

Quando o tribunal já sabe demais antes da hora

"No dia em que há uma operação no primeiro grau, seja prisão ou busca e apreensão, eu começo a receber exceção de suspeição, Habeas Corpus, exceção de incompetência, recursos contra apreensão de bem, pedido para liberação, embargos de terceiros. Eu começo a conhecer o processo. Quando ele me relatando a um processo específico, chega com uma gama de medidas já tomadas" [\[1\]](#).



Esse trecho da entrevista de um respeitado desembargador é sintomático

de mais um grave problema do sistema judiciário brasileiro e do nosso primitivo processo penal: a errônea forma de cognição e construção do convencimento do julgador em grau recursal.

Importante sublinhar que não está em discussão a seriedade e honestidade intelectual desse magistrado e tampouco estamos nos referindo a qualquer caso concreto. O problema não são ele, o magistrado entrevistado, e sua declaração, mas o sistema processual penal brasileiro, que o coloca no lugar errado, demonstrando uma vez mais que a estrutura inquisitória e primitiva que temos, não cria condições de possibilidade de real e efetiva imparcialidade e, não raras vezes, sequer de um devido processo.

É um modelo processual e de administração da Justiça que conduz ao viés confirmatório [\[1\]](#) (erro) e a cognição precoce (imenso prejuízo que decorre dos pré-juízos). Nosso processo não cria condições de possibilidade para que exista "*originalidade cognitiva*" (*originalità della cognizione*), igualdade cognitiva (a nosso ver, a essência do contraditório) e até de imparcialidade do julgador.

O juiz brasileiro de primeiro grau entra no processo contaminado pelos pré-juízos que é levado a fazer na investigação preliminar. O julgador recursal (no caso, desembargadores estaduais ou federais e posteriormente ministros) também é levado para o mesmo terreno minado das pré-compreensões. O juiz começa a formar sua convicção (errônea, parcial e precoce) quando é chamado a decidir sobre os incidentes da investigação.



É evidente que isso nos leva a que o tribunal saiba demais e antes do momento correto. Sabe demais sobre o que não deveria sequer ter contato, ou seja, a partir de meros elementos informativos (ou atos de investigação) que não são "*provas*", que não servem para a sentença e tampouco condenar ou absolver alguém. Como já explicamos à exaustão [2], não há que se confundir *atos de investigação* (feitos no inquérito e destinados a formar a *opinio delicti* do acusador) com os *atos de prova* (aquilo que se produz em contraditório judicial, no processo e se destina a sentença). Por conta disso, sustento há mais de 20 anos a imprescindibilidade da "*exclusão física dos autos do inquérito*", finalmente recepcionada no artigo 3º C, § 3º do CPP.

Isso serve para assegurar a originalidade cognitiva e a garantia de ser julgado com base em prova (e jamais em meros atos de investigação), mas, para tanto, é imprescindível a exclusão física dos autos do inquérito (ou não inclusão nos autos do processo) e a adoção do sistema duplo-juiz, isto é, a separação entre o juiz da investigação e do juiz da instrução e julgamento no processo. O instituto do juiz das garantias — nomenclatura adotada no Brasil e em outros países — é crucial para dar efetividade a essas garantias referidas.

E aqui está o problema trazido nesta semana: nada disso é observado em segundo grau!

Retornemos à fala honesta do desembargador — citada no início —, que reflete a realidade de todos os julgadores de segundo grau: ele começa a "*conhecer*" do caso penal e formar sua convicção no dia da operação. Ou seja, muito antes do momento correto ele já começa a formar a imagem mental, uma pré-compreensão costumeiramente deformada pela unilateralidade da narrativa probatória (como sói ocorrer na fase de investigação, é o domínio da narrativa unilateral da acusação).

Obviamente não podemos continuar com essa prevenção desde o primeiro Habeas Corpus. O desembargador ou ministro que conhece e decide o primeiro Habeas Corpus, lá no dia da deflagração da operação policial, e todos os posteriores recursos e ações de impugnação utilizados na fase preliminar, será o mesmo que depois irá julgar a apelação e demais recursos que envolvam o mérito da causa. Mantemos e potencializamos todas as críticas há décadas feitas em relação a contaminação do juiz de primeiro grau, agora aplicáveis ao julgador de segundo grau (e tribunais superiores).

