tratá-los de modo diverso do atual. O processo carente acompanhamento pessoal pelo defensor, público ou privado, continuaria a ser retido nos escaninhos virtuais do Judiciário. Não por culpa de seus órgãos, mas pela absoluta

impossibilidade material de se confiar ao impulso oficial tempestivo a marcha e o desfecho dos processos.

Todos esses problemas se agravam do ponto de vista jurídico pela introdução de componente contrário à isonomia em favor das partes domiciliadas em grandes centros, sem critério racional em prol de tal benefício, hoje distribuído por todas as comarcas paulistas.

Além de ser elemento importante do domínio normativo dos direitos fundamentais aludidos, o contato pessoal entre as partes e o juiz e seus auxiliares também decorre da atenta interpretação sistemática deles com as regras constitucionais de organização da estrutura judicial brasileira: delas resulta a clara diretiva da Constituição de aproximação física do juízo dos cidadãos que necessitam dos serviços judiciais. Todo o capítulo constitucional do Judiciário, inclusive na redação de emendas constitucionais posteriores aos progressos da informatização e da internet, está permeado de regras determinantes da instalação de juízos, lá onde seus serviços são demandados. A Constituição Federal reputa a proximidade física do juízo ao jurisdicionado e à causa como característica do direito brasileiro a um processo justo com seus desdobramentos.

O art. 98, I, autoriza que as turmas recursais sejam constituídas de juízes de primeiro grau, com o que se permite sua descentralização.

Os artigos 107, §§ 2º e 3º, 115, §§ 1º e 2º, e 125, §§ 6º e 7º, da Constituição representam outros dois passos importantes no movimento de dispersão geográfica dos serviços judiciais, na medida em que impõem a “justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional nos limites de sua juris-

dição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários” e preveem que os TRFs, os TRTs e os TJs “poderão funcionar descentralizadamente constituindo Câmaras Regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo”. Em especial na redação do último grupo de parágrafos percebe-se que a presença do Judiciário no local dos fatos sobre os quais versará sua atividade e o caráter imediato do contato do magistrado com os atores do processo representam, ao menos no normal dos casos, elementos integrativos da garantia fundamental brasileira de ampla proteção jurisdicional contra violação a direitos.

Também o art. 109, §§ 1º a 3º, da Constituição contém diretiva clara de aproximação do Judiciário aos cidadãos que necessitam de seus serviços. O § 1º determina que a União afores suas demandas no foro onde domiciliados os réus. Em busca de franquear o acesso das pessoas ao Judiciário, o § 2º oferece aos autores de demandas contra a União o foro de seu domicílio, o da ocorrência do fato jurídico ou o da situação da coisa litigiosa. Por fim, o § 3º abre exceção à regra de que o poder público federal deve ser processado na Justiça Federal, ao admitir até que os segurados da previdência social contra ele litiguem no foro estadual, quando ali não existir órgão da Justiça Federal.

O art. 112 da Constituição confirma a necessidade de proximidade do juiz às partes e ao litígio como corolário do devido processo legal e dos demais direitos de defesa mencionados, pois excepciona, de novo, a regra do caráter federal da Justiça do Trabalho, permitindo o aforamento de demandas trabalhistas em juízos estaduais situados em comarcas carentes de varas do trabalho.

Em nova prova de que o sistema delineado na lei complementar aludida destoa do padrão constitucional federal no tema, mencione-se o Projeto de Lei do Senado 554/2011, que altera o art. 306 do CPP, já tem parecer favorável do Relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, onde poderá ser votado em caráter terminativo. Atento a convenções da ONU e da OEA, o Congresso Nacional trabalha no sentido de dar nova redação aos §§ 1º e 2º do art. 306 do CPP e de lhe acrescentar outros tantos. O projeto que em breve deve ser adotado pelo Senado foi assim concebido:

“Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 2º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo 1º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessário, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos art. 310.

§ 3º A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 4º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas.

§ 5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código”.

A eventual imposição no CPP da audiência decorrente da prisão indica até a impossibilidade material de se prosseguir no sistema arquitetado na lei sujeita ao controle abstrato de constitucionalidade no STF. A medida imporá a multitudinária transferência de presos entre as comarcas paulistas, com obstáculos de toda a ordem, desde a segurança da coletividade, das pessoas detidas e até de sua escolta além de requerer logística de difícil cumprimento no âmbito dos departamentos.

3.1.4. Síntese das interferências do sistema centralizado da LC est. 1.208 nos direitos fundamentais de defesa em sentido amplo

A atenta consideração dos titulares dos direitos fundamentais, dos elementos de interpretação do domínio e do programa normativos das regras constitucionais em causa apontam no sentido da invalidade da extensão da diretiva da LC est. 1.208 a todo o sistema judiciário paulista, porque assim se centralizou em poucos locais a prestação dos serviços judiciários penais até aqui disseminados por toda a unidade da federação, em obediência à ideia do contato ime-

diato das partes e defensores como elemento do devido processo e de garantias correlatas do amplo acesso ao Judiciário.

Em primeiro lugar, a vasta maioria das pessoas sujeitas à jurisdição penal se compõe, como visto, de pessoas pobres. Logo, carecem dos meios de ir, em pessoa ou representado por seus familiares, aos departamentos projetados na lei, em busca da pronta restauração de direitos violados. Não dispõem, muitas vezes, de recursos para a contratação de advogados, fazendo-se representar pela Defensoria Pública, tão assoberbada de trabalho quanto as demais categorias forenses. Os titulares dos direitos fundamentais apanhados nas malhas do processo penal brasileiro, que já não dispõem dos meios materiais para acompanhar a contento os feitos criminais em juízos convencionais, menos condições terão de fazê-lo em comarcas distantes.

