

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR ROBERTO MONTEIRO GURGEL
SANTOS, DD. PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

Ementa: Representação para fins de propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual nº 1.208, de 23 de julho de 2013. Lei que cria os Departamentos de Execução Criminal e Inquéritos Policiais. Violação da garantia do juiz natural, insculpida no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição da República.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por seu **Procurador-Geral de Justiça**, com endereço funcional na Rua Riachuelo, 115, 8º andar, Centro, São Paulo, Capital, vem pela presente **REPRESENTAR** a Vossa Excelência a fim de que seja proposta perante o **Col. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 1.208, de 23 de julho de 2013, do Estado de São Paulo**, fazendo-o pelos motivos a seguir expostos.

1) **FATOS INDICATIVOS DA RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL**

Em 23 de julho de 2013, foi publicada a Lei Complementar Estadual nº 1.208, quando teve início a sua vigência.

Dispõe o artigo 1º do aludido projeto sobre a criação do *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.

Nos termos do § 1º do referido dispositivo, os mencionados 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.

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

Em conformidade com o disposto no § 3º, o Conselho Superior da Magistratura designará os juízes que atuarão nos referidos Departamentos, bem como os juízes corregedores permanentes de presídios e polícia judiciária, mediante a inscrição dos juízes interessados, observado o histórico profissional.

Segundo o § 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.

O § 5º, por sua vez, disciplina que a vinculação atual das unidades prisionais às Varas competentes para conhecer das execuções criminais permanecerá vigente até a absorção do sistema pela nova estrutura.

De acordo com o § 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.

Em obediência ao § 8º, os processos de execuções criminais em curso perante as varas especializadas permanecerão nas varas em que estão tramitando até sua conclusão.

O artigo 2º da mencionada Lei Complementar dispõe sobre a criação de cargos de funcionários para atender às unidades dos referidos Departamentos e o artigo 3º determina que a lei entre em vigor na data de sua publicação.

A aludida Lei Complementar não resiste a um teste de compatibilidade vertical com a ordem constitucional vigente, ante a violação da garantia do juiz natural, insculpida no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição da República.

2) INCONSTITUCIONALIDADE: VIOLAÇÃO DA GARANTIA DO JUIZ NATURAL

A Lei Complementar nº 1.208/2013 padece de vício de inconstitucionalidade em razão de nítida afronta a garantia do juiz natural, insculpido no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição da República.

Anote-se de início que, no Capítulo I do Título II, dentre os direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, sem qualquer parcimônia, a Constituição Federal de 1988 elencou inúmeros relacionados ao processo, principalmente no que concerne ao processo penal.

Dentre as garantias, assume elevada importância a do juiz natural, que, na Espanha é chamada de “juiz competente”, e na Alemanha de “juiz legal”.

“Consiste no direito que cada cidadão tem de saber, de antemão, (...) qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo, caso pratique uma conduta definida como crime no ordenamento jurídico-penal”¹.

¹ Lopes Jr, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, Vol. I, 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008, p. 404.

É “o direito a um juiz instituído antes do fato e competente para julgar o processo segundo critérios legais, prévios e taxativos, fixados por lei em vigor no momento da prática do delito”².

“O juiz natural é aquele destinado, por critérios legais, antecipados e lógicos, sem artificialismos, a analisar determinada causa concreta, guardando eqüidistância das partes”³.

A garantia do juiz natural, sob o aspecto positivo, assegura o direito ao juiz competente (artigo 5º, inciso LIII), e sob o negativo, veda a criação de tribunais de exceção (artigo 5º, inciso XXXVII).

“A distinção fundamental entre a vedação dos tribunais de exceção (art. 5º, inciso XXXVII), de um lado, e o direito ao juiz competente predeterminado por lei (art. 5º, inciso LIII), de outro, é que a primeira diz respeito à constituição do órgão em relação à organização judiciária, enquanto que o segundo diz respeito à distribuição de competência entre os órgãos previamente instituídos, isto é, pertencentes à organização judiciária segundo as normas constitucionais. Ou seja, a análise do juiz competente pressupõe ser

² Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro. Tese de Livre-Docência em Direito Processual Penal – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p.35.

