



AURY LOPES JR.
advogados associados

PARECER JURÍDICO

Aury Lopes Jr.

Graduado em Direito pela Fundação Universidade Federal do Rio Grande (1991), Especialista em Direito em 1993 e Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid em 1999 (devidamente reconhecido pela UFPE), cuja tese *Sistemas de Investigación Preliminar en el Proceso Penal* recebeu a nota máxima e voto de louvor - cum laude - por unanimidade. Foi Professor Adjunto da Fundação Universidade Federal de Rio Grande de 1993 a 2003, quando exonerou-se a pedido. É Professor Titular do Programa de Pós-Graduação - Especialização, Mestrado e Doutorado - em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul desde 2000. É Professor do Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Foi nomeado pelo Ministro Cezar Peluso para integrar o Grupo de Trabalho que analisou e emitiu Nota Técnica sobre o Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (PLS n. 156/2009). Participou do Conselho Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul de 2001 a 2004. É membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e Membro Emérito do Instituto Baiano de Direito Processual Penal - IBADPP. Coordenador da Revista *Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Suas principais obras publicadas são: *Direito Processual Penal*, 16ª Edição, Editora Saraiva, 2019; *Fundamentos do Processo Penal - Introdução Crítica*, 5ª ed., Editora Saraiva, 2019; *Fundamentos del Proceso Penal*, Espanha, editorial Tirant lo Blanch, 2018; *Fundamentos do Processo Penal*, Lisboa/Portugal, Editora Rei dos Livros, 2016; *Prisões Cautelares*, 5ª edição, Editora Saraiva, 2017; *Investigação Preliminar no Processo Penal*, 6ª edição, Editora Saraiva. É Advogado Criminalista integrante do Escritório Aury Lopes Junior Advogados Associados, com sede em Porto Alegre e Brasília. Conferencista e Parecerista. Página pessoal www.aurylopes.com.br



Vitor Paczek

GRADUADO EM DIREITO PELA PUCRS
ESPECIALISTA EM CIÊNCIAS PENAIS - PUCRS
MESTRE EM CIÊNCIAS CRIMINAIS - PUCRS
DOUTORANDO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS - PUCRS
ADVOGADO NO ESCRITÓRIO AURY LOPES JR



“El juicio es un mecanismo delicado como un aparato de relojería: basta cambiar la posición de una ruedecilla para que el mecanismo resulte desequilibrado e comprometido”. (Camelutti, Derecho Procesal Civil y Penal, p. 342)

EMENTA:

PROCESSO PENAL. IMPARCIALIDADE JUDICIAL E COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. A competência do Supremo Tribunal Federal definida no art. 102, I, 'n' da CF tem a inequívoca finalidade de preservar a imparcialidade judicial, de modo que a admissão do Tribunal de Justiça como *amicus curiae* em processo subjetivo desloca o caso para a Suprema Corte. DISPENSABILIDADE DA ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO E IMPEDIMENTO NA ORIGEM. É dispensável a arguição de impedimento e suspeição dos julgadores do próprio Tribunal Estadual, pois a parcialidade, além de ser matéria de ordem pública, foi comprovada pelo ingresso do TJSP como *amicus curiae*, inaugurando-se a competência da Suprema Corte, cuja jurisdição não pode ser condicionada à decisão dos tribunais inferiores.



SUMÁRIO

PARTE I - SÍNTESE DOS FATOS E DOS QUESITOS FORMULADOS.	03
PARTE II - DAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO.....	04
1. A NOÇÃO DE IMPARCIALIDADE JUDICIAL E A ESTÉTICA DE PARCIALIDADE	04
2. CASO CONCRETO: PEDIDO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA INGRESSO COMO <i>AMICUS CURIAE</i> EM PROCESSO SUBJETIVO E POSTERIOR ADMISSÃO.....	06
3. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA ADMISSÃO: INCIDÊNCIA DO ART. 102, I, 'N' DA CF E A NECESSIDADE DE IMPUGNAÇÃO NA ORIGEM	06
PARTE III - RESPOSTAS AOS QUESITOS.....	09



PARTE I - SÍNTESE DOS FATOS E DOS QUESITOS FORMULADOS

Muito nos honra a consulta *pro bono* solicitada pela Defensoria Pública de São Paulo, através do defensor público Dr. Matheus Bortoletto Raddi atuante em Araraquara/SP (solicitação encaminhada pelo ofício nº 457/19), onde se questiona os limites da imparcialidade judicial em caso específico, em trâmite na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (Reclamação nº 32.080, relatoria Ministro Lewandowski).