Mesmo quando dispõem de advogados privados, serão incontáveis os casos nos quais tampouco esses defensores terão infraestrutura profissional para realizar os constantes deslocamentos demandados pela representação eficaz dos interesses de seus constituintes. Clientes humildes têm suas causas patrocinadas por escritórios de advocacia igualmente modestos, muitos, senão a maioria deles, unipessoais.

A partes e advogados de poucos recursos materiais e à Defensoria Pública exaurida pela demanda de trabalho, a lei impôs o sacrifício adicional de verdadeiras viagens de centenas de quilômetros, em busca do restabelecimento de direitos violados.

Tudo considerado, há inconstitucionalidade na extensão da jurisdição dos mencionados departamentos de execução penal e de inquéritos policiais às comarcas de menor movimento forense que

em torno deles gravitam nos termos da lei complementar. Esse arranjo de coisas representa severa restrição material aos direitos fundamentais processuais das pessoas sujeitas à jurisdição penal, malgrado apenas no nível formal o acesso ao Judiciário continue franqueado como sempre.

Isso parece tanto mais verdadeiro, quando se recorda aqui que o novo sistema não é construído do nada, mas se faz sobre anterior organização judiciária fundada na capilaridade dos órgãos judicantes e de seus auxiliares para assim estarem próximos de quem deles necessita. Está então em causa saber da validade do desmonte de sistema, em face do direito fundamental das pessoas afetadas de ver instituídos órgãos e processos eficazes na defesa de seus direitos materiais.

É ponto pacífico que os direitos fundamentais de ordem processual abrangem evidentemente os aspectos positivos, isto é, da atribuição de faculdades a seus titulares de exigir prestações do Estado, mas também comportam dimensão negativa, a saber, a proibição de que sejam eliminados⁹. Mas não apenas isso; o chamado *status negativo* desses direitos fundamentais abrange a “vedação de obstrução”¹⁰, entendida como a proibição de que determinado processo ou determinada organização seja de tal forma constituída, que torne a realização do respectivo direito fundamental impossível ou a dificulte substancialmente¹¹.

⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 1. Aufl., Suhrkamp, 1994, p. 435.

¹⁰ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantien*. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen. *Handbuch der Grundrechte*. Heidelberg: CF Müller, 2006, Band 2., p. 993-1029 (p. 1002, n° 22, e p. 1008, n°39).

¹¹ *Idem*, p. 1002, n° 22.

Repudiando o exagero da “superinterpretação”¹², que imputa ao legislador o dever de providenciar a melhor proteção imaginável aos direitos fundamentais processuais, Schmidt-Aßmann reconhece a dificuldade da determinação das consequências jurídicas dos direitos mencionados¹³. Daí sugerir a adoção de critério negativo, epistemologicamente mais modesto do que os positivos: é mais simples estabelecer como não se podem interpretar as prescrições processuais para não se incidir na proibição de obstrução do que determinar quais precauções decorrem diretamente dos direitos fundamentais¹⁴.

No caso, a preexistência de órgãos e de processo judicial acessíveis em todas as comarcas do Estado de São Paulo mostra que a nova opção do legislador local incide na vedação de obstrução da realização dos direitos fundamentais processuais, na medida em que impede ou ao menos dificulta drasticamente seu exercício material pelas pessoas que não residem nas comarcas onde instalados os departamentos aludidos.

3.2. Da ofensa à diretiva da eficiência da administração pública

Aproximadamente os mesmos motivos declinados contra a concentração da competência de todas as comarcas aludidas nos

¹² *Ibidem*, p. 1004, nº 30 e p. 1005, nota de rodapé 57, com apelo ao substantivo da *Überinterpretation*, de MAUNZ e DÜRIG.

¹³ *Ibidem*, p. 1002, nº 22.

¹⁴ *Ibidem*, p. 1008, nº 39.

departamentos também destoam do princípio da eficiência da administração pública do art. 37 da Constituição.

Nos termos do art. 1º, § 1º, da LC est. 1.208, a tramitação judicial dos inquéritos policiais no Estado de São Paulo se dá de forma regionalizada, por meio das unidades do Departamento Estadual de Inquéritos Policiais, as quais estão localizadas só nas dez sedes administrativas do Tribunal.

A questão ficou bem delineada na manifestação do Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, constantes da folha 8 da representação anexa:

“Afora a questão da violação do juiz natural, é inofidável que a tramitação judicial regionalizada dos inquéritos policiais não obedece a qualquer critério de razoabilidade.

Atente-se ao fato de que inúmeras comarcas situam-se a vários quilômetros de distância da sede regional administrativa a que pertencem.

Observe-se, então, que, a cada controle de dilação de prazo para a conclusão do inquérito policial, os autos terão que ser transportados pela autoridade que preside a investigação da unidade policial em que se encontra lotada até o respectivo Departamento Regional.

Pior. Nos casos que demandem o deferimento de medidas cautelares de urgência, como, por exemplo, interceptações telefônicas, busca e apreensões e prisões temporárias, o presidente das investigações, lotado em distrito policial, ou mesmo em delegacia especializada deverá deslocar-se com os autos de inquérito policial até a sede regional do DIPO que, conforme já men-

cionado, muitas vezes estará situada a longa distância. Enquanto isso, a investigação permanecerá paralisada”.

Se a nova redação da lei resolveu o problema da tramitação física do processo, nem por isso se deve imaginar que os problemas da persecução penal eficaz desapareceram.

