

**EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO N. 166475/2015 – CLASSE: CNJ-318 –  
COMARCA CAPITAL**

**EXCIPIENTE: ROSELI DE FÁTIMA MEIRA BARBOSA**

**EXCEPTA: SELMA ROSANE SANTOS ARRUDA, JUÍZA DE  
DIREITO**

### **V O T O - V I S T A**

Egrégia Câmara:

Cuida-se de Exceção de Suspeição oposta por Roseli de Fátima Meira Barbosa, em face da Juíza de Direito Selma Rosane Santos Arruda, titular da Sétima Vara Criminal da Capital, aduzindo, em síntese, que foi denunciada, juntamente com outras trinta e duas pessoas, pela prática dos seguintes crimes: organização criminosa, falsidade ideológica, uso de documento falso, corrupção passiva, peculato e lavagem de dinheiro.

Salienta a excipiente que a peça acusatória foi recebida em 20-3-2015, e que, em 29-6-2015, posteriormente, portanto, ao recebimento da denúncia, “*através de ato típico de investigação criminal*”, o Grupo Especial de Combate ao Crime Organizado – GAECO – entabulou acordo de colaboração premiada com o corréu **Paulo César Lemes**.

Com base na oitiva do colaborador, o GAECO **aditou** a denúncia e formulou **pedido de prisão preventiva**, cuja análise foi diferida pela autoridade excepta para após a inquirição de Paulo César Lemes em juízo, designando, para tanto, audiência especialmente com a finalidade de analisar a regularidade e a legalidade do acordo.

Entretanto, sustenta a excipiente que, “*ao invés de proceder exclusivamente o controle da legalidade, regularidade e voluntariedade do acordo entabulado*”, a autoridade excepta “*foi além [...] fazendo perguntas e obtendo respostas, tudo isso à revelia da defesa de todos os acusados, em ato típico de procedimento inquisitorial*”.

Conclui a excipiente que a Juíza de Direito excepta praticou ato de investigação criminal, violando, sobremaneira, o princípio constitucional acusatório, implicando, pois, seu impedimento para conduzir a ação penal correlata, assim como sua suspeição para julgar os réus, dado que estaria “*contaminada pelo convencimento típico de quem investiga*”.

Por estas razões, requer, ao final, o reconhecimento da **suspeição** da Magistrada Selma Rosane Santos Arruda para conduzir a ação penal de origem.

Pois bem.

Não obstante o substancial e elogiável voto proferido pelo Relator, Desembargador Pedro Sakamoto, fiz questão de pedir vista dos autos para analisar, de forma aprofundada, a intrincada questão apresentada.

Antes de proferir o voto, impõe-se um registro.

Por meio de uma jornalista, tomei conhecimento de que circula a bofuna de que esta Câmara, por esta composição de julgadores, estaria corrompida pelo poder econômico do ex-governador Silval Barbosa.

Nada mais fantasioso e injusto.

Em tempo em que se expande cada vez mais o direito penal do inimigo, avulta a paranoia coletiva por punição indiscriminada e

sumária daqueles sobre os quais recaem suspeitas de haverem assaltado os cofres públicos.

Não se põe em dúvida que a corrupção deve ser combatida com todas as nossas energias e elevada mesmo à altura de uma guerra santa, punindo exemplarmente os salteadores dos recursos públicos.

Entretanto, não se pode fazê-lo com sacrifícios de direitos fundamentais dos acusados. Ainda que comprovadamente culpados, hão de ser punidos dentro de um processo justo e legal, em que as regras do devido processo devem ser observadas e cumpridas, rigorosamente.

Diante de uma cultura de “vingança” que assenhoreia nossa sociedade, que reclama seja o suspeito levado, sem delongas, ao cadafalso, cabe ao juiz o cuidado de não se deixar arrastar pelas influências da opinião pública, afastando-se da autoridade do direito e da justiça.

Já encanecido na magistratura, aprendi a obturar os ouvidos à voz rouca da multidão ensandecida, especialmente quando saída dos becos e dos esgotos, onde passeiam os ratos e ladram os cães.

Nunca me deixei seduzir, nem mesmo pauto minhas decisões com vista a lisonjas e louvaminhas. Também não me acovardo diante de uma injustiça, ainda que a multidão venha a se unir contra minha sentença.

A Justiça se assemelha à casa de Deus: tem muitas moradas, mas nela não há lugar para os juízes timoratos, para os que lavam as mãos na bacia de Pilatos.

O juiz que não corrige a injustiça de uma decisão, é tão ou mais culpado que o próprio criminoso. Rui Barbosa, no seu tempo, já

dizia que “não há tribunais que bastem para abrigar o direito, quando o dever se ausenta da consciência dos magistrados” (*O justo e a justiça política*. Disponível em

[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_O\\_justo\\_ea\\_justica\\_politica.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB_RuiBarbosa_O_justo_ea_justica_politica.pdf). Acesso em 22 de agosto de 2016).

É assim, senhor Presidente, que com ânimo sereno e isento de qualquer paixão profiro esta decisão.

A presente *exceptio* reclama verificar se o comportamento processual da excepta, de inquirir o delator sobre os fatos criminosos objeto do negócio jurídico entabulado com o órgão da acusação, afrontou o sistema acusatório insculpido em nível constitucional e, por arrastamento, a imparcialidade, que constitui a missão mais cara do julgador num processo penal democrático.

Não há dúvidas de que a Constituição Federal de 1988 adotou o **sistema acusatório**, ao delimitar o órgão encarregado da *persecutio criminis* (art. 129, I) e ao estabelecer o devido processo legal, com os consectários da vedação de estabelecimento de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII), da plenitude da defesa, do sigilo das votações e da soberania dos veredictos no Tribunal do júri (art. 5º, XXXVIII), do juízo natural (art. 5º, LIII), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), da vedação de provas ilícitas (art. 5º, LVI), da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII), do direito do silêncio (art. 5º, LXIII), além de outros, como, *verbi gratia*, os princípios da isonomia (da qual a imparcialidade é corolário), da publicidade dos atos processuais e fundamentação das decisões judiciais.

De todas as encimadas características do sistema

acusatório, a meu sentir, duas afluam como de presença obrigatória, reveladoras da criação e existência do modelo instituído no processo penal brasileiro: a **repartição das funções processuais** dos atores no processo, com a contenção democrática do poder; e a **gestão da prova**.

De fato, não basta que se tenham bem-definidos os papéis do acusador, defensor e julgador se a este se permitir o baralhamento de suas atividades com as das partes envolvidas no conflito, relacionadas à iniciativa probatória.

Cada ator deve não apenas se identificar, mas se manter fiel ao seu papel, evitando, tanto quanto possa, se intrometer na construção do acervo probatório, ainda que a pretexto de estar em busca da mitológica verdade real.

Por isso a construção, especialmente no direito estrangeiro, do instituto da **imparcialidade** (correspondente ao *terzietà* do direito italiano), segundo o qual os partícipes do processo devem ter atribuições definidas, excluindo o atuar delas em funções que não lhe sejam típicas.

E a justificativa dessa figura, que exige a repartição de funções, é a **contenção do poder**, particularmente o do juiz, que não pode romper o biombo que o separa das partes, invadindo-lhes atribuições, notadamente em matéria probatória.

Como moderador do conflito, proíbe-se-lhe dirigir as investigações ou dela participar.

Ao juiz cabe assegurar um **processo de partes**, e não assumir um papel de parte, imiscuindo-se em atividades probatórias. Sua posição de fiel da balança da justiça não o autoriza a sair em pesquisa às

fontes e meios de provas, sob pena de comprometer a indispensável imparcialidade.