O consulente pretende nossa opinião sobre duas questões:

- 1) Na eventualidade de um Tribunal de Justiça Estadual se habilitar como *amicus curiae* do próprio Tribunal de Justiça Estadual em processo sob sua jurisdição, deveria o feito ser deslocado para processamento e julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, na forma do art. 102, inciso I, alínea 'n' da Constituição Federal?**
- 2) O pedido de habilitação formulado pelo próprio Tribunal de Justiça Estadual tornaria prescindível a arguição da suspeição ou impedimento de mais da metade dos membros vinculados àquele mesmo Tribunal de Justiça para fins de reconhecimento do impedimento deste?**

Para subsidiar a consulta, nos foi indicado o acesso à íntegra da Reclamação nº 32.080, que tramita eletronicamente na Suprema Corte.

Em suma, são os fatos que permeiam a consulta.



PARTE II – DAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO

1. A NOÇÃO DE IMPARCIALIDADE JUDICIAL E A ESTÉTICA DE PARCIALIDADE.

A resposta à primeira questão consultada tem como premissa fundante a noção de imparcialidade judicial, pois é nela que se encontra a finalidade do importante art. 102, inciso I, 'n' da CF, onde se estabelece a competência originária da Suprema Corte para julgamento de causas onde *“todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados”*.

Sabemos que a imparcialidade do Juiz é o *Princípio Supremo do Processo*, como ensinam Werner Goldschmidt¹ e Pedro Aragoneses Alonso². Essa lição serve para qualquer tipo de julgamento judicial, que se estabeleça dentro das balizas do devido processo legal.

Seguindo Werner Goldschmidt,³ o termo *“partial”* expressa a condição de parte na relação jurídica processual e, por isso, a *“imparcialidade”* do julgador constitui uma consequência lógica da adoção da heterocomposição, por meio da qual um terceiro *“imparcial”* substitui a autonomia das partes.

Já a *“parcialidade”* significa um estado subjetivo, emocional, um estado anímico do julgador. A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. Mais do que

¹ Na obra *La Imparcialidad como Principio Básico del Proceso. Revista de Derecho Procesal*, n. 2, 1950, p. 208 e ss.

² Na obra *Proceso y Derecho Procesal*, p. 127.

³ No magistral trabalho: *La Imparcialidad como Principio Básico del Proceso. Revista de Derecho Procesal*, n. 2, 1950, p. 208 e ss.



AURY LOPES JR.
advogados associados

isso, exige uma posição de “*terzietà*”,⁴ um “*estar alheio*” aos interesses das partes na causa, ou, na síntese de Jacinto Coutinho,⁵ “*não significa que ele está acima das partes, mas que está para além dos interesses delas*”.

Objetivamente, a imparcialidade é uma construção técnica artificial direito processual, exigindo do juiz um afastamento, um estranhamento, que se manifesta nas dimensões subjetiva e objetiva, na clássica divisão feita pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos desde o caso *Piersack* de 1982.

A parcialidade subjetiva alude à convicção pessoal do juiz, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, está carregado de pré-juízos (que geram um imenso ‘prejuízo’). A objetiva diz respeito a se tal juiz se encontrar em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade, isto é, se o Juiz está em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade ou a **estética de imparcialidade**). É o afastamento estrutural do juiz no processo, a ausência – por parte do juiz – da prática de atos inerentes às partes.

Nesse sentido, buscando resguardar essa importante premissa para o exercício da jurisdição é que a Constituição Federal atribui à Suprema Corte a competência de julgar causas onde “*todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados*” (art. 102, I, ‘n’ da CF). Assim, a finalidade da alínea é: quando o tribunal inferior não estiver em condições de apreciar uma causa, **deve-se acionar esse dispositivo para evitar o julgamento da ação por interessados.**

⁴ Para FERRAJOLI (*Derecho y Razón*, p. 580), é a *ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa*.

⁵ O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*, p. 11.



AURY LOPES JR.
advogados associados

2. CASO CONCRETO: PEDIDO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA INGRESSO COMO *AMICUS CURIAE* EM PROCESSO SUBJETIVO E POSTERIOR ADMISSÃO.

No caso concreto, com a documentação disponibilizada se identifica que o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), além de pedir o ingresso como terceiro interessado, teve o seu requerimento atendido pelo próprio TJSP.

Essa situação processual patológica fulmina a imparcialidade objetiva do próprio Tribunal, porque no pedido de ingresso o próprio TJSP, requer para 'ele' mesmo, a extinção do processo ou a improcedência da ação, comprovando o interesse processual na causa. Esse é o momento (a mera solicitação como *amicus curiae*) em que foi fulminada a imparcialidade objetiva de todo Tribunal de Justiça paulista, porque não há mais a visibilidade ou a estética de imparcialidade quando o interesse do julgador se confunde com o interesse de parte.