Mesmo se se considerar que todos os inquéritos a serem distribuídos ao novo departamento serão eletrônicos, como salienta o TJSP em suas informações, isso de modo algum eliminará a corriqueira necessidade de contato direto entre o Ministério Público e a polícia criminal, para esclarecer aspectos relevantes das diligências e investigações submetidas ao crivo judicial. Isso mostra a inconstitucionalidade aqui apontada.

Problema idêntico ocorre em relação ao Departamento Estadual de Execuções Criminais. A distância entre a sede de cada unidade do departamento e as unidades prisionais inseridas em sua jurisdição acarretará dificuldades para o funcionamento minimamente satisfatório do sistema.

Inerem às varas de execução criminal o atendimento ao Ministério Público, a advogados de condenados, aos próprios réus, em certas situações, e a representantes de órgãos administrativos estaduais ligados à administração de unidades prisionais, bem como a inspeção periódica dos estabelecimentos prisionais.

3.3. Da conclusão parcial

Logo, a jurisdição dos departamentos deve confinar-se às comarcas nas quais sediados, para se evitar a obstrução concreta ao exercício de direitos fundamentais processuais e para se garantir a eficiência da organização judiciária.

4. Das causas de inconstitucionalidade comuns à LC 1.208 e à Res. 617: distorções do regime de garantias constitucionais da magistratura paulista no departamentos

Ainda que se reputassem válidos os aspectos mencionados da lei complementar, ela e a Res. 617 do TJSP seriam inconstitucionais, no que discrepam do regime constitucional federal da magistratura.

4.1. Da ofensa às regras constitucionais de designação de juízes e ao princípio do juiz natural

A Lei Complementar 1.208/2013, do Estado de São Paulo, alterou a organização e a divisão judiciárias dessa unidade da Federação, para efetivar a criação de dois órgãos jurisdicionais, os quais denominou de Departamento Estadual de Execuções Criminais e de Departamento Estadual de Inquéritos Policiais (art. 1º, *caput*), a serem instalados nas sedes administrativas do Tribunal de Justiça paulista, por meio de ato do Órgão Especial da Corte (art. 1º, § 1º).

O art. 1º, §§ 3º e 4º, da LC est. 1.208 conferiu ao Conselho Superior da Magistratura estadual – órgão composto pelo Presidente da Corte, Vice-Presidente, Corregedor Geral de Justiça, decano e presidentes das seções do TJSP – competência para designar juízes para atuar nos departamentos, designar juízes corregedores permanentes de presídios e de polícia criminal; e propor ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça a vinculação das unidades prisionais do Estado às atuais varas de execuções criminais e, posteriormente, às Unidades Regionais do Departamento Estadual de Execuções Criminais.

A primeira inconstitucionalidade contida na lei complementar paulista está justamente na forma prevista para acesso aos departamentos que criou.

O art. 93, II e VIII-A, da Constituição Federal vincula a promoção e a remoção de juízes, de forma exclusiva, aos critérios de antiguidade e merecimento, este aferido segundo requisitos objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento. A Carta Magna, portanto, fixa os parâmetros obrigatórios e únicos a serem observados no acesso dos magistrados aos órgãos judiciais.

Nenhuma outra consideração ou fator de gestão judiciária, por mais ponderável que se afigure, admite a ordem constitucional vigente para a investidura de juiz na jurisdição de uma vara ou juizado.

A LC est. 1.208, ao instituir órgãos judiciais cuja composição se dá por livre designação de juízes que não são fixos, mas passíveis de remoção e substituição a qualquer tempo, por meio de simples ato discricionário – conquanto fundamentado – da administração superior do TJSP, subverte radicalmente esse modelo, em aberta contrariedade aos parâmetros constitucionais. Ao menos, a lei complementar se presta a essa interpretação, afinal fixada na Res. 617, que merece repúdio no controle abstrato de constitucionalidade.

A norma impugnada confere competência ao Conselho Superior da Magistratura paulista para designar os integrantes dos departamentos por ela criados, “mediante inscrição dos juízes interessados, observado o histórico profissional” (art. 1º, § 3º, parte final), em total desacordo com as regras constitucionais que regem o acesso de magistrados aos órgãos judiciais. Viola, conseqüentemente, o princípio do juiz natural.

Em julgado recente, que enfrentou situação análoga em lei alagoana, o Supremo Tribunal Federal acolheu tal entendimento:

“[...]. INDICAÇÃO E NOMEAÇÃO DE MAGISTRADO PARA INTEGRAR A VARA ESPECIALIZADA REALIZADA POLITICAMENTE PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO AOS CRITÉRIOS PARA REMOÇÃO E PROMOÇÃO DE JUÍZES PREVISTOS NA CARTA MAGNA (ART. 93, II E VIII-A). GARANTIAS DE INDEPENDÊNCIA DA MAGISTRATURA E DE QUALIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

.....

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 aprovação do Tribunal”¹⁵.

O vício apontado da designação de juízes ocorre da mesma forma neste caso. Em ambos os modelos, a designação refoge ao método obrigatório imposto pelo art. 93 da Constituição da República.

O princípio do juiz natural constitui garantia constitucional fundamental no Estado democrático de Direito, que “não apenas veda a instituição de tribunais e juízos de exceção, como também impõe que as causas sejam processadas e julgadas pelo órgão jurisdicional previamente determinado a partir de critérios constitucio-

¹⁵ ADI 4.114, rel. Min. LUIZ FUX.

nais de repartição taxativa de competência, excluída qualquer alternativa à discricionariedade”¹⁶.

Trata-se de garantia essencial à cidadania, imediatamente relacionada à imparcialidade do magistrado, a qual visa assegurar tanto a independência do Poder Judiciário em relação a interferências externas provenientes de outros poderes, como do próprio juiz, em relação aos demais órgãos do Judiciário. Alcança, portanto, não só a definição do órgão jurisdicional competente, como também a pessoa física que exerce a função em tal órgão.

