

A DIVINA IMPARCIALIDADE HUMANA
TITLE: THE DIVINE HUMAN FAIRNESS
TÍTULO: LA EQUIDAD HUMANA DIVINA

SILVA JÚNIOR, Nelmon J.¹

SUMÁRIO: Art. 104 CPP; inconstitucionalidade; imparcialidade do Juiz; garantia de Justiça; duplo grau de jurisdição; ampla defesa.

RESUMO

Talvez o maior sustentáculo do Judiciário recaia sobre a certeza quanto à imparcialidade do Juiz, que em nossa análise, resta abalada quando exceptuado o Agente Ministerial.

PALAVRAS-CHAVE: Imparcialidade. Justiça. Art. 104 CPP. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

Perhaps the biggest supporter of the judiciary rests with certainty as to the impartiality of the judge, that in our analysis, remains shattered when excepted Agent Ministerial.

KEYWORDS: Impartiality. Justice. Article 104 CPP. Unconstitutional.

RESUMEN

Tal vez el mayor defensor de la justicia recae sobre seguridad en cuanto a la imparcialidad del juez, que, en nuestro análisis, queda destrozada cuando exceptuados Agente Ministerial.

PALABRAS CLAVE: Imparcialidad. Justicia. Artículo 104 CPP. Inconstitucional.

É comum ouvirmos – desde a Academia - inquietações quanto à imparcialidade dos Magistrados. Julgo saudável esse questionamento, afinal é um sustentáculo garantista de Justiça. Socorro-me dos ensinamentos transmitidos por Francesco Carneluti, ao afirmar que *o juiz, é um homem e, se é um homem, é também uma parte. Esta, de ser ao mesmo tempo parte e não parte, é a contradição, na qual o conceito de juiz se agita. O fato de ser o juiz um homem, e do dever ser mais que um homem, é seu drama.*²

Exemplo discutível quanto à citada imparcialidade, reside na aplicação do preceito posto pelo art. 104, do Dígito Processual Penal, vez que textualmente deposita nas mãos do Magistrado a

1. Estudioso do Direito (Processual) Penal. Mantenedor de Blog Científico (<http://ensaiosjuridicos.wordpress.com>). Membro do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC; do Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA; da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM; da Associação dos Advogados Criminalistas do Paraná – APACRIMI. Membro fundador e Conselheiro Jurídico da Associação Industrial e Comercial de Fogos de Artíficos do Paraná/PR – AINCOFAPAR. Contribuidor das mídias Arcos Informações Jurídicas (www.arcos.org.br); Conteúdo Jurídico (www.conteudojuridico.com.br); e do Portal de Artigos Científicos (<http://artigocientifico.uol.com.br>). Autor dos livros científicos FOGOS DE ARTIFÍCIO E A LEI PENAL e COLETÂNEAS, além dos livros literários NOFRETETE, COPO TRINCADO e VALHALA.

2 CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Ed. Conan – 1996.

nevrálgica decisão acerca de eventual afastamento do Representante Ministerial, quando tido por suspeito. Liminarmente, defendo a inconstitucionalidade deste artigo, arrimando-me nas lições deixadas por Norberto Avena, ao comentar o referido dispositivo legal, afirmando que *a Constituição Federal atribui autonomia ao Ministério Público. Destarte, não nos apreze razoável que fique o promotor de justiça à mercê de decisão do juiz, quanto mais seja esta irrecorrível*. E prossegue doutrinando: *permitir que o magistrado decida o destino do promotor nos autos parece-nos indevida ingerência do poder judiciário sobre a instituição ministerial [...] o afastamento do membro do Ministério Público, se ocorrer, deve partir de ato interno da instituição, determinado pelos órgãos colegiados que a compõem ou pelo Procurador-Geral de Justiça.*”³

Na prática, ao exceptuar-se o Agente Ministerial, o Juízo conhece os argumentos das partes, para inadmiti-la ou não. Na segunda hipótese, o Representante do *Parquet* é afastado da lide, descabendo interposição de recurso quanto à decisão. Chama-nos a atenção essa proibição legal, vez que em patente afronto à garantia constitucional ao duplo grau jurisdicional, bem como aos princípios constitucionais da Ampla Defesa e do Contraditório.

Apesar de vigente, este preceito legal viola inúmeros princípios constitucionais, portanto deve-se tê-lo por inaplicável. À título ilustrativo, ao comentar o Princípio da Autonomia Funcional, doutrina Eurico de Andrade Azevedo: *isto significa que os seus membros, no desempenho de seus deveres profissionais, não estão submetidos a nenhum órgão ou poder - nem ao Poder Executivo, nem ao Poder Judiciário, nem ao Poder Legislativo - submetendo-se apenas à sua consciência e aos limites imperativos da lei.*⁴ Aqui o raciocínio lógico alcança as raias da trivialidade, pois - por via oblíqua - ao afastar o Promotor de Justiça da lide, o Magistrado colocar-se-ia na condição de Acusador Indireto (não propõe a acusação, mas nela interfere).

Pior é a análise do caso inverso, ou seja, quando o Juízo inadmite a suspeita contra Membro do Ministério Público. Suponho ser mais confortável a qualquer Magistrado, numa situação destas (falo em sentido amplo), indeferir eventual suspeita tida contra o Promotor de Justiça, até por descabido recurso desta decisão.

Sabidamente há (em matéria penal) convívio diário entre Juízo - processante, e Ministério Público - acusador, portanto impossível a Defesa sentir-se segura ao opor exceção de suspeição contra determinado Promotor de Justiça, por abalo quanto a parcialidade do Juízo. Ademais, sendo manejado recurso/remédio próprio - pela Defesa, requerendo o reconhecimento de nulidade processual por agressão ao Princípio Constitucional Garantidor de Ampla Defesa, esta deverá(ia) ser reconhecida.

Demonstrado, portanto, que exceptuando-se Membro do Ministério Público, o Magistrado que aplicar o preceito estampado pelo art. 104, CPP - independentemente de sua decisão e/ou convicção - estará fatalmente sendo parcial. Sustento que ao receber suspeições contra Agentes Ministeriais, deve o Juízo declarar-se impedido, frente a inaplicabilidade deste preceito legal, por inconstitucional.

3 AVENA, Norberto. **Código de Processo Penal**. Ed. Método - 7ª Ed. 2007.

4 AZEVEDO, Eurico Andrade. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo - nº 52**. 1999.