No processo, sua situação topológica é de equidistância das partes e dos interesses delas. Na medida em que o juiz assume a produção de provas – mesmo que pré-processuais –, aproxima-se de um dos contendores e assume o risco de preferir um interesse ao outro.

Bem por isso, o artigo 156 do CPP precisa de interpretação condizente com o sistema acusatório, em que a tarefa do julgador é de garantidor dos direitos fundamentais do cidadão, e não de capataz da investigação.

Não chego ao ponto de defender a inconstitucionalidade do referido dispositivo, mas de dar-lhe interpretação condizente com o sistema acusatório.

Não desconheço a divergência que grassa na doutrina e na jurisprudência acerca da iniciativa probatória do juiz.

Para uns, a posição do juiz deve ser o de espectador, de inteiro alheamento a qualquer atividade investigatória ou instrutória de prova (Aury Lopes Júnior – Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional, Lumen Juris, 5. ed., 2010, vol. I, p. 73 a 76). Para outros, a posição ativa no recolhimento das provas somente se admite **se, e somente se**, a intervenção se der em favor do réu, em vassalagem dos princípios da justiça material e da presunção de inocência, ainda assim com a condição de se dar de maneira moderada e supletiva (Geraldo Prado, Sistema Acusatório, Lumen Juris, 2.ed., 2001, p. 158 a 160). Há ainda quem defenda a atividade instrutória do juiz quando ela envolver pesquisa sobre os **meios de provas**, e não quando versar sobre **fontes de prova** (Gustavo Henrique Badaró, Processo Penal, Revista dos Tribunais, 3. ed., 2015, p.

90). E também há quem advogue a iniciativa *ex officio* quando residual e supletiva em relação à das partes, para preservação do valor da justiça do provimento jurisdicional (Frederico Valdez Pereira – Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial, Livraria do Advogado, 2014, p. 150 e 164).

Ao meu viso, a conciliação dos poderes instrutórios do juiz, previstos no art. 156 do CPP, somente se afigura possível na situação em que ele não possa, no propósito de “dirimir dúvida sobre ponto relevante”, **antever** o resultado dela.

Ao contrário do que se passa no processo civil, em que a liberdade probatória do juiz abarca maior campo de atuação, no processo penal, que trabalha com direitos indisponíveis do investigado/acusado, ela é limitada pelo *favor rei*, do qual a presunção de inocência é corolário.

Embora o brocardo *in dubio pro reo* se apresente como regra de julgamento, constitui ele barreira à atividade probatória do juiz, que não pode sair à cata de provas na situação de dúvidas, que, por deferência constitucional, favorece o acusado, diante da inarredável presunção de não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII).

A referida presunção constitucional traz, como consequência impositiva, a impossibilidade de o juiz, em matéria probatória, atuar senão de forma **subsidiária e supletiva** à atividade das partes, ainda assim quando, aprioristicamente, não for possível perscrutar qual direção tende ela a tomar, nem a quem possa ela favorecer.

Nessa perspectiva, desde logo me adianto em dizer que, em se tratando da delação propriamente dita (e não do “acordo” de delação premiada, que é meio de obtenção de prova – STF, HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Tofolli), defeso se apresentava à *excepta*

dirigir ou participar da atividade investigatória, em substituição ou complementação à acusação.

E assim considero porque, em razão da natureza da delação premiada, tratava-se de **meio de prova** que, aberta e escancaradamente, pendia em favor da parte acusatória.

Ora, sabendo, de antemão, do resultado da prova, não se lhe permitia participar, **sob qualquer pretexto**, da coleta da prova, muito menos aprofundá-la, “**esmiuçando**” a delação, como se viu e a própria excepta reconheceu no termo em que colheu as declarações do delator, argutamente registrado pelo insigne e culto Procurador de Justiça, Dr. Mauro Viveiro, no parecer que lançou (fls. 404/v).

*Obiter dictum*, registro a inaplicabilidade no processo penal da teoria da parcialidade positiva, cuja base reside no princípio da igualdade, impondo, na atividade jurisdicional, a consideração das diferenças das circunstâncias sociais, econômicas e culturais das partes envolvidas no conflito, para equipará-las no nível substancial.

Também não estou a defender a **neutralidade** do Juiz, de resto inexistente, uma vez que o julgador é tocado e impregnado de um contexto histórico que marca sua vida, seu caráter, personalidade, modo de pensar e atuar, segundo seus valores, crenças, preconceitos e ideologias.

O palco da discussão desta exceção se ancora no comprometimento da imparcialidade que a açodada e prematura inquirição do delator provocou no ânimo da excepta, esgarçando não apenas um direito fundamental da excipiente, como também um **princípio** estruturante da função jurisdicional.

Embora não prevista no texto da Constituição Federal,

nenhum estudioso da questão põe dúvidas de que a imparcialidade é uma garantia constitucional implícita.

Não por outra razão, o legislador constituinte erigiu garantias institucionais em favor da magistratura e dos magistrados, reconhecendo a independência perante os demais poderes, e garantias pessoais que permitam o exercício da função longe dos grilhões de qualquer influência que possa comprometer a justiça e a democracia das decisões judiciais.

Sob o aspecto do devido processo legal, formatado na Carta Magna, a imparcialidade é garantia estabelecida em favor dos litigantes, que, num Estado Democrático de Direito, representa a confiança do cidadão no Poder Judiciário e na certeza de justiça em suas decisões. Vedada a autotutela, a atividade jurisdicional do Estado somente se legitima diante da imparcialidade, que se afigura como garantia de tutela justa e equânime.

A imparcialidade, como valor estruturante do Poder Judiciário, deve ser vista sob o viés das **partes** e do **objeto** mediato do processo.

Não compreendendo bem a **dupla** face da imparcialidade, parte da doutrina e da jurisprudência ainda vê, com embaraços e dificuldades, o comprometimento da isenção do juiz nas situações em que a cisma não se prende a uma relação do juiz com os sujeitos do processo, mas com o **objeto** dele, como sucede nas situações de “**prejulgamentos**”.

Nem todos se deram conta dos sinais de envelhecimento, desbotamento e estagnação do pensamento de que as causas de impedimento, incompatibilidade e suspeição estão estabelecidas

*numerus clausus* no *codex* processual penal (artigos 252 a 254).

Daí o apuro em que os tribunais se veem envoltos no aboletamento de causas de imparcialidade objetiva dentre as de suspeição ou impedimento.

Esse estrabismo é justificado na ignorância de que a imparcialidade tem dois aspectos: um **subjetivo** (relacionado com as partes), outro **objetivo** (afeto ao objeto do processo). Na categoria de parcialidade subjetiva, acomodam-se todas as situações que tenham causas numa relação do juiz com as partes, como parentesco, amizade ou inimizade, etc. Ao passo que a parcialidade objetiva é fundante no objeto do processo, na relação que o juiz possa ter com a situação jurídica endoprocessual, ou com a “**preconcepção**” sobre o mérito da causa.

De fato, se há uma identificação do juiz com uma situação por ele vivenciada, ou se já formou ele, no limiar das investigações ou do processo, um “**pré-juízo**” do resultado da demanda, as demais etapas do processo constituirão mera formalidade, quando não, pura encenação ou oportunidade de, mesmo inconscientemente, buscar, nas provas coletadas em instrução criminal, mera confirmação de sua convicção, formada antecipadamente.

E a parte não pode, num processo que se possa dizer guiado pela imparcialidade, trabalhar para desconstruir “**pré-juízos**”, que as provas colhidas na fase de investigação lhe impregnaram em seus sentidos.

A estrutura dialética do processo reclama que a formação do convencimento se dê gradativa e paulatinamente, alicerçada nas impressões que as partes, em instrução criminal balizada pelo contraditório e ampla defesa, venham a sugerir ao espírito do juiz.