³ Nucci, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 303.

este um órgão constitucionalmente previsto como integrante do Poder Judiciário, isto é, não se tratar de um tribunal de exceção ou extraordinário”⁴.

A garantia do juiz natural visa assegurar a imparcialidade do magistrado a quem caberá o julgamento do fato delituoso imputado a alguém, mesmo porque a imparcialidade do juiz é da própria essência da atividade jurisdicional, pois “o processo, enquanto um dos meios de heterocomposição dos conflitos e de aplicação da lei, somente tem razão de ser quando o ato final de exercício de poder seja realizado por um terceiro suprapartes, isto é, um sujeito imparcial”⁵.

Mas é inoxidável que será inalcançável a imparcialidade sem que se confira ao magistrado independência, e, sob este aspecto, relevante se mostra a distinção entre independência externa e interna.

A primeira afasta o próprio Poder Judiciário de qualquer interferência externa, emanada de qualquer dos outros Poderes do Estado, e encontra fundamento na cláusula da separação dos poderes, elencada de forma expressa no artigo 2º da Constituição da República.

⁴ Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A garantia do juiz natural no processo penal, p. 142.

⁵Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A garantia do juiz natural no processo penal, p. 22.

A segunda vincula-se a independência do próprio magistrado, em relação aos demais órgãos do próprio Poder Judiciário, principalmente no que concerne aos órgãos de direção, como, por exemplo, a presidência, o conselho superior e a corregedoria do tribunal a que pertence.

Neste último enfoque, é ineludível que se os tribunais, sob o ponto de vista administrativo, são hierarquicamente superiores aos juízes de primeiro grau, sob o aspecto jurisdicional tal assertiva não corresponde à verdade.

“Na atuação *hic et nunc* dentro do processo, o juiz não recebe ordens dos tribunais superiores, visto não existir poder hierárquico de mando entre órgãos da magistratura. Vínculos hierárquicos não prendem o juiz quando este exerce a função jurisdicional. Os graus de jurisdição, a diferenciar as instâncias, nada mais traduzem, como salienta Adolf Merkl, que ‘uma competência de derrogação, e nunca uma competência de mando do superior sobre a instância inferior’⁶.

Do que foi dito resulta clara e segura a conclusão de que a garantia do juiz natural alcança não só a definição do órgão jurisdicional competente, como também a pessoa que exerce a função jurisdicional

⁶ Marques, José Frederico. Manual de Processo Civil, Vol. 1, 13ª edição, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 108.

naquele órgão previamente determinado por lei. Afinal, o juiz natural é “um mecanismo para assegurar o julgamento por um juiz imparcial, e é inegável que a imparcialidade deve ter por objeto a pessoa que irá julgar, e não apenas o órgão jurisdicional. O órgão jurisdicional é um ente abstrato que integra a organização judiciária. Assim sendo, a imparcialidade do juiz no exercício da função jurisdicional somente tem sentido quando considerada com vistas à pessoa física”⁷.

E como a imparcialidade decorre da independência do magistrado, para garantir aquela é preciso assegurar esta, evitando-se transferências involuntárias do julgador de um para outro órgão jurisdicional. Daí a finalidade da garantia da inamovibilidade (artigo 95, “caput”, da Constituição da República).

É inegável, portanto, que viola a independência e, em consequência, a imparcialidade, não só a transferência involuntária do magistrado de um órgão jurisdicional para outro, como também a designação de juiz para a presidência de determinado ou determinados processos.

O mesmo se diga quando, fora das hipóteses taxativamente previstas em lei, há o deslocamento de processos de um órgão

⁷ Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A garantia do juiz natural no processo penal, p. 215.

jurisdicional para outro, fato este que, indiretamente, implicaria em violação da garantia da inamovibilidade do magistrado.

Afinal, “na tradição brasileira, o princípio representa dupla garantia: proibição de tribunais extraordinários (poder de comissão) e proibição de evocação (transferência de uma causa para outro tribunal)”⁸.

