PODER JUDICIÁRIO

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Gab. Min. Carlos Alberto Marques Soares

Impedimento

de Ministro de Tribunal Superior

Brasília

2007

SINOPSE:

Tema: Impedimento de Ministro de Tribunal Superior.
Requerente: O próprio irmão – no cargo de Subprocurador-Geral da Justiça.
Observação: Caso inédito no Judiciário pátrio – Parente colateral por consangüinidade (2º grau), como membro do Ministério Público Federal, na função de ***custos legis***, busca impedir a atuação de Ministro em instância superior.

IMPEDIMENTO DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR

A capacidade subjetiva do julgador está condicionada à sua absoluta imparcialidade.

Os vícios da imparcialidade do juiz são enumerados como sendo a suspeição, o impedimento e a incompatibilidade.

Reis Friede, magistrado federal, em prestigiosa e atual monografia, estabelece, de forma sintética e lapidar, a distinção entre os três institutos enumerados: "O vínculo do juiz com qualquer das partes caracterizaria a suspeição, a relação de interesses de magistrados com o objeto do processo evidenciaria o impedimento e as graves razões de conveniência não incluídos entre os casos de suspeição e impedimento assinalariam (pelo critério excludente) a incompatibilidade." (Vícios de capacidade subjetiva do julgador: do impedimento e da suspeição do magistrado – No processo civil, penal e trabalhista – Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996. p. 47/48).

Os casos de suspeição e de impedimento constituem matéria de direito estrito e, como consagrado na doutrina, vale dizer, só existem quando previstos em lei.

O STF já teve oportunidade de se pronunciar sobre a matéria, como se vê da ementa abaixo transcrita:

"As causas geradoras de impedimento (CPP, art. 252) e de suspeição (CPP, art. 254) do Magistrado são de direito estrito. As hipóteses que as caracterizam acham-se enumeradas, de modo exaustivo, na legislação processual penal. Trata-se de *numerus clausus,* que decorre da própria taxatividade do rol consubstanciado nas normas legais referidas." (HC 68.784-9/DF – 1ª Turma – julgado em 1º/10/91 – Rel. Min. Celso de Mello – DJ de 26/3/93).

Pode-se dizer, em suma, que os vícios da incapacidade do juiz devem ser declarados com o objetivo de evitar o prejuízo que possam eles causar aos interesses das partes.

Os impedimentos do juiz para exercer a jurisdição e os casos em que se deve dar por suspeito, na Justiça Militar, estão elencados nos arts. 37 e 38 do CPPM.

As incompatibilidades são referidas apenas no Código de Processo Penal (art. 458).

A posição do Ministério Público, no processo penal, é das mais controvertidas, como registra Hugo Nigro Mazzilli, em valiosa contribuição doutrinária:

"O Ministério Público é parte?
Qual o papel do Ministério Público no processo penal: é parte parcial, imparcial, não é parte – qual sua verdadeira posição no processo penal?
Há bastante discussão a respeito: parte *sui generis* (Manzini, Tornaghi); parte imparcial (De Marsico, Noronha); parte parcial (Carnelutti); parte material e processual (Frederico Marques); parte formal, instrumental ou processual (Olmedo, Leone, Tourinho); não é parte (Otto Mayer, Petrocelli)." (Funções institucionais do Ministério Público. Revista Forense, volume 310. p. 14).

O mencionado doutrinador, logo a seguir, ministra conciso e preciso conceito de parte: "Ser parte é ser titular de ônus e faculdades processuais."

No processo penal militar, a posição do Ministério Público é determinada cristalinamente:

"Das Partes
Sec. I – Do acusador
Art. 54. O Ministério Público é o órgão de acusação no processo penal militar, cabendo ao Procurador-Geral exercê-la nas ações de competência originária no Superior Tribunal Militar e aos procuradores nas ações perante os órgãos judiciários de primeira instância."