A sentença não pode ser ato meramente formal de algo que já estava, desde a gênese do processo, “**preestabelecido**”. Como destaca o jurista alemão Trocker, “*o juiz não deve enfrentar a formulação de juízo sobre os fatos com uma opinião pré-concebida, mas sim manter-se constantemente aberto e flexível na própria valoração jurídica até o instante em que se encontre efetivamente maduro para a tomada da decisão, a fim de poder colher atentamente um novo ponto de vista e um novo elemento trazido aos autos no curso do processo*”. (Revista de Processo, n. 138, p. 66)

Assim deve ser porque o processo demanda não apenas dialeticidade dos protagonistas, mas coparticipação, colaboração e cooperação deles na formação do convencimento do juiz, que não pode, repito, por força de “**pré-juízos**”, mostrar-se resistente aos argumentos das partes, especialmente porque trabalha com a crença de que são capazes de influenciar na construção da sentença.

A imparcialidade não é virtude do juiz, nem apenas, como prega Isabel Trujillo, “*um valor instrumental relacionado à ideia de justiça, e, por isso, estruturante da própria função jurisdicional, mas sim um direito subjetivo fundamental, em que o bem jurídico tutelado é a existência e o correto funcionamento do ordenamento jurídico. Não há apenas um interesse à imparcialidade, mas um direito subjetivo de ser julgado por um tribunal imparcial*”. (apud André Machado Maya, Imparcialidade e Processo Penal, Ed. Atlas, 2. ed., 2014, p. 100)

A imparcialidade objetiva trabalha com a **teoria das aparências**, pois parte do pressuposto que a **sociedade** e os contendores do processo necessitam confiar na legitimidade do Poder Judiciário, como órgão de solução de seus conflitos.

E foi o Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH, quem descortinou, no Caso Piersack vs. Bélgica, a **imparcialidade objetiva** como fator de confiança que os Tribunais devem infundir na sociedade e no réu.

Naquele paradigmático julgamento, atinente ao cometimento de um crime de homicídio, entendeu o TEDH que a imparcialidade foi comprometida pelo fato de haver dele participado juiz proveniente do Ministério Público, que, por ocasião da investigação criminal, coordenava a seção responsável pela persecução penal. Como anota André Machado Maya, “*Considerou a Corte que o fato de um juiz ter exercido antes, e no mesmo procedimento, as funções do Ministério Público, autorizou a sociedade em geral, e o réu, em particular, a temer que ele não ofereça garantias suficientes de imparcialidade. Afirmou, ainda, que nem sequer é preciso analisar se o juiz, quando no Ministério Público, efetivamente praticou algum ato de investigação relacionado ao feito, sendo suficiente, para justificar objetivamente a suspeita quanto à sua imparcialidade, o fato de ter sido ele o coordenador da seção responsável pela investigação dos fatos imputados ao réu*”. (ob. cit., p. 97)

No caso Dorozhko e Pozharski vs. Estônia, também citado por André Machado Maya, acusados da prática de roubos e lesões corporais, o TEDH teve como violada a imparcialidade objetiva pelo fato de a Corte Municipal, responsável pelo julgamento dos réus, ter sido presidida por uma juíza que era esposa do chefe de polícia que nomeou a equipe policial responsável pela investigação criminal e que, em razão disso, tinha poderes para conduzir os trabalhos investigativos. “*Sobre o caso, o TEDH considerou que a magistrada tinha plenas condições de saber que seu marido havia coordenado a investigação criminal, e, por isso, entendeu estar objetivamente justificado o **temor** pela perda da sua*

*imparcialidade*”. (ob. cit., p. 97)

O mencionado autor ainda relata o caso Hauschildt vs. Dinamarca, julgado em 1989, “*em que a Corte considerou objetivamente justificado o **temor** pela perda da imparcialidade do juiz que, após proferir vinte decisões no sentido de manter a prisão cautelar do investigado, durante um lapso temporal de aproximadamente quinze meses, compôs a sessão de julgamento como magistrado togado, juntamente com dois juízes leigos, e condenou o réu pela prática de sete crimes de evasão de divisão. A propósito, o TEDH considerou que, diante do fundamento da prisão cautelar – convencimento do juiz da existência de uma suspeição notadamente confirmada de ter o réu cometido o delito que lhe é imputado – não há como negar serem muito tênues as diferenças entre o que deve decidir ele em relação à medida cautelar e à própria questão de mérito, motivo pelo qual a imparcialidade do Tribunal se considerava aberta a dúvidas, e o temor do acusado deve ser tido por objetivamente justificado*”. (ob. cit., p. 98)

Debruçando sobre a imparcialidade objetiva, em artigo intitulado “Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz das garantias” (“Processo Penal, Constituição e Crítica, coordenada por Gilson Bonato, Lumen Juris, p. 343), Gustavo Henrique Badaró, um dos mais preeminentes criminalistas de nosso país, evidencia que a jurisprudência do TEDH sofreu evoluções desde o caso Piersack vs. Bélgica e caso De Cubber vs Bélgica. Neles, considerou o comprometimento da **aparência da imparcialidade** nas situações em que houve intervenção prévia do julgador na fase da investigação, proferindo decisões em que foi realizada antecipação quanto ao mérito da causa, o que permitiu aos acusados e ao jurisdicionado, de modo geral, suspeitar

legitimamente de que não foram julgados por juízes imparciais.

Com o caso *Hauschildt vs. Dinamarca*, o TEDH “*inaugurou uma nova etapa na forma de interpretar o direito ao juiz imparcial, passando a considerar que não só a intervenção prévia do julgador na fase de investigação, mas, sobretudo, a natureza dos atos por ele praticados em tal fase, é relevante para determinar se é fundada ou não a dúvida sobre a imparcialidade do julgador, que poderá ser comprometida em seu aspecto objetivo*”. (ob. cit. , p. 349)

Nesse diapasão, a violação da imparcialidade objetiva deve ser aferida casuisticamente, tendo em conta não apenas a natureza do ato praticado pelo juiz na fase investigatória do processo como também o conteúdo e a intensidade da decisão, que são fontes reveladoras do aquebramento da necessária isenção de ânimo que o julgador deve manter da aurora ao ocaso do processo.

Nessa avaliação, a parcialidade em si não é mais importante que as aparências dela. Parafraseando o célebre dito de Júlio César a Pompéia, sua mulher, não basta fazer justiça, mas também parecer que se o faz, porque importa a reafirmação perene e constante aos jurisdicionados, e também aos acusados, de que podem confiar na realização de justiça pelo Poder Judiciário.

Na seara da imparcialidade objetiva, a aparência é fator de legitimidade da atuação pelos tribunais, os quais devem passar ao jurisdicionados, e ao próprio acusado, a imagem de confiabilidade em suas decisões.

Sobre o tema, Gustavo Henrique Badaró observa: “A imparcialidade também deve ser entendida (...) como uma ideia de aparência geral de imparcialidade. Para que a função jurisdicional seja

*legitimamente exercida, além de o magistrado ser subjetivamente imparcial, também é necessário que a sociedade acredite que o julgamento se deu perante um juiz objetivamente imparcial. Um julgamento que a sociedade acredite ter sido realizado por um juiz parcial não será menos ilegítimo que um julgamento realizado perante um juiz intimamente comprometido com uma das partes.*

*“Tão importante quanto o juiz ser imparcial é o juiz parecer ser imparcial. Se a sociedade não acredita que a justiça foi feita, porque não se garantiu ao acusado um julgamento por juiz ou Tribunal imparcial, o resultado de tal processo será ilegítimo e prejudicial ao Poder Judiciário. A sociedade sentirá que está diante de uma sentença injusta, seja ela condenatória ou absolutória”. (ob. cit., p. 348)*

Ademais, como anota Frederico Valdez Pereira, “A aproximação entre imparcialidade e confiança na resposta jurisdicional não é estranha à doutrina processualista. Manzini aduziu a importância em afastar do processo juiz suspeito quanto à sua isenção, não só para prevenir decisões injustas e preservar o magistrado, mas também para *mantenere le fiducia della polazione nell’amministrazione della giustizia...Anche le apparenze devono essere curate, quando se tratta della giustizia*”. (ob. cit., p. 99, nota 214)

Assim, se a **natureza e o conteúdo** da decisão, objetivamente consideradas, justificarem o temor de que o julgador esteja a ocultar inclinações em seu ânimo, a parcialidade deve ser reconhecida.