Tal princípio deve incidir não apenas no momento da definição do juiz competente para o julgamento de ação penal, como também na fase pré-processual da persecução penal e, posteriormente, na execução da pena¹⁷.

Se há expressa previsão constitucional para intervenção judicial em tais hipóteses, naturalmente será imprescindível assegurar independência e imparcialidade dos magistrados que atuem na fase de investigação preliminar, o que se garante por meio do postulado do juiz natural.

¹⁶ HS 86.899, rel. Min. MENEZES DIREITO.

¹⁷ BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27-28: “a execução penal brasileira é eminentemente judicial. O processo é conduzido pelo Judiciário, dentro dos ditames do devido processo legal e todos os demais princípios constitucionais referentes a um processo penal como a ampla defesa, o contraditório, presunção de inocência etc. Também é de competência do juiz a resolução dos incidentes e demais questões que sobrevenham à execução da pena. Nem mesmo a direção dos estabelecimentos penais por uma autoridade administrativa elide o caráter jurisdicional das decisões sobre os rumos da execução. O juiz, a todo o momento, é chamado a exercer plenamente sua função jurisdicional”.

Caracteriza-se, portanto, violação aos arts. 5^o, XXXVII e LIII, e 93, II e VIII-A, da Constituição da República.

4.2. Da ofensa à garantia da inamovibilidade

Os artigos 5^o e 6^o da Res. 617 do TJSP, em paralelo à LC est. 1.208, atentam contra o estatuto constitucional da magistratura judicial, ao tornarem realidade literal a possibilidade de interpretação defensiva da lei complementar mencionada. Neles se determina que:

- o Conselho Superior da Magistratura designará os juízes para unidades regionais do departamento, pelo prazo de dois anos;
- a designação dos juízes poderá cessar antes do biênio, por solicitação dos próprios ou por “motivo de relevante interesse público”, a critério do Conselho, mediante decisão fundamentada e ouvida a Corregedoria;
- ao revés, a designação poderá ser prorrogada, sempre a critério do Conselho Superior da Magistratura, ouvida a Corregedoria, se o primeiro a julgar conveniente, “a seu critério”.

A resolução estabelece espécie de rodízio bienal de juízes no departamento, cujas designações dependerão de critérios discricionários do Conselho Superior da Magistratura, periodicamente exercidos. Isso destoaria do sistema constitucional, em particular da garantia da inamovibilidade

4.2.1. Do conceito de inamovibilidade e de precedentes do Pleno do STF

A discussão parece ter bom ponto de partida no conceito de inamovibilidade. Com apoio em Castro Nunes e Pontes de Miranda, Fre-

derico Marques definiu: “a inamovibilidade é a garantia que tem o juiz de não ser removido, compreendendo o grau e a sede, a comarca, o cargo, o tribunal e a câmara”¹⁸.

A história do direito constitucional brasileiro comprova a ausência de limite temporal na garantia aludida, especialmente durante a vigência da Constituição de 1891, que não a incluiu de modo expresso entre as salvaguardas da magistratura. “O art. 57 da Constituição de 1891 só se referia à vitaliciedade; mas a jurisprudência já considerava subsumida na vitaliciedade a prerrogativa de ser inamovível”, notou Pontes de Miranda¹⁹. Ao longo de nossa história constitucional, portanto, a inamovibilidade foi concebida sem termo final, porque derivada, quando nada, da vitaliciedade.

Independentemente das discussões a respeito de ordens pretéritas, a alteração drástica do sentido da garantia constitucional na lei, que apenas a deveria complementar, é indisfarçável. As normas atacadas criaram espécie de inamovibilidade apenas temporária, na medida em que a permanência do juiz de direito no “departamento” se condiciona à decisão do Conselho Superior da Magistratura, uma vez a cada biênio.

A distinção conceitual clara entre a inamovibilidade pura e simples e o mandato em função jurisdicional encontra-se estabelecida em acórdão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, no qual se discutiu a criação de varas estaduais especializadas no julgamento de

¹⁸ *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, vol. 1, p. 173.

¹⁹ *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.1, de 1969*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, vol. 3, p. 571.

crimes atribuídos a organizações criminosas. Eis os trechos da ementa do julgado de interesse para o tema:

“DIREITO PROCESSUAL PENAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CRIAÇÃO, POR LEI ESTADUAL, DE VARAS ESPECIALIZADAS EM DELITOS PRATICADOS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.

.....

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) [...]”²⁰.

A ofensa à inamovibilidade encontra-se assim pormenorizada no voto condutor do acórdão:

“A existência de mandato para a ocupação da titularidade da 17ª Vara Criminal de Alagoas é apontada como afrontosa à garantia da inamovibilidade dos magistrados (‘Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: (...) II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII’).

A independência da magistratura, definida por Ferrajoli como a exterioridade do juiz ao sistema político e em geral a todo sistema de poderes (Ferrajoli, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006. p. 534), depende da existência de garantias orgânicas que escudem suas funções

²⁰ ADI 4.414, rel. Min. LUIZ FUX.

institucionais contra ameaças externas ou internas de ingerência indevida. A independência, na esteira do preceituado por Antoine Garapon, pode ser qualificada como externa, que é a liberdade de que goza globalmente a magistratura em comparação com outros órgãos públicos, e interna, aquela de que gozam os membros dentro de sua corporação (O juiz e a democracia. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Renavan, 1999. p. 60).