Na 1ª instância, o órgão do Ministério Público é parte e os ônus e faculdades processuais estão enumerados em vários dispositivos do CPPM: art. 29 (promoção da ação penal), art. 296 (ônus da prova da acusação), art. 511 (interposição de recursos).

Ora, na 2ª instância, afora os casos de competência originária, como se infere do art. 54 do CPPM, o Ministério Público funciona apenas como *custos legis.*

Em face da peculiaridade da nossa Justiça especializada, na contramão do direito adjetivo ordinário, cabem embargos *pro societate*, ou seja, opostos pelo Ministério Público Militar (art. 538, CPPM) ocasião que a nosso sentir o *Parquet* castrense deixa de ser apenas o *custos legis* e também se incorpora à função de parte e, como *dominus litis,* opõe os embargos de *"nulidade e infringente do julgado"*, à semelhança da Ação Penal Originária.

Nesses casos temos nos dado por impedidos em face da condição que passa a ter o *Parquet,* como autêntica parte. Em outras ocasiões entendemos, salvo melhor juízo, que não há qualquer restrição à nossa participação nos julgamentos em que o próprio irmão tenha emitido parecer.

Não há, destarte, contraditório a ser obedecido em 2ª instância, como de resto, sentenciou o Egrégio Supremo Tribunal Federal, ao julgar *Habeas Corpus* de interesse da Justiça Militar:

"Constituição, art. 153, § 16. O princípio da contraditoriedade diz respeito com a instrução criminal, e não ao ato de uma parte e outra debaterem as

razões do apelo perante o tribunal de segunda instância ..." (HC nº 54.651/SP – Rel. Min. Antonio Neder – RTJ 82 – p. 97).

Em seu voto, emitido em pedido de vista, o eminente Ministro Rodriguez Alckmin se refere ao tema nos seguintes termos:

"... observo que o doutor Procurador, perante o Tribunal, oficia e diz do direito, como opinante. Não é órgão de acusação. Pode opinar favoravelmente à Defesa."

No julgamento do mencionado *Habeas Corpus,* o Procurador-Geral da República, conclusivamente, assim se manifestou:

"... Finalmente, há que lembrar a circunstância de que o Ministério Público, na segunda instância, no julgamento dos recursos, não é considerado parte, não oficia como titular da ação penal, mas, tão-somente como fiscal da lei, tanto que, no parecer escrito, como em sua intervenção oral, pode opinar pela absolvição do réu, ou por outra forma que lhe seja favorável, ainda que recorrente tenha sido o representante do Ministério Público ..."

Destarte, o impedimento de que trata o art. 258 do CPP, sem correspondência no CPPM, mas que pode ser aplicado por analogia, *ex vi* do art. 3º, letra "a", do mesmo *codex,* só se aplica à Justiça Militar na 1ª instância, onde o Ministério Público funciona como parte e, no Superior Tribunal Militar, nos casos de competência originária (art. 54, CPPM).

A prevalecer, todavia, uma interpretação literal daquele dispositivo, incompatível com a *mens legis,* o órgão do Ministério Público, que não exerce a jurisdição, mas função essencial à prestação jurisdicional, é que deveria se abster de funcionar nos casos de ocorrência de suspeição ou impedimento.

Sendo o impedimento matéria de direito estrito, a sua aplicação ao arrepio da lei pode importar em graves conseqüências à independência do Poder Judiciário e à regularidade processual.

A jurisdição, poder-dever do Estado, como reflexo de sua soberania, rege-se por vários princípios, entre os quais o da inevitabilidade ou irrecusabilidade.

Por tal princípio, como ministra Júlio Fabbrini Mirabete, "as partes estão sujeitas ao juiz, que o Estado lhes deu e que não pode ser recusado, a não ser nos casos de suspeição, impedimento e incompetência" (Processo Penal. São Paulo: Editora Atlas, 1991. p. 159).