Nesse particular, preciosa é a lição de Aury Lopes Jr., que se aplica, à inteireza, ao caso em apreço:

*“A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz que dá inequívocos sinais de que já decidiu a causa. Grave inconveniente reside em tais julgamentos a priori – no sentido kantiano, de antes da experiência – na medida em que a decisão é tomada de forma precipitada, antes da plena cognição do feito, fulminando a própria dialética do processo e seu necessário contraditório.*

[...]

*A falta dessa visibilidade de imparcialidade afeta negativamente a confiança que os juízes e tribunais de uma sociedade democrática devem inspirar nos jurisdicionados, especialmente na esfera penal.*

*Aqui se encontra o cerne da exceptio suspicionis; eis que, quando a parte excipiente se depara com um julgador dotado de prejulgamento já estabelecido, a faz saber o desenlace daquela contenda em que está envolvida antes mesmo do término da produção de provas. Assim, toda a prestação jurisdicional já está comprometida.*

*Em outros casos, o prejuízo processual decorre do conteúdo de decisões interlocutórias (geralmente no decreto de prisão preventiva), em que o juiz desde logo demonstra os ‘pré-juízos’. Trata-se de definir se o juiz tem condições de proceder ao que se chama de uma ideia sobre a pequena história do processo, sem intensidade suficiente para condicionar, ainda que inconscientemente – e ainda que seja certamente –, a posição de afastamento interior que se exige pra que se comece e atue no*

*processo.*

[...]

*Por fim [...] nunca é demais recordar que as decisões interlocutórias devem analisar o caso, fundamentando a conclusão, mas utilizando uma linguagem sóbria e comedida, que externar a tranquilidade inerente de quem ainda não decidiu (sem desconhecer que, mesmo com todos esses cuidados, ainda possa haver o prejulgamento). **Noutro extremo, os excessos de linguagem demonstram os prejulgamentos e a adesão incondicional aos elementos probatórios que suportam a hipótese acusatória**, que desde logo já está sendo tomada como verdadeira. **Nesse caso, o juiz deve ser declarado suspeito**".*  
[Direito processual Penal, 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 335 a 337 – grifo é nosso]

A essas afirmações se junta a observação de Antoine Garapon: “*Em inúmeros casos, a verdadeira sentença pronunciada não é decidida pelo Tribunal, mas ab initio pelo juiz de instrução, quando da prisão preventiva. Esta, na maioria das vezes, será coberta pela jurisdição de julgamento. O momento da justiça, o único em que as garantias processuais correspondem ao que está em jogo, é a audiência*”. (O juiz e a democracia, Editora Revam, 1996, p. 67 e 68)

Mas é preciso registrar, com fortes cores, que não basta a mera suspeita do acusado quanto ao juízo de semiculpa ou da semicondenação que a posição do juiz, tomada aqui ou acolá no processo, pode arraigar em seu espírito, especialmente nas etapas seguintes, da instrução e julgamento do *meritum causae*.

O que importa averiguar, no teor da decisão prolatada

no limiar da ação penal, ou antes dela, é se a convicção se formou **antes** do momento azado, uma vez que a culpabilidade deve ser construída em instrução processual realizada sob os auspícios do contraditório e da ampla defesa.

Gustavo Badaró, no estudo realizado, sugere três métodos de constatação da imparcialidade objetiva, assentados nas decisões que o juiz tenha praticado no processo.

O primeiro relaciona-se à utilização de *standards* probatórios ou modelos de constatação. Defende ele que *“há determinados atos, em especial medidas cautelares pessoais que, por envolverem um mesmo tema a ser avaliado na sentença final, e por exigirem para o seu deferimento um standard de prova consistente numa probabilidade elevada, por si só, e independentemente da análise concreta da motivação do ato, comprometem a imparcialidade objetiva do julgador, por exigirem uma pré-concepção em grau elevado, que vincula psicologicamente o juiz, que tenderá a decidir no mesmo sentido na sentença final”*. (ob. cit., p.355)

O segundo método consiste em verificar o nível de preponderância que os *standards* probatórios exige na tomada da decisão, especialmente aquelas relacionadas com a prisão preventiva e ação controlada. Segundo ele, *“a maior aproximação com o juízo de certeza torna mais intenso e forte o prejulgamento, sendo legítimo suspeitar da parcialidade desse julgador para o julgamento da causa”*. (ob. cit., p. 356)

O terceiro método diz respeito ao conteúdo da decisão, à motivação dela, como elemento revelador da parcialidade. Assim, se juiz tematizar ou diabolizar o réu com a utilização de afirmações categóricas quanto à materialidade e, especialmente, quanto à autoria do delito, emitindo juízos de **certeza**, há comprometimento da imparcialidade

objetiva.

Daí minha inteira adesão ao entendimento do insigne relator desta *exceptio*, quando recrimina, no decreto da prisão preventiva da excipiente, o “*abundante uso de termos e expressões marcadamente conclusivas e o escasso emprego de locuções que se coadunam com a natureza precária desse provimento jurisdicional interlocutório, como ‘teria’, ‘supostamente’ e ‘em tese’*”.

De fato, de um simples perpassar de olhos na decisão que determinou a segregação cautelar da excipiente, sobressai a manifesta e inequívoca **parcialidade objetiva** da excepta, que não lhe poupou tintas nem adjetivos em sua incriminação antecipada.

Até pela natureza provisória da decisão, cabia a ela usar de linguagem moderada, sóbria e comedida, evitando **afirmações** categóricas acerca da culpabilidade dos acusados.

Partindo das declarações que, inoportunamente, a excepta tomou quando do acordo de delação premiada – as quais emprestou elevadíssima dose de verdade e confiabilidade –, acabou por emitir juízos de **certeza** sobre os fatos objetos do processo, deixando aos acusados a ingente tarefa de desconstituir as impressões inculcadas com ferrete no seu estado anímico.

A título exemplificativo, trago à colação as seguintes passagens da decisão da excepta, que demonstram uma **alta probabilidade** de que, diante das impressões passadas pelo delator, acabou por eleger, apressadamente, a acusação como hipótese verdadeira:

*“Ocorre que os esclarecimentos prestados por PAULO CESAR LEMES acabaram por descortinar um quadro bem mais*

*grave. PAULO CESAR relatou que havia entre eles uma verdadeira sociedade criminosa, em que tais personagens agiam ativamente e dividiam os lucros dos ilícitos praticados, na proporção acima referida.*

[...]

*Como bem argumenta o Ministério Público, o teor das informações prestadas por PAULO CESAR LEMES mudou significativamente o entendimento do “modus operandi” da organização, bem como da estrutura e do escalonamento da organização criminosa, deixando claro que ROSELI BARBOSA, que antes era tida como autoridade que teria conduta omissiva, passou a ser apontada como líder da organização e destinatária de grande parte do dinheiro oriundo da corrupção.*

*Esse novo quadro retrata uma organização criminosa chefiada pela Acusada ROSELI BARBOSA, a qual além de ter arregimentado PAULO CESAR LEMES para a prática dos ilícitos, inseriu NILSON DA COSTA E FARIA na instituição de fachada e utilizou-se de RODRIGO DE MARCHI como braço direito e articulador dos recebimentos espúrios.*

[...]