Carnelutti qualifica a inamovibilidade dos juízes como um dos princípios fundamentais do regimento do Estado, apontando que a independência do juiz é uma garantia de justiça. Segundo o jurista italiano, o magistrado inamovível não pode ser dispensado ou transferido segundo o poder discricionário da autoridade administrativa – a inamovibilidade se traduz precisamente na supressão da discricionariedade desse poder (Sistema di Diritto Processuale Civile. V. I. Padova: CEDAM, 1936, p. 647-651). A peculiaridade da compreensão italiana de inamovibilidade, que engloba a garantia que aqui entendemos por vitaliciedade, não prejudica a aplicação desses ensinamentos ao caso em tela.

O vínculo existente entre o magistrado e o Estado-administrador não pode afetar a imparcialidade do Estado-juiz. Por isso, o sistema de remuneração, promoções e remoções de juízes deve atender a parâmetros preestabelecidos, insuscetíveis de distorções voltadas ao atendimento de interesses menos ortodoxos, que visem fins outros que não a justiça.

Esse sistema de regência da carreira dos magistrados, como também ressalta Carnelutti (Lezioni di Diritto Processuale Civile. V. Terzo. Padova: CEDAM, 1986. p. 114), é um dos aspectos do princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CRFB), e, portanto, ao menos seus elementos básicos devem constar na Constituição da República. E assim dispuseram os incisos II e VIII-A

do art. 93 da Lei Maior, balizando o modo de se proceder à promoção de entrância para entrância, a remoção e a permuta dos juízes.

.....

Nesse ponto, a norma estadual atenta contra a Constituição, permitindo a nomeação de magistrado para a titularidade de Vara por meio da simples indicação e nomeação, de forma política, pelo Presidente do Tribunal, com a aprovação do Pleno. Os critérios constitucionais foram afastados, dando margem a um paulatino enfraquecimento da instituição. Esse desvio antijurídico deve ser combatido pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício da sua função de guarda da Carta Magna”.

A ilicitude da transformação da inamovibilidade em mero mandato confirmável bienalmente pela administração superior do tribunal de justiça decorre também da *ratio* de outro precedente do Supremo Tribunal Federal. Distintamente do julgado anterior, o outro versou sobre a inamovibilidade dos integrantes do Ministério Público. O caso originou-se dos seguintes fatos:

“O recorrente, conforme demonstrado nos autos, em fevereiro/90, foi afastado do ofício que estava ocupando, como Promotor Público, junto à Primeira Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais, sem, como seria de mister, ‘decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa’, como previsto no art. 128, § 5º, I, B, da Carta de 1988”.

A ementa do julgado do Supremo Tribunal Federal bem lhe reflete o conteúdo:

“Ministério Público do Distrito Federal. Acórdão que condicionou a inamovibilidade de seus membros à criação dos respecti-

vos cargos mediante lei complementar. Alegada ofensa à garantia constitucional.

Procedência da alegação.

Os membros do Ministério Público do Distrito Federal têm assegurada a garantia da inamovibilidade, de forma expressa, desde 1946 (CF/1946, art. 127; CF/1967, art. 138, § 1º; EC 01/69, art. 95, § 1º; CF/1988, art. 128, § 5º, I, b).

A Lei Complementar nº 75/93, na esteira do que já haviam disposto a Lei nº 3.754/60 (art. 42, § 3º) e a Lei n. 7.567/86 (art. 31), definiu os cargos, nas Promotorias de Justiça, como 'unidades de lotação' do Ministério Público do Distrito Federal, tornando desnecessária a criação de cargos, tida pelo acórdão recorrido como pressuposto da aplicação da garantia sob enfoque, nessa unidade federada.

Ato administrativo que, por destoar dessa orientação, não tem condições de subsistir.

Recurso provido, para o fim de deferimento do mandado de segurança”²¹.

Os trechos fundamentais do voto condutor do julgado estabelecem que a designação do Promotor para funcionar perante determinada Vara da Justiça do Distrito Federal tem como consequência torná-lo inamovível naquele ofício:

“Manifesta, portanto, a ofensa ao princípio da inamovibilidade.

Na verdade, a aceitação do entendimento contido em tais proposições valeria pelo reconhecimento de que os membros do

²¹ RE 150.447, rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ 15.8.1997.

Ministério Público do Distrito Federal não gozam da garantia da inamovibilidade ou que, em outras palavras, no Ministério Público no Distrito Federal não impera o princípio da independência da instituição, posto pela Carta da República no interesse, não propriamente dos seus membros, mas, principalmente, de toda e qualquer pessoa presentante legitimamente investido de suas funções junto ao órgão processante, sem possibilidade de substituição.

.....

Assim, no caso dos autos, a designação do impetrante para servir, como Promotor de Justiça, junto à Primeira Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais, é de ser considerada como lotação no respectivo ofício, ao qual restou vinculado, para efeito de inamovibilidade, na forma exposta.

Dela, conseqüentemente, não poderia ter sido afastado se não compulsoriamente, na forma preconizada no art. [128], § 5º, [I], B, da Constituição”.

A circunstância de o art. 6º da Resolução 617/2013 conter cláusula final que permite “renovar a designação” do juiz não o redime, porque a possibilidade de recondução ainda interfere de modo grave na garantia discutida, ao criar o oximoro da inamovibilidade periodicamente instável.

Em rigor, a faculdade de recondução pelo Conselho Superior da Magistratura agrava o problema, ao invés de mitigá-lo. Seria muito menos danoso à independência dos juízes que a mudança fosse compulsória do que dependente bianualmente do beneplácito do colegiado, por mais bem intencionado e capacitado que seja. A cada biênio reabre-se o flanco da potencial dependência de apoios políticos internos à instituição – e, quiçá, externos – para a permanência

do magistrado em seu ofício. Isso é tudo o que a Constituição não quis, em termos de independência funcional ante as instâncias superiores da carreira e aos fatores de poder da sociedade de modo geral: o transcurso de dois anos sujeitaria o juiz interessado em ali permanecer a sair em busca de apoio para sua inamovibilidade.