Essa situação gera um constrangimento situacional evidente na jurisdição que não exige profundas digressões. A perda da imparcialidade objetiva está comprovada, porque há, no mínimo, dúvida razoável acerca da parcialidade do TJSP, na medida em que não existe afastamento estrutural dos julgadores com o interesse das partes.



3. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS: INCIDÊNCIA DO ART. 102, I, 'N' DA CF E A DISPENSABILIDADE DE ARGUIÇÕES DE SUSPEIÇÃO E IMPEDIMENTO NA ORIGEM.

Com essas premissas fático-jurídicos, é inconteste a adequação do caso concreto à hipótese de competência da Suprema Corte para julgamento da causa. A segunda questão elaborada pelo Dr. Matheus diz respeito à necessidade de arguição de impedimento e suspeição no Tribunal de Justiça paulista e, somente com o acolhimento, inaugurar a competência desta Suprema Corte. **Contudo, no caso concreto essas arguições são dispensáveis.**

Não se descarta que a jurisprudência da Suprema Corte, em alguns julgados, tem restringido a competência originária do art. 102, inciso I, alínea 'n' da CF, para somente quando as exceções de impedimento ou suspeição dos membros do tribunal de justiça forem acolhidas na origem. Daí se envia o caso para o STF.

Essa perspectiva busca delimitar um requisito mínimo de comprovação (*standard* de prova) da parcialidade, para inauguração da competência da Suprema Corte. Processualmente, a Reclamação não exige questionamento ou outro requisito processual dos recursos, pois estamos diante de uma ação autônoma de impugnação, cujos pressupostos estão delimitados e não incluem esses institutos.

No caso concreto, inegavelmente esse requisito (comprovação da parcialidade) foi atendido, atingindo-se a mesma finalidade de eventuais arguições de suspeição e impedimento dos membros do Tribunal de Justiça de São Paulo.



AURY LOPES JR.
advogados associados

A comprovação da perda da imparcialidade objetiva foi comprovada com o pedido (mero pedido, antes da admissão) de ingresso do TJSP como *amicus curiae* e extinção do processo ou improcedência da ação.

Dai porque condicionar a competência da Suprema Corte ao acolhimento das questões incidentais pelo TJSP, além de dispensável do ponto de vista da comprovação empírica da parcialidade, seria exigir um constrangimento institucional por parte do mesmo Tribunal, o que implicaria o reconhecimento da nulidade dos seus próprios atos, ou seja, seria exigir um pedido impossível de ser processado.

Além disso, a arguição de impedimento e suspeição representaria até mesmo convalidação da imparcialidade pelo nobre defensor público, pois estar-se-ia negando que ela é um pressuposto para o exercício da jurisdição, compactuando-se com uma decisão judicial – do TJSP, que analisasse a suspeição de impedimento – nula.

Não fossem essas premissas pragmáticas, recordemos também que a Suprema Corte tem jurisdição prevalente sobre as demais, de modo que a sua competência jurisdicional não é submetida à decisão do Tribunal de Justiça, bastando a existência de fatos naturais que se submetam às hipóteses da CF, como sói ocorrer no caso concreto, especificamente quando o TJSP solicita o ingresso como terceiro interessado e pede a extinção do processo. Soma-se a isso a noção de que imparcialidade é matéria de ordem pública que pode ser cognoscível a qualquer tempo e grau de jurisdição, a conclusão é de que as arguições de impedimento e suspeição perante os julgadores do TJSP são dispensáveis para inaugurar a competência da Suprema Corte, pelo art. 102, I, alínea 'n' da CF.



PARTE III - RESPOSTAS AOS QUESITOS

I. Na eventualidade de um Tribunal de Justiça Estadual se habilitar como *amicus curiae* do próprio Tribunal de Justiça Estadual em processo sob sua jurisdição, deveria o feito ser deslocado para processamento e julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, na forma do art. 102, inciso I, alínea 'n' da Constituição Federal?

R: Sim, pois há perda da imparcialidade objetiva com o mero pedido de ingresso como *amicus curiae*, atendendo-se à finalidade da alínea 'n' para deslocamento à Suprema Corte.

Viola-se o pressuposto básico da aparência, da estética de estranhamento, que funda a imparcialidade objetiva.

II. O pedido de habilitação formulado pelo próprio Tribunal de Justiça Estadual tornaria prescindível a arguição da suspeição ou impedimento de mais da metade dos membros vinculados àquele mesmo Tribunal de Justiça para fins de reconhecimento do impedimento deste?

R: No caso concreto essas arguições são dispensáveis.

É o parecer.

Porto Alegre/RS para Araraquara/SP, 04 de abril de 2019.

Aury Lopes Jr.

Vitor Paczek