*Por outro lado, a nocividade das condutas, agora aclarada pela colaboração prestada por PAULO CÉSAR LEMES é espantosa.*

*A necessidade da decretação da custódia cautelar das pessoas que representam o ápice da pirâmide delitiva também*

*restou comprovada na representação.*

[...]

*Afinal, as provas indicam que não se trata de fraude ou corrupção (em sentido lato) em um contrato específico, mas um modo criminoso de gerir uma Secretaria de Estado, que perdurou durante anos a fio, em verdadeira sangria dos cofres públicos, em detrimento de pessoas carentes, estes sim, os verdadeiros destinatários da verba estatal.*

[...]

*“É necessário, infelizmente, advertir os cidadãos de que essa forma de gerir a coisa pública não é mais aceitável. Ao contrário, é inadmissível. A sociedade brasileira clama pelo fim da corrupção e da sangria dos cofres públicos. Quem sabe, assim, alcancemos um dos verdadeiros objetivos do Direito Criminal, que é prevenir tais práticas criminosas.*

[...]

*A verba desviada deveria ter sido destinada a pessoas carentes, desprovidas de condições financeiras, humildes, necessitadas. Os desvios certamente deixaram tais cidadãos ainda mais vulneráveis, frustraram políticas sociais e quiçá podem ter custado vidas humanas.*

*A atuação da organização criminosa, destinada a desviar verbas de forma tão abominável e de modo tão duradouro e continuado demonstra pouca retidão de caráter e aponta para o grau de periculosidade e nocividade social de seus componentes.*

*Com efeito, os desvios da ordem de R\$ 2.858.575,09, em valores corrigidos, representam **prejuízo considerável aos destinatários legais desta verba.***

*Vejamos que o sujeito passivo imediato dos desvios, a SETAS, tem por objetivo o atendimento e o socorro aos carentes e vulneráveis.*

*[...]*

*Assim, como se observa, a verba foi desviada exatamente da parcela mais humilde, mais carente e mais necessitada da população de nosso Estado. Então, o desvio de verbas com esta espécie de destinação é muito mais reprovável do que qualquer outro.*

*Nem se diga, aqui, que graças ao esquema engendrado pelos representados, os municípios de SANTO ANTÔNIO DO LEVERGER, BARÃO DE MELGAÇO E CÁCERES também restaram profundamente lesados, segundo o que consta na exordial.*

*Não menos grave do que isso é a notícia de que parte dessas quantias parece ter sido direcionada à campanha política de LÚDIO CABRAL, o candidato apoiado pelo então Governador do Estado, SILVAL BARBOSA, fato que por si só corrompe o regime democrático.*

*Aliás, a notícia da participação direta do assessor de SILVAL em pelo menos uma das vezes em que os desvios foram praticados é um péssimo sinal, já que se tratava do então Governador do Estado, pessoa que, no mínimo, deveria ter o*

*controle da Secretaria que era comandada por sua própria esposa.*

*Não se olvide que a denúncia e seu aditamento narram nada mais, nada menos do que 40 (quarenta) fatos criminosos, o que indica que se trata de organização deveras periculosa, voltada à habitualidade delitiva, que praticava crimes de forma corriqueira e praticamente cotidiana.*

[...]

*Ao contrário, trata-se de crimes praticados por pessoas supra adaptadas, de projeção social inegável, poderio político destacado, exercedoras de funções preeminentes e relevantes, que não obstante isso, utilizaram-se de tais predicados para a prática de delitos cuja danosidade é muito mais ampla, já que atinge toda a coletividade e não apenas vítimas individualizáveis.”*

A extravagância das cores e o carregado das tintas – empregados na decretação da prisão cautelar dos acusados – testemunham gritante evidência de que as declarações do delator, tomadas pela excepta, encontraram terra uberosa no ânimo dela.

O tintinar e o retinir das objurgatórias lançadas na referida decisão externalizam o comprometimento de sua imparcialidade objetiva, deixando claras a formação de “pré-juízos” sobre a conduta dos acusados e sua intolerância em relação à natureza dos crimes a eles increpados.

E mais: dando valor quase absoluto ao depoimento do delator, adjudicou à excipiente a condição de corifeu da organização

criminosa.

Com isso, abrindo crédito ilimitado à palavra do delator, deixou transparecer inclinações em favor de uma das partes, assumindo a veracidade da versão apresentada pelo órgão acusador.

Olvidou que a confissão em si – que a delação encerra e contém – é relativa (CPP, art. 197). Por isso carece ser confirmada e confrontada com outras provas. (Lei n. 12.850/2013, art. 4º, §1º)

De fato, a certificação há de ser feita, necessária e imprescindivelmente, na sentença, que é o momento azado para o juiz valorar a delação, segundo os critérios da credibilidade, coerência e verossimilhança dela, somadas à corroboração dos fatos delatados em outros elementos de provas.

Assim, antes da **confirmação** dos fatos criminosos expostos pelo réu madalenizado, cumpre ao juiz receber as informações da delação *cum grano salis*, isto é, com certa reserva, até porque, conforme realça Roberto César Bitencourt, “*aquele que é capaz de trair, delatar ou dedurar um companheiro movido exclusivamente pela ânsia de obter alguma vantagem pessoal, não terá escrúpulos em igualmente mentir, inventar, tergiversar e manipular as informações que oferece para merecer o que deseja*”. (*Delação premiada na ‘lava jato’ está eivada de inconstitucionalidades*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>. Acesso em 22 de agosto de 2016)

A atuação do juiz deve ser guiada de modo a não deixar transparecer **inclinações** em favor de qualquer das partes, assumindo a veracidade de uma das versões por elas apresentadas.

Em certa medida, a imparcialidade ata-se ao princípio da isonomia, uma vez que o tratamento isonômico é um dique de contenção à tendência de o juiz se deixar arrastar por “**pré-conceito**”.

Ademais, como já realçado em passo anterior, não basta ser imparcial. É obrigação do juiz transparecer ser imparcial, porque isso importa não apenas à sociedade, mas também aos acusados, que se fiam na imparcialidade da Justiça. Daí o adágio anglo-saxão: *justice must not only be done: it must also be seen to be done*.

Interessa agora averiguar a legalidade da inquirição do delator, realizada pela excepta quando o termo do acordo de delação lhe foi apresentado para homologação.

No referido ato, a excepta não se circunscreveu à análise dos planos de existência, validade e eficácia do acordo encetado com o Ministério Público. Na ocasião, desvendou os olhos da deusa Iustitia, na medida em que, sem peias ou rebuços, adotou **conduta ativa** no recolhimento de provas, em manifesta afronta ao sistema acusatório.

Não se lhe permitia, naquele instante, transformar o ato homologatório em ato **confirmatório** da *confessio* do delator, menos ainda “**esmiuçar**” a historicidade dos fatos criminosos, como ela própria manifestou ter sido sua intenção. A missão do juiz não é, jamais, a de revelador da verdade.

O artigo 4º, §7º, da Lei n. 12.850/2013 é claro na intenção de não se autorizar ao juiz, no ato de homologação do acordo, recolher informações sobre os fatos criminosos. Confira-se:

*§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia*

*da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor..*

Nesse particular, a exceção violou, a mais não poder, a regra ditada no encimado dispositivo da Lei de Organizações Criminosas. Antoine Garapon lembra que “*O Estado de direito é um Estado de regras antes de tudo*”. (ob. cit., p. 247)

Cumpra observar que tamanha foi a preocupação do legislador em não permitir o contato imediato do juiz com a prova, que se valeu da expressão “**para este fim**”, como **reforço** à finalidade do ato homologatório, que não é outra senão a de “**verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade**”.