Não se tratando de um desses casos, o "impedimento" de um Ministro da Corte, produzido sem argüição de quem é parte na relação processual, significa interferência na jurisdição e importa em alteração da vontade coletiva do órgão.

Imagine-se, *ad argumentandum,* que a própria orientação da Corte pode ser alterada, com o afastamento engendrado, de forma cavilosa, por meio de uma singela distribuição, ato de natureza meramente administrativa, para emissão de parecer, de um Subprocurador-Geral da Justiça Militar, que tenha relações de parentesco com um dos seus integrantes.

O caso se reveste de maior gravidade quando o alegado impedimento visa ao afastamento de um Ministro que integra a Corte, oriundo da Magistratura ou do Ministério Público, e que por força do que dispõe o art. 123 da Constituição Federal conta apenas com um representante.

Além do mais, há que se reconhecer que, se o Ministério Público for considerado sempre parte, torna-se indispensável que o contraditório seja também assegurado na 2ª instância, em fase meramente recursal, em reverência ao princípio insculpido no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Nulos seriam todos os julgamentos até hoje realizados pelo Tribunal, por violação do princípio do contraditório (art. 500, letra "i", CPPM), já que nesta instância o representante do *Parquet* castrense "opina" por último, na verdadeira função de *custos legis*.

Saliente-se, ainda, que em substancial artigo doutrinário, o ilustre Subprocurador de Justiça de São Paulo, Dr. Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo, demonstra que o Ministério Público de 2ª instância tem atividade desvinculada (isto é, opina como *custos legis*), quando o valor fundamental envolvido na demanda não a personifica (Posição

do Ministério Público da 2ª instância no Cível. Revista *Justitia* nº 43, p. 122).

Embora o estudo do eminente membro do Ministério Público se refira à 2ª instância do cível, tem plena aplicação, por seus fundamentos doutrinários, à 2ª instância criminal.

Cabe por fim registrar que a suspeição do juiz, no entanto, pode se dar, eventualmente, em qualquer caso concreto e, se não for declarada, por ele próprio, poderá ser argüida por qualquer das partes, devendo, no entanto, ser apresentada por meio de exceção própria (arts. 38 e 135, parágrafo único, ambos do CPPM; arts. 137 a 143 do RISTM).

O mesmo há que se dizer da exceção de impedimento (art. 144, parágrafo único, do RISTM).

O que dizer então da participação de um membro da Corte em julgamentos cujo parecerista seja o Subprocurador, e que, notoriamente, prive de sua íntima amizade? Optamos por apenas mencionar, à guisa de compreensão do tema em questão que possa afastar ou tentar afastar um membro da Corte, ante a pura e simples constatação de verificação objetiva da relação consangüínea, sem qualquer análise do tema à vista das funções dos membros do Ministério Público na 2ª instância ou nessa instância especial.

Não se pode sequer vislumbrar prejuízo causado por manifestação de um representante do Ministério Público que oficia junto a um Tribunal, ao emitir parecer sobre matéria de fato ou de direito, como *custos legis,* por ter com um de seus membros relações de parentesco.

Mais influência teria sobre o julgador o doutrinador consagrado, em parecer inserto nos autos, ou que funciona como advogado em Plenário. No entanto, não registram os anais forenses qualquer argüição de incompatibilidade em casos dessa natureza.

Concluindo, entendemos que não existe qualquer impedimento de Ministro que o iniba de funcionar, integrado no douto Plenário, em feito em que tenha emitido parecer irmão consangüíneo,

Subprocurador-Geral da Justiça, no desempenho de suas funções apenas como *custos legis.*

Bibliografia:

HC nº 68.784-9/DF – 1ª Turma. Julgado em 1º/10/91. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 26/03/93;
Funções institucionais do Ministério Público. Revista Forense, volume. P. 14;
HC nº 54.651/SP – Rel. Min. Antonio Neder – RTJ 82. P 97;
Processo Penal. São Paulo: Editora Atlas, 1991. p. 159;
Revista Justitia nº 43. P. 122.