Recorde-se clássica passagem de João Barbalho a respeito da vitaliciedade, que se aplica ao contexto por identidade de razões: “as decisões e interpretações constitucionais de uma corporação demissível ou *pro tempore* transformariam, afinal, a Constituição no que o governo quisesse! Isto posto, não será fora de razão dizer-se que os magistrados devem ser perpétuos para que perpétua possa ser a Constituição”²².

De resto, as objeções decorrentes das técnicas de gestão de pessoal oponíveis à inamovibilidade não vão ao ponto de derrogar a norma específica da garantia, porque seriam, no máximo, subsumíveis ao imperativo amplo da eficiência do *caput* do art. 37 da Constituição. Contudo, a regra da inamovibilidade é especial e, portanto, prefere à geral. Não fosse isso, a própria Constituição dispõe de mecanismos para coibir desvios da inamovibilidade. Há as sanções em sentido estrito, agrupáveis sob a grande rubrica do poder correicional dos colegiados internos e do Conselho Nacional de Justiça, entre as quais se conta a remoção por interesse público. Também existem as sanções premiaias, simbolizadas pelas promoções, no exemplo mais marcante.

²² Constituição Federal Brasileira: comentários. Ed. fac-similar, Brasília: Senado Federal, 1992, p. 231.

Dessa maneira, as normas impugnadas são inválidas, por degradarem a inamovibilidade constitucional a mandato no ofício, com a possibilidade de prorrogação, segundo o nuto do Conselho Superior da Magistratura paulista. O STF assentou, entretanto, que “o magistrado inamovível não pode ser dispensado ou transferido segundo o poder discricionário da autoridade administrativa – a inamovibilidade se traduz precisamente na supressão da discricionariedade desse poder”²³. A concepção de inamovibilidade da lei complementar e da resolução é inconstitucional, justamente por sujeitar a permanência dos juízes na unidade judiciária a avaliações discricionárias inspiradas, na melhor das hipóteses, em técnicas de administração de pessoal, mas sempre sujeitas às distorções da ingerência das variadas formas de poder na atividade do Poder Judiciário. A inamovibilidade constitucional existe para eliminar esse risco.

4.2.2. *Da impossibilidade de edição de exceções infraconstitucionais à inamovibilidade*

Outro dos vícios das normas aludidas está na impossibilidade de se acrescentarem exceções à garantia da inamovibilidade. Todas as exceções juridicamente admissíveis decorrem do sistema da Constituição de 1988.

A garantia constitucional só poderia ter seu âmbito de incidência diminuído por ato inferior se contivesse autorização para tanto. Isso, contudo, não ocorre. O art. 93, VIII, em par com o art. 95, II, da Constituição determina, ao contrário, que o Legislativo editará norma com observância de suas diretrizes – no caso, a possibilidade

²³ Voto condutor da ADI 4.414.

de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, apenas com base em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa. A Constituição não promoveu delegação ao legislador para criar novas hipóteses de afastamento da garantia. Deferiu-lhe apenas o poder de pormenorizar as exceções constantes do texto constitucional. Quando muito, cabe-lhe explicitar exceção menos evidente no sistema ou em alguma de suas regras específicas, como na hipótese da promoção.

A ausência de espaço para o legislador complementar ou o ordinário – e, *a fortiori*, os órgãos no exercício do poder regulamentar – criar nova exceção à regra da inamovibilidade torna-se ainda mais clara quando se examina o todo do estatuto constitucional da magistratura judicial. Ao contrário do que ocorre com a regra da inamovibilidade, o próprio constituinte explicitou que diversos temas se abririam à atividade complementar ou ordinária do Congresso Nacional na disciplina do Poder Judiciário. O contrário ocorre com a cláusula constitucional mandatória da regulação em lei complementar da inamovibilidade, a que se referem os artigos 93, VIII, e 95, II. Nela se determina que o legislador a consagre, nos termos em que ali está desenhada.

Daí haver *Frederico Marques* defendido, na ordem constitucional anterior, que só três alternativas se abriam à inamovibilidade dos juízes:

“Admite, porém, a Constituição, três restrições [à inamovibilidade]: a) a remoção consequente de promoção aceita; b) remoção ou promoção a pedido; c) remoção, por motivo de interesse

público, reconhecido, *ex vi* do art. 113, § 2º, pelo voto de dois terços dos membros efetivos do tribunal superior competente”²⁴.

A percepção das exceções do sistema ficava mais clara durante a vigência das Cartas de 1934 e de 1937, porque ambas as agrupavam em uma só norma de redação idêntica (respectivamente, o art. 64, B, e o art. 91, B). Neles se deferia aos juízes “a inamovibilidade, salvo remoção a pedido, por promoção aceita, ou pelo voto de dois terços dos Juízes efetivos do tribunal superior competente, em virtude do interesse público”. E nada mais. A disciplina do tema mantém-se em idênticas bases, por força dos artigos 93, VIII, e 95, II, da Constituição de 1988.

Julgado recente do Supremo Tribunal Federal mostra que as exceções à inamovibilidade resultam do sistema da Constituição, ao notar: “o magistrado só poderá ser removido por designação, para responder por determinada vara ou comarca ou para prestar auxílio, com o seu consentimento, ou, ainda, se o interesse público o exigir, nos termos do inciso VIII do art. 93 do Texto Constitucional”²⁵.