Ora, estabelecendo o objetivo da homologação, nem sequer era preciso o legislador **esclarecer** que a inquirição do delator é voltada, **exclusivamente**, para avaliação da **voluntariedade**, verificando se ele é resultado, ou não, de manifestação de vontade viciada.

Sobre o tema, esta a lição de Frederico Valdez Pereira:

*“Ao magistrado não se poderia atribuir a gestão em concreto dos arrependidos, não caberia a ele encaminhar os acertos com o colaborador, tampouco participar ativamente na tomada de suas declarações e na oferta do benefício premial como correlato dos informes prestados; deveria impender ao agente do Ministério Público a coleta das revelações, conduzindo a proposta de prêmio, enquanto atividade preliminar*

*eminentemente investigativa. A preservação da imparcialidade judicial recomenda que ao juiz se atribua apenas, na fase preliminar, a tarefa de fiscalização sobre a observância das formalidades e da legitimidade do acordo, no sentido de verificar se foram atendidos, numa primeira análise, os pressupostos legais e observados os direitos e garantias dos arrependidos, em controle que se poderia chamar externo.*

*Atuação judicial na fase investigativa, para além da fiscalização quanto à regularidade do procedimento colaborativo conduzido por membro do Ministério Público, aproximaria o magistrado por demais da figura do juiz de instrução, ensejando questionamento sobre a imparcialidade para o julgamento posterior da causa [...].*

*A colaboração premiada, enquanto atividade preliminar de coleta de elementos apuratórios no âmbito investigativo, deve ser dirigida por membro do MP, mantendo-se o juiz afastado das tomadas de depoimento do arrependido e dos prêmios conexos aos ajustes esboçados. Ao juiz compete aferir a observância preliminar dos pressupostos do instituto em concreto e se foram observadas as garantias do colaborador, sem se comprometer antecipadamente com a concessão de prêmio ao agente, tampouco se envolvendo em atos de cunho investigativo [...]” [Delação Premiada: legitimidade e procedimento, 2. ed., Curitiba: Juruá, 2013, p. 142 e 145].*

No mesmo sentido caminha o entendimento de Ana Luzia Almeida Ferro, Flávio Cardoso Pereira e Gustavo dos Reis Gazzola (Criminalidade Organizada, Editora Juruá, 2014, p. 137); Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (Crime Organizado. Editora Juspodivm, 3ª.

ed., 2014, p. 68).

E não é sem razão que nossa legislação processual, de modo geral – que gradativamente vem se adaptando ao modelo acusatório talhado na Constituição Federal –, tem procurado vedar não apenas a iniciativa probatória do juiz, mas também o **contato** preliminar com as provas, que podem viciar, ainda que inconscientemente, a decisão final do processo por meio de **condicionamentos psicológicos**.

A psicanálise é pródiga na demonstração das influências do inconsciente em nossa vida, na tomada de nossas decisões. Sigmund Freud chegou a afirmar que *“a maior parte dos processos mentais é absolutamente inconsciente”*, uma vez que *“no inconsciente não existe o conceito de tempo, de certo e errado e não há contradições”*. (apud José Osmir Fiorelli e Rosana Cathya Ragazzoni Mangini, Psicologia Jurídica, Atlas, 6. ed., 2015, p. 47)

Na elaboração de decisões, o juiz trabalha com elementos ocultos, uma vez que não há interpretação sem memória. Aliás, a palavra “sentença” deriva de “sentire”, de sentimento.

David Zimmerman lembra que *“o inconsciente comanda a vida da espécie humana muito mais do que, a uma primeira vista, possa se imaginar”*. Por sua vez, Giacomolli e Duarte destacam que, ainda quando pretendemos atuar de maneira estritamente racional, *“é nosso inconsciente que pauta nossas escolhas, justificadas ponto a ponto sob premissas racionais, mas que no fundo maquiagem opções impetuosamente inconscientes”*. (apud André Machado Maya, ob. cit., p. 56 e 57)

De fato, há um mundo subliminar que comanda e dirige nossas ações e decisões, sem que possamos nos dar conta disso.

A psicanálise prova, cada dia mais, que somos influenciados muito mais pelo inconsciente do que pelo pensamento racional, chamado, na concepção freudiana, de “*a ponta do iceberg*”.

Conquanto não tenhamos lembranças de tudo quanto nosso cérebro capta, desde as mais simples às mais complexas decisões que tomamos no dia a dia, são impactadas – muito mais do que nossa ignorância possa supor – pelas forças ocultas do inconsciente.

E a formação do inconsciente é alimentada também e especialmente por nossas percepções sensoriais, pelo que vemos e ouvimos. Tudo é gravado em algum lugar da fantástica mente humana, e acaba por influenciar, consciente ou inconscientemente, o comportamento humano.

Assim, a partir do momento em que temos contato com alguma realidade, não mais pode ela ser apagada de nossa mente, uma vez que fixada, *ad perpetuam rei memoriam*, em algum arquivo da nossa memória.

Desse modo, mesmo diante de todos os mistérios que a prodigiosa mente humana ainda mantém diante do acanhado conhecimento científico, sabe-se que somos influenciados pelo que vemos, ouvimos e sentimos, pela memória retida em nosso inconsciente.

Esta a razão pela qual se levantam vozes e ações no sentido de ajustar nossa legislação não somente em relação ao sistema acusatório, mas também ao **saber científico** quanto à operosidade do inconsciente na decisão do juiz, quando mantém prematuro contato com as provas colhidas fora da instrução criminal.

Não ignorando mais essa palpitante realidade, a

doutrina processualística penal vem se opondo fortemente às possibilidades que a legislação ainda abre ao juiz de determinar, *ex officio*, a realização de provas e diligências, como também à participação dele na realização de provas fora da instrução criminal.

Assim se posiciona porque a ciência ensina que o juiz pode se casar com as primeiras provas que se lhe apresentem, tornando barregãs as colhidas sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Embora repetitivo, importante assentar a posição de Aury Lopes Jr. e Alexandre de Moraes Rosa. Advertem eles que “*o juiz criminal – para efetivamente ser juiz e, portanto, imparcial – deve conhecer do caso penal originariamente no processo. Deve formar sua convicção pela prova originariamente no contraditório judicial sem pré-juízos e pré-cognições acerca do objeto do processo. Do contrário, a seguir-se com a prática atual, o processo acaba sendo um mero golpe de cena, com um juiz que já formou sua imagem mental sobre o caso e que entra na instrução para confirmar as hipóteses previamente estabelecidas pela acusação e tomadas como verdadeiras por ele, juiz*”. (*Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>.

Acesso em 22 de agosto de 2016)

Convencido da nefasta influência que as provas do inquérito policial podem produzir na psique do juiz, Aury Lopes Jr. chega a pregar a necessidade da exclusão física do processo, para evitar seja por elas contaminado, como, aliás, já fazem, em certas medidas, os modelos espanhol e italiano. (*Investigação Preliminar no Processo Penal*. Editora Saraiva, 6a. ed., 2014, p. 330 e 331)

Entende ele que a participação do juiz no recolhimento de provas cria o que Franco Cordero chamou de “quadros mentais paranoicos”, onde “*se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada)*”. (ob. cit., p. 80)

E não se pode mesmo descartar o risco de o juiz que participa da realização da prova ou com ela tenha contato – assentando nela decisões em que se exige emissão de juízo de certeza do crime e de alta probabilidade de sua autoria – criar um roteiro de reconstrução dos fatos históricos a partir de uma decisão já “preconcebida”.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 94.641/BA, concedeu, de ofício, ordem de habeas corpus, pelo fato de o magistrado ter atuado como autoridade em procedimento de investigação de paternidade, e depois na ação penal concernente aos mesmos fatos.