“Torna-se essencial vedar a criação e a manutenção de Varas Criminais vagas, ou seja, postos ocupados por juízes, que não são fixos, passíveis de remoção e substituição a qualquer momento, por mero ato discricionário da direção do Tribunal. Em lugar de *Varas*, tais postos podem obter diversas denominações (Departamentos, Centro Operacional etc.), mas são fontes de atuação jurisdicional, por vezes, muito relevante, a ponto de restarem desguarnecidas da inamovibilidade”⁹.

Ora, portanto, não resta qualquer dúvida quanto ao fato de que, ao criar departamentos, cuja composição se dá pela livre designação de magistrados por órgãos da administração superior do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e que de lá podem ser removidos ao livre

⁸ Fernandes, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, 6ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 124.

⁹ Nucci, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 309.

arbítrio dos responsáveis pela designação, a Lei Complementar Estadual nº 1.208/13 fere o princípio do juiz natural.

Nem se diga que a garantia do juiz natural não abrangeria a fase administrativa da persecução penal, nem a fase executória do processo penal, e que, portanto, a criação de Departamentos de Inquérito Policial e de Execuções Criminais, da forma como foi feita, não acarretaria qualquer mácula àquela garantia fundamental.

É certo que, tradicionalmente, a garantia do juiz natural aparece vinculada ao processo penal, ou melhor dizendo, à definição do juiz competente para o julgamento da ação penal condenatória.

Mas apenas equivocado raciocínio poderia levar a errônea conclusão de que, por não se falar em definição de competência jurisdicional em sede de investigação preliminar, não haveria nesta fase da persecução penal a incidência do juiz natural.

É irrefutável que na fase de investigação, ante a indiscutível restrição de direitos fundamentais, há diligências cuja realização pressupõe prévia autorização judicial, como, por exemplo, aquelas que implicam na quebra de sigilos constitucionalmente garantidos ou mesmo as buscas domiciliares.

Não é por outra razão que o artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal proclama que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da *autoridade judiciária competente*”.

“O juiz que atua durante a investigação preliminar é um juiz como todo e qualquer juiz. Tem as mesmas prerrogativas, iguais garantias e se submete a idênticas vedações constitucionais e impedimentos legais. É, pois, um juiz, um integrante do Poder Judiciário que como todos seus demais membros, tem na sua essência a imparcialidade. Também no inquérito ou qualquer outra forma de investigação preliminar há o direito ao juiz natural e, conseqüentemente, de que os atos jurisdicionais eventualmente praticados sejam emanados de juiz competente. O juiz que decreta medidas cautelares no curso do inquérito policial deve ser um juiz predeterminado por lei”¹⁰.

Assim, se a própria Constituição para tais hipóteses exigiu a intervenção judicial, é inegável que tal magistrado deve ser independente e agir de forma imparcial, o que se garante também através do postulado do juiz natural.

¹⁰ Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A garantia do juiz natural no processo penal, p. 265.

Exatamente por isso admite-se a interposição de exceção de incompetência já na fase administrativa da persecução penal.

A obediência à garantia do juiz natural exige a distribuição dos autos de investigação preliminar (inquérito policial ou qualquer outro instrumento de investigação prévia) ao órgão jurisdicional anteriormente constituído (Vara), cuja competência venha previamente estabelecida em lei.

Não resta dúvida, portanto, que a criação do Departamento de Inquérito Policial, conhecido no Estado de São Paulo pela sigla DIPO, desobedece à garantia constitucional em estudo.

Afora a questão da violação da garantia do juiz natural, é inolvidável 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 da 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 mencionado, muitas vezes estará situada a longa distância. Enquanto isso, a investigação permanecerá paralisada.

Evidentemente, trata-se de prática desarrazoada, incoerente e incompatível com a prudência e sensatez que deve nortear a produção legislativa.

De outra banda, ante a admissão da natureza jurisdicional da execução penal, mostra-se incontestável a incidência da garantia do juiz natural nesta fase de concretização do poder de punir do Estado.

Observe-se que “a tutela tendente a efetivação da sanção penal é objeto do *processo de execução*, o qual guarda natureza indiscutivelmente jurisdicional e faz parte do direito processual”¹¹.