Ainda que se adotem o juiz das garantias e a exclusão física dos autos do inquérito, seguimos com o gravíssimo problema que é o de manter sempre o mesmo desembargador/ministro do início ao fim da persecução penal. Seguimos, agora em segundo grau ou superiores, com o imenso prejuízo que decorre dos pré-juízos, que acaba por fulminar também a imparcialidade judicial.

Dessarte, é preciso atentar para o problema da prevenção — como causa de exclusão e não mais de fixação — também em grau recursal, para que o impedimento também exista em grau recursal. Não há nenhum argumento para justificar a blindagem cognitiva dos julgadores de segundo grau, por elementar. Eles também são juízes-no-mundo, suscetíveis do viés confirmatório e da dissonância cognitiva.

E como se poderia operacionalizar isso, de forma viável?



No mínimo fazendo uma separação entre recursos e ações de impugnação impetrados na fase preliminar e contra atos ali praticados, dos recursos e ações de impugnação interpostos na fase processual e afetem o mérito do caso penal e a sentença. No mínimo, o relator (e câmara ou turma) que julga a apelação (contra a sentença) não pode ser o mesmo que já está contaminado pelas diversas decisões que foi chamado a tomar em relação aos atos da fase pré-processual.

Por outro lado, sustentar que cada recurso ou ação da defesa vá para um julgador diferente seria inviável por vários motivos de ordem prática. Mas podemos racionalizar: separar a câmara ou turma que julga o Habeas Corpus, o mandado de segurança e demais incidentes da investigação daquela turma/câmara que vai julgar o recurso de fundo (apelação, recurso em sentido estrito ou nos tribunais superiores, o recurso especial e extraordinário). A prevenção tem de ser repensada também nos tribunais.

Enfim, precisamos construir uma alternativa para assegurar que os recursos que tenham por objeto o mérito do processo, sejam julgados em grau recursal por desembargadores e ministros não contaminados, que tenham também originalidade cognitiva.

Já me antecipo às críticas de que essa proposta é utópica, desnecessária e alucinada. Já estou acostumado, depois de tantos anos, ao mal-estar causado por quem ousa sair da caverna e voltar, dizendo para os que lá estão, de costas para a porta, que eles precisam sair das sombras. Nada diferente dos ataques que sofro por defender, há mais de 20 anos, entre outros, a efetivação plena do sistema acusatório; a vedação do juiz-ator-inquisidor que atua de ofício; a imprescindibilidade do juiz das garantias; a exclusão física dos autos do inquérito; a necessidade de se ter prazo máximo de duração da investigação, do processo e da prisão cautelar, com sanção (solução processual de extinção ou concessão de liberdade); da criação de um instrumento para que os jurados fundamentem sua decisão no júri; de que a prova seja integralmente produzida no plenário do júri e não na primeira fase; e tantas outras questões. É apenas mais uma provocação para jogar luz no sombrio, primitivo e inquisitório processo penal brasileiro, ainda que provavelmente levemos muitos anos para mudar essa realidade, mas eu penso como o velho plantador de tâmaras no deserto:

"Existe um ditado árabe que diz: 'Quem planta tâmaras, não colhe tâmaras!'. Isso porque, antigamente, as tamareiras levavam de 80 a 100 anos para produzir os primeiros frutos. Atualmente, com as técnicas de produção modernas, esse tempo é bastante reduzido, porém o ditado é antigo e sábio.

Conta-se que certa vez um senhor de idade avançada plantava tâmaras no deserto quando um jovem o abordou perguntando: 'Mas por que o senhor perde tempo plantando o que não vai colher?'. O senhor virou a cabeça e, calmamente, respondeu: 'Se todos pensassem como você, ninguém colheria tâmaras'. Ou seja, não importa se você vai colher, o que importa é o que você vai deixar. Cultive, construa e plante ações que não sejam apenas para você, mas que possam servir para todos e para o futuro. Nossas ações hoje, refletem o futuro".

[1] <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/03/lava-jato-vive-guerra-de-narrativas-e-avancos-causaram-reacoes-diz-relator-da-operacao-na-2a-instancia.shtml>.



[2] Sobre o tema, recomenda-se a leitura de Alexandre Morais da Rosa e Paola Bianchi Wojciechowski na obra "Viéses da Justiça", EMais editora.

[3] Especialmente na obra "Direito Processual Penal", 18ª edição, editora Saraiva, 2021.