No referido julgamento, pela preciosa pena do Ministro Cezar Peluso, reconheceu-se o esgarçamento da imparcialidade objetiva, pela percepção que o juiz adquiriu com o contato havido com as provas nas investigações preliminares.

Em seu voto-vista, o eminente Ministro abordou, com mestria, o tema tratado nesta exceção, razão pela qual reproduzo alguns trechos:

*“Abstraídos os demais fundamentos do pedido, estou em que se patenteia, no caso, quebra da chamada imparcialidade objetiva, de que deve, como cláusula elementar do princípio constitucional do justo processo da lei (due process of law), revestir-se, na situação de cada causa, o magistrado*

*competente para decidi-la. E, por implicar nulidade absoluta, o vício processual, que é grave, pode ser pronunciado, até de ofício, a qualquer tempo, prescindido, sobre a questão, de juízo anterior dos órgãos jurisdicionais que antecederam a esta Corte no julgamento do caso, donde não haver espaço para cogitar-se de supressão de instâncias.*

*Deveras, pouco se dá que as provas ou elementos indiciários que deram base à denúncia e, no processo subsequente, à própria sentença penal condenatória, não tenham sido colhidos em inquérito policial, mas no curso de procedimento oficioso de investigação de paternidade de que trata o art. 2º da Lei Federal n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992.*

*Coisa indiscutível é que, tendo-os coligido pessoalmente nessa sede, a qual guarda evidente caráter preliminar em relação às causas que daí podiam irradiar-se, o mesmo juiz conduziu, ao depois, todo o processo da ação penal fundada nos mesmíssimos fatos e, nela, proferiu sentença condenatória. Funcionou, assim, na produção das provas e cognição dos fatos, nas duas fases processuais em que estes se desdobraram como objeto de apuração jurisdicional, ou seja, na investigação oficiosa preliminar de paternidade e no processo e julgamento da ação penal consequente.*

*Pensa a jurisprudência dominante que, à luz do disposto no art. 252 do Código de Processo Penal, não esteja o juiz que tenha atuado em outro processo a respeito da matéria, impedido de exercer o ofício, porque seriam taxativas as hipóteses ali previstas, das quais a do inc. III diria respeito à*

*atuação em fases diversas do mesmo processo:*

[...]

*Não me parece, data vênia, seja esta a leitura mais acertada, sobretudo perante os princípios e as regras constitucionais que a devem iluminar, segundo as incontroversas circunstâncias históricas do caso, em que o juiz, ao conduzir e julgar a ação penal, não conseguiu – nem poderia fazê-lo, dada a natural limitação do mecanismo de autocontrole sobre motivações psíquicas subterrâneas – despir-se da irreprimível influência das impressões pessoais gravadas já na instrução sumária do procedimento de investigação de paternidade.*

*É o que se vê claro ao conteúdo das suas decisões, em especial no recebimento da denúncia e na decretação da prisão preventiva do ora paciente, em ambas as quais evidenciou estar fortemente influenciado, na formação e justificação do convencimento, pelas percepções adquiridas na investigação preliminar (fls. 21-24 do apenso). Da mesma forma, mostra-se a sentença condenatória repleta de remissões aos atos dessa investigação prévia, além de opiniões já anteriormente concedidas e expostas sobre os fatos [...].*

*Caracteriza-se, portanto, hipótese exemplar da ruptura da situação de imparcialidade objetiva, cuja falta incapacita, de todo, o magistrado para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida, em relação à qual a incontornável predisposição psicológica nascida de profundo contato anterior com as revelações e a força retórica da prova dos fatos o torna concretamente incompatível com a exigência*

de exercício isento de função jurisdicional [...].

*A regra processual penal não pode valer apenas para hipótese da chamada progressão vertical do processo, a qual exclui atuação de juiz que haja atuado em outro grau de jurisdição da mesma causa, pois as razões que sustentam tal exclusão, de todo em todo se aplicam ao fenômeno do desenvolvimento processual horizontal, proibindo, diante de igual presunção de pré-juízo, exerça jurisdição, no processo principal, o juiz que tenha recolhido provas em procedimento preliminar sobre os fatos”* (grifos são nossos).

Nesse mesmíssimo sentido é o entendimento de César Ramos da Costa, em artigo intitulado “A imparcialidade objetiva do juiz no processo penal brasileiro e a exceção de suspeição”, publicado no Informativo Jurídico Consulex n. 21, de 24-5-2010:

*“Pois bem. O exercício legítimo e legal da jurisdição pressupõe que, no caso concreto, o magistrado o faça não só com imparcialidade subjetiva (dimanada de sua relação com qualquer das partes), mas também com a chamada imparcialidade objetiva, que deriva não da relação do juiz com as partes, e sim de sua relação com os fatos da causa cuja apreciação lhe é submetida.*

*A imparcialidade objetiva demanda que, antes do momento de proferir a sentença, o juiz não tenha pré-juízos acerca dos fatos da causa sub judice. Esses pré-juízos podem dimanar do contato prévio do juiz com os fatos do processo, contato esse que, v.g., pode ter tido em outro processo. Pode, ainda, derivar da indevida antecipação de seu convencimento,*

*materializando um prejulgamento da causa”.*

Em outra oportunidade, quando do julgamento da ADI 1.570-2, no tocante à inconstitucionalidade do art. 3º da Lei n. 9.034/1996, que atribuía ao juiz função de participar da diligência probatória, o Pretório Excelso reconheceu que a previsão vulnerava a imparcialidade do juiz, ao argumento, dentre outros, de que *“ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade”*. (Rel. Min, Maurício Correa)

Aliás, Aury Lopes Jr. apresenta dois importantes estudos a respeito das influências que o contato prematuro do juiz com as provas produzem no seu inconsciente.

O primeiro, que chamou de **efeito primazia**, baseia-se nas pesquisas de Solomon Asch, depois confirmadas por Harold Kelley, que mostrou que *“as primeiras informações recebidas têm mais peso que as demais, fundamentando-se a ideia de que há uma preponderância das cognições oriundas da primeira impressão relativamente às outras a ela conectadas”*.

No estudo realizado, verificou-se que *“as informações posteriores a respeito de uma pessoa, em geral, são consideradas no contexto da informação inicial recebida, sendo esta, então, a responsável pelo direcionamento da cognição formada a respeito da respectiva pessoa e pelo comportamento que se tem para com ela, podendo-se reconhecer, com Freedman, Carlsmith e Sears, que ‘As primeiras impressões são não só o começo da interação social mas também as suas principais determinantes’*. As causas para esse fenômeno são atribuídas tanto à *necessidade de se manter a coerência entre as informações recebidas,*

*quanto ao nível de atenção dado para as informações, que tende a diminuir substancialmente quando já se tem um julgamento formado, fruto de uma primeira impressão”*. (disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jul-29/limite-penal-voce-sabe-efeito-primazia-processo-penal>, acesso em 15 de agosto de 2016)

O segundo estudo, nominado de “**teoria da dissonância cognitiva**”, desenvolvido pelo jurista alemão Bernd Schünemann e exposto em obra organizada por Luís Grego (Estudos de Direito Penal e Processual Penal e Filosofia do Direito), mostra que o juiz, a partir dos autos de inquérito e do recebimento da denúncia, especialmente quando decide pela decretação da prisão preventiva ou outras medidas cautelares, forma **imagens mentais** dos fatos, às quais, inevitavelmente, se apegará, seguindo uma tendência de apenas **confirmá-las** em audiência de instrução, superestimando as informações conscientes e menosprezando as informações dissonantes.