¹¹ Grinover, Ada Pellegrini. “A exigência de jurisdicionalização da execução na América Latina”, in *O processo em evolução*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1998, p. 259.

“O processo de execução penal nada mais é do que o instrumento através do qual opera a jurisdição, para a tutela judiciária dos direitos subjetivos do sentenciado e para a efetiva realização do comando concreto emergente da sentença. Sentença penal condenatória que, aplicando a sanção, se constitui no título executivo necessário à instauração do processo de execução penal”¹².

Aliás, a execução penal é marcada por inúmeros incidentes, como, por exemplo, as conversões, o excesso, o desvio, a anistia e o indulto, que acabam alterando o título executivo, submetido à cláusula *rebus sic stantibus*, e a resolução dos mesmos exige a intervenção judicial.

Nestes termos, tratando-se de processo, com nítida feição jurisdicional, sobre ele deve incidir todas as garantias constitucionais processuais, inclusive, a do juiz natural.

É certo que o artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal acentua que “ninguém será *processado* nem *sentenciado* senão pela autoridade competente”, sem que fizesse qualquer referência à fase de execução da pena.

¹² Grinover, Ada Pellegrini. “A exigência de jurisdicionalização da execução na América Latina”, p. 259.

“Por certo, não se desconhece a distinção entre processar em julgar, de um lado, e executar as penas, de outro. Todavia, a garantia tem de ser entendida em seu aspecto finalístico, enquanto mecanismo para assegurar a imparcialidade do juiz. E nesse contexto, não há porque excluir do seu campo de incidência a execução das penas. Ressalte-se que as restrições às garantias devem ser interpretadas restritivamente, mas as garantias em si podem e devem ser analisadas de forma a assegurar uma máxima proteção ao indivíduo”¹³.

Ademais, “além de uma justificativa teleológica, há também uma razão prática. Embora as decisões do juiz de execução penal não tenham repercussão no sentido de decidir sobre a culpa ou inocência de um acusado, no que diz respeito ao tempo de prisão ou de cumprimento de pena, seus efeitos são seriíssimos. O juiz de execução penal tem o enorme poder de definir, efetivamente, o tempo que o condenado permanecerá privado de sua liberdade, o regime em que cumprirá tal pena, e até mesmo a ocorrência ou não de causas de extinção da punibilidade que possam reduzir sensivelmente a pena, como no caso de indultos. Deixar tudo isso ao desabrigo da garantia do juiz natural é privar o condenado de um importantíssimo mecanismo

¹³ Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A garantia do juiz natural no processo penal, p. 281

para a garantia do julgamento – no caso, dos incidentes de execução – por um juiz cuja imparcialidade não se possa duvidar”¹⁴.

Em razão de tais circunstâncias é inegável que a garantia do juiz natural incide, inclusive, na fase de execução da pena, impondo-se que o juiz competente seja predeterminado por lei.

Consiste franca violação ao artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal a eleição discricionária e *ex post factum* do julgador que atuará nesta fase do processo penal, ou seja, na execução penal, e é exatamente o que ocorre com a criação do Departamento de Execuções Criminais, composto por juízes escolhidos e designados de forma discricionária pelos órgãos de cúpula do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para a implementação de política criminal que atenda os interesses momentâneos de seus representantes, muitas vezes vinculados a interesses públicos secundários, titularizados pelo Estado-Administração, na maioria das vezes em descompasso com os interesses primários dos membros da sociedade.

3) CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, com a juntada do documento que segue como anexo e considerada a pertinência temática, requer-se a

¹⁴ Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A garantia do juiz natural no processo penal, p. 281

Vossa Excelência o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual n. 1208/2013, a fim de que seja reconhecida sua ilegitimidade constitucional.

Sem mais, aproveitamos o ensejo para renovar a Vossa Excelência nossos protestos de estima e apreço.

São Paulo, 6 de agosto de 2013.

MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA
Procurador-Geral de Justiça

ANEXOS

1. Cópia da Lei Complementar Estadual n. 1208, de 23 de julho de 2013.