Mais do que não requerer, a Constituição não admite atividade legislativa na criação de hipóteses das exceções constitucionais à inamovibilidade. O Congresso Nacional e o Poder Legislativo estadual podem tornar mais explícito o que é do sistema, mas não se lhes faculta acrescentar ditas hipóteses. Nesse sentido, erram as normas do subsistema impugnado, por supor terem autoridade própria para inovar o conceito constitucional de inamovibilidade.

²⁴ *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, vol. 1, p. 173.

²⁵ MS 27.958, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

4.2.3. Da inconstitucional presunção legal e regulamentar de interesse público pelo decurso de prazo

A lei complementar estadual e a resolução são inválidas, também, por inovar a disciplina da inamovibilidade em desacordo com o conteúdo dos arts. 93, VIII, e 95, II, da Constituição.

O defeito consiste em haverem insinuado no conceito de interesse público sentido incompatível com esses artigos da Constituição. Criou-se ali presunção legal da ocorrência de interesse público, pelo mero decurso de prazo.

Sabe-se que o interesse público fica acautelado pela independência do magistrado e dos integrantes do Ministério Público e que esta depende de não serem eles movidos de seus ofícios, pois assim têm como arrostar pressões do poder instituído e das classes mais favorecidas. Pinto Ferreira dá a dimensão do problema na experiência constitucional brasileira durante a vigência do art. 153 da Constituição do Império, expresso quanto à inexistência de direito à inamovibilidade: “Joaquim Nabuco [...] salienta como o governo oprimia a magistratura da época, removendo os magistrados a seu talante”²⁶.

A presunção dos artigos 5^o e 6^o da Res. 617 destoa do conceito constitucional, por lhe inverter o sentido da regulação, transformando a exceção em regra e vice-versa. A atribuição constitucional da inamovibilidade aos integrantes do Poder Judiciário brasileiro demonstra, logo de saída, que o interesse público na matéria consiste em regra na permanência daquelas pessoas nos ofícios para os quais hajam sido designados. A outorga constitucional da inamovi-

²⁶ “Art. 153. Os Juizes de Direito serão perpétuos, o que todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar”.

bilidade a poucas categorias de agentes públicos, por oposição a todos os demais, indica que o interesse público está na manutenção dos juízes em seus postos. O caráter excepcional da remoção, sublinhado nos arts. 93, VIII, e 95, II, da Constituição, decorre tanto do caráter amplo da garantia, como dos cuidados que a cercam – o quórum para seu levantamento e a indispensabilidade da ampla defesa do integrante da carreira afetado pela medida.

Larenz observou sobre o modo pelo qual se interpretam os preceitos legais que guardam entre si a relação de regra-exceção de determinada disciplina: “deve-se evitar que a intenção da disciplina do legislador seja invertida por meio da interpretação demasiado ampla ou por meio da aplicação analógica dos preceitos excepcionais”²⁷. Se a impossibilidade de inverter o sentido da regulação de certo tema por meio da interpretação da regra e da exceção é inviável no mesmo plano hierárquico, isto é, quando se fixa o sentido de duas normas legais por sua contraposição, com maior razão se deve tomar tal cuidado, se em causa normas de diferentes níveis da ordem jurídica. Na segunda hipótese, de que aqui se cuida, jamais a regra geral constitucional poderia ter seu sentido trocado pela exceção legal. Mais do que uma infração a regra hermenêutica, tem-se aí causa de invalidade da norma inferior.

Daí a invalidade das normas em causa, porquanto adulteraram o sentido da regulação constitucional da inamovibilidade: o sentido da disciplina constitucional da inamovibilidade, consistente na

²⁷ *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 5. Aufl., Berlin: Springer Verlag, 1983, p. 341: “Es muß vermieden werden, dass durch eine allzu weite Auslegung der Ausnahmestimmungen oder durch deren analoge Anwendung die Regelungsabsicht des Gesetzgebers schließlich in ihr Gegenteil verkehrt wird”.

permanência do juiz em sua unidade, foi invertido pela regra legal de exceção, que passou a presumir o interesse coletivo na remoção bienal dos referidos agentes de seus postos.

4.2.4. Da inconstitucional estrutura abstrata da exceção à inamovibilidade

Não bastasse inverterem os termos da equação constitucional de atendimento do interesse público, a lei complementar e a resolução foram além, para eleger modelo impróprio de aferição da ocorrência de motivo autorizador da remoção dos juízes. A Constituição impõe razão concreta para a remoção do magistrado, enquanto as normas impugnadas elegeram circunstância normativa – abstrata, portanto – para determinar a medida.

A doutrina mais autorizada acentua a índole concreta – e não genérica – da causa da remoção por interesse público. Antonio Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco notam: “vale, para tal remoção, o que se disse acima quanto à disponibilidade, pois se trata de decisão administrativa, sujeita à revisão judicial através de processo”²⁸. No trecho pertinente à indisponibilidade, os autores citados reafirmam que os atos mencionados no art. 93, VIII, da Constituição “se resolvem em processos administrativos conduzidos pelo Poder Judiciário” e “são passíveis de revisão jurisdicional por sentença judiciária”²⁹.

²⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 165.

²⁹ Ob. e loc. cit.

O caráter concreto da medida excepcional à inamovibilidade admitida pela Constituição decorre da estrutura do art. 93, VIII, da Constituição: a garantia só pode ser excepcionada pelo voto de colegiado do tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, “assegurada ampla defesa” do agente retirado de seu ofício. Independentemente da tormentosa discussão de saber se se cuida de pena, a que corresponde o exercício da ampla defesa, parece certo que o motivo autorizador da decisão do órgão do Poder Judiciário deve ser de natureza concreta, pois só assim tem sentido a imposição da defesa do interessado.

Algo por inteiro diferente ocorre na lei complementar e na resolução. O sistema de inamovibilidade ali desenhado gira em torno do princípio normativo – abstrato, portanto – de rotatividade bienal dos juízes nos departamentos que criaram. Ainda que a redação não imponha, o fundamental está em que a inamovibilidade é normativamente posta em xeque a cada biênio, sem que existam fatos ou motivos concretos a autorizar a medida.

Mas, ao decurso do tempo puro e simples, não se tem como opor defesa. Ninguém tem como se defender de normas, dado seu grau de abstração. Só a existência de motivo concreto oposto à inamovibilidade explica o direito de defesa, entendido como diálogo entre o titular da unidade judiciária e os órgãos superiores do tribunal encarregados da análise de sua permanência nele. Não tem sentido nem exequibilidade o diálogo entre o juiz e a diretiva da lei de se alternarem os postos de trabalho a cada biênio. Em primeiro lugar, porque não há diálogo entre o agente público e a lei; existe aí relação de subordinação. Depois, o colegiado do TJSP não poderá alterar o critério legal da precariedade bienal, em contrariedade à lei

complementar e à resolução (neste caso, salvo se ele próprio a alterar).

Nem a Lei 559/1850, votada para pôr cobro aos abusos imperiais na remoção de juizes, foi ao ponto de eleger exceções abstratas, como as temporais, à inamovibilidade ali criada. Provavelmente, por antever que isso esvaziaria a garantia nela concedida:

“Art. 2^o. Os Juizes não poderão ser removidos, sem requerimento seu, para Comarca de classe anterior; e na mesma classe, senão nos casos seguintes:

§ 1^o. Se tiver aparecido rebelião, guerra civil ou estrangeira, ou mesmo sedição ou insurreição dentro da Província, ou conspiração dentro da Comarca.

§ 2^o. Se o Presidente da Província representar sobre a necessidade de sua remoção, com especificadas razões de utilidade pública. Neste caso, será ouvido o Conselho d’Estado, precedendo audiência do Magistrado, sempre que della não resultar inconveniente; dando-se em todo o caso, ao Juiz removido conhecimento das razões da remoção”.

Em suma, a lei complementar e a resolução criaram presunção abstrata de interesse do serviço na remoção de juizes dos departamentos após o transcurso de cada biênio. A Constituição, porém, não tolera a suposição abstrata da ocorrência de interesse público na remoção, decorrente apenas do automatismo do calendário.

5. Do pedido de liminar

O perigo na demora da decisão a ser proferida na presente ação direta parece evidente e reside *in re ipsa*, pois impedirá de fato o pleno exercício dos direitos fundamentais de defesa mencionados,

bem como exporá os magistrados paulistas de primeiro grau a regime funcional diverso do prescrito na Constituição. Pede-se vênia, *brevitatis causa*, para se indicarem os fundamentos da urgência da tutela mencionada.

A disparidade de causas de inconstitucionalidade recomenda sejam distinguidas a natureza e a extensão do pedido de liminar nesta ação direta.

5.1. Do pedido cautelar referente à LC est. 1.208

Pede-se seja determinada a suspensão da aplicação da LC est. 1.208 com sentido destoante do imposto pela Constituição.

O pedido desdobra-se na interdição provisória da interpretação da lei, nos seguintes sentidos:

5.1.1. que atribua competência aos Departamentos Estaduais referidos para além das comarcas em que situadas suas sedes (art. 1º e seus §§);

5.1.2. que implique a supressão ou mitigação das garantias constitucionais federais da magistratura acima indicadas, isto é, o provimento e o afastamento de magistrados dos departamentos deve seguir os critérios da Constituição Federal, vedados os inovados na lei complementar estadual (art. 1º e seus §§).

5.2. Do pedido cautelar relativo à Res. 617

Solicita-se a concessão de liminar ordenando a integral suspensão da aplicação da Res. 617, porque sua íntegra disciplina de modo inconstitucional o provimento e a remoção de magistrados paulistas no âmbito dos departamentos referidos.

A facilidade com que se pode reformar a resolução do TJSP, em contraposição ao procedimento de reforma de lei complementar, aconselha que se suspenda o ato regulamentar como um todo, de modo a permitir que logo se edite outro em conformidade com a Constituição.

6. Do pedido principal e de providências processuais

O autor requer que, colhidas as informações, seja ouvido o Advogado-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição da República, e, em seguida, que lhe seja concedido prazo para manifestação.

Por fim, pede-se a procedência desta ação direta para:

6.1. declarar-se a inconstitucionalidade sem redução de texto do art. 1º da LC est. 1.208, de modo a se proscreeverem todas suas interpretações que impliquem a extensão da competência dos departamentos estaduais referidos para além das comarcas em que situadas suas sedes (art. 1º e seus §§);

6.2. declarar-se a inconstitucionalidade sem redução de texto do art. 1º da LC est. 1.208, de modo a se proscreeverem todas suas interpretações que impliquem a preterição das garantias da magistratura indicadas acima;

6.3. acaso assim não se entenda, ou seja, acaso se rejeitem os pedidos 6.1 e 6.2, requer-se subsidiariamente a declaração da inconstitucionalidade da LC 1.208, exceto no que tange à criação dos cargos dos serviços auxiliares do TJSP; e

6.4. declarar-se a inconstitucionalidade pura e simples da Res. 617 do TJSP.

Brasília, 28 de novembro de 2013.

Odim Brandão Ferreira
Subprocurador-Geral da República

Aprovo:

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República