Aury Lopes, reproduzindo as pesquisas realizadas pelo autor tedesco, bem como a aplicabilidade dela no campo do processo penal, expõe que o contato inicial do juiz com as provas do inquérito o impele a *“lidar com duas ‘opiniões’ antagônicas, incompatíveis (teses de acusação e defesa), bem como com a ‘sua opinião’ sobre o caso penal, que sempre encontrará antagonismo frente a uma das outras duas (acusação ou defesa). Mais do que isso, considerando que o juiz constrói uma imagem mental dos fatos a partir dos autos do inquérito e da denúncia, para recebê-la, é inafastável o pré-julgamento (agravado quando ele decide anteriormente sobre prisão preventiva, medidas cautelares, etc). É de se supor – afirma Schünemann – que ‘tendencialmente o juiz a ela se apegará (à imagem já construída) de modo que ele tentará confirmá-la na audiência (instrução), isto é, tendencialmente deverá superestimar as*

*informações consoantes e menosprezar as informações dissonantes”.*

*“Para diminuir a tensão psíquica gerada pela dissonância cognitiva, haverá dois efeitos (Schünemann):*

*“— efeito inércia ou perseverança: mecanismo de autoconfirmação de hipóteses, superestimando as informações anteriormente consideradas corretas (como as informações fornecidas pelo inquérito ou a denúncia, tanto que ele as acolhe para aceitar a acusação, pedido de medida cautelar, etc.);*

*“— busca seletiva de informações: onde procuram-se, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que em algum momento prévio foi aceita (acolhida pelo ego), gerando o efeito confirmador-tranquilizador.*

*“A partir disso ele desenvolve uma interessante pesquisa de campo que acaba confirmando várias hipóteses, entre elas a já sabida — ainda que empiricamente — por todos: quanto maior for o nível de conhecimento/envolvimento do juiz com a investigação preliminar e o próprio recebimento da acusação, (muito) mais provável é a frequência com que ele condenará. Toda pessoa procura um equilíbrio do seu sistema cognitivo, uma relação não contraditória. A tese da defesa gera uma relação contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) e conduz a (molesta) dissonância cognitiva. Como consequência existe o efeito inércia ou perseverança, de autoconfirmação das hipóteses, através da busca seletiva de informações.*

*“Demonstra Schünemann que — em grande parte dos casos analisados — o juiz, ao receber a denúncia e posteriormente instruir o feito, passa a ocupar — de fato — a posição de parte contrária diante do acusado que nega os fatos e, por isso, está impedido de realizar uma*

*avaliação imparcial, processar as informações de forma adequada. Grande parte desse problema vem do fato de o juiz ler e estudar os autos da investigação preliminar (inquérito policial) para decidir se recebe ou não a denúncia; para decidir se decreta ou não a prisão preventiva; formando uma imagem mental dos fatos para, depois, passar à 'busca por confirmação' dessas hipóteses na instrução. O quadro agrava-se se permitirmos que o juiz, de ofício, vá em busca dessa prova sequer produzida pelo acusador. Enfim, o risco de pré-julgamento é real e tão expressivo, que a tendência é separar o juiz que recebe a denúncia (que atua na fase pré-processual) daquele que vai instruir e julgar ao final.*

*“Conforme as pesquisas empíricas do autor, “os juízes dotados de conhecimentos dos autos (a investigação) não apreenderam e não armazenaram corretamente o conteúdo defensivo” presente na instrução, porque eles só apreendiam e armazenavam as informações incriminadoras que confirmavam o que estava na investigação. “O juiz tendencialmente apega-se à imagem do ato que lhe foi transmitida pelos autos da investigação preliminar; informações dissonantes desta imagem inicial são não apenas menosprezadas, como diria a teoria da dissonância, mas frequentemente sequer percebidas”. O quadro mental é agravado pelo chamado ‘efeito aliança’, onde o juiz tendencialmente se orienta pela avaliação realizada pelo promotor. O juiz “vê não no advogado criminalista, mas apenas no promotor, a pessoa relevante que lhe serve de padrão de orientação”. Inclusive, aponta a pesquisa, o ‘efeito atenção’ diminui drasticamente tão logo o juiz termine sua inquirição e a defesa inicie suas perguntas, a ponto de serem completamente desprezadas na sentença as respostas dadas pelas testemunhas às perguntas do advogado de defesa”.*

Por não desconhecer as influências do inconsciente nas

decisões do juiz, notadamente na sentença – que representa o momento culminante no processo – é que tramita no Congresso Nacional projeto de lei (Projeto de Lei n. 156, do Senado Federal, e Projeto de Lei n. 8.045/2010, da Câmara dos Deputados, apensado ao Projeto de Lei n. 7.987/2010) visando a instituição do “**juízo de garantias**”, que busca impedir que o juiz, que funcione na fase de investigações, atue também na instrução e julgamento da ação penal.

E a justificação da proposta é apresentada na exposição de motivos do referido projeto, feito pelo Senador Renato Casagrande, nestes termos simplificados:

*“A ideia é garantir ao juiz do processo ampla liberdade crítica em relação ao material colhido na fase de investigação. O raciocínio é o seguinte: o juiz que atua no inquérito, seja mantendo o flagrante ou decretando a prisão preventiva de investigado, seja autorizando a quebra dos dados resguardados por sigilo constitucional, incluindo as interceptações das conversas telefônicas, seja permitindo técnicas invasivas como a infiltração de agentes (...) esse juiz tende, cedo ou tarde, a assumir a perspectiva dos órgãos de persecução criminal (polícia e Ministério Público). Por isso, para que o processo tenha respeitado o equilíbrio das forças e assegurada a imparcialidade do magistrado, seria melhor, na ótica do PLS n. 156, de 2009, separar as duas funções”.* (disponível em [www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getDocumento.asp?t=71659](http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getDocumento.asp?t=71659), acesso em 15 de agosto de 2016)

Exatamente por sermos influenciados pelos acontecimentos que se passam aos nossos sentidos, é que não se permite ao

juiz, no ato de homologação do acordo, auscultar o delator acerca dos fatos criminosos.

Afinal, como escreveu Nietzsche, “*somos todos humanos, demasiadamente humanos*”.

Assim se dá porque a confissão do delator é sugestionável como o canto da sereia, narrado por Homero em sua obra Odisseia. O poema conta que Circe recomendou a Ulisses que, ao passar pela ilha das sereias – terríveis criaturas dotadas de melodias que encantavam – deveria colocar cera nos ouvidos de seus marinheiros, para que não fossem por elas atraídos. Recomendou-lhe ainda que, se ele próprio quisesse ouvi-las, deveriam seus homens amarrar-lhe os pés e mãos ao mastro do navio, para que não sucumbisse às armadilhas do encantamento, o que lhe permitiu sobreviver à jornada.

Não podendo o homem livrar-se de seu inconsciente, veda-se ao juiz recolha, ele próprio, as declarações do delator, evitando contaminações que acabem por influenciar a decisão final.

Por se saber que o juiz, como ser humano, não consegue se livrar da carga de informações e emoções de seu inconsciente, o artigo 4º, §6º e 7º, da Lei de Organizações Criminosas vedou, **terminantemente**, a participação dele nas negociações realizadas entre as partes, restringindo sua atuação à verificação da **regularidade, legalidade e voluntariedade** do acordo de delação.

Nesse sentido, a magistral lição de Renato Brasileiro Lima:

*“O magistrado não deve presenciar ou participar das negociações, enfim, não deve assumir um papel de protagonista*

*das operações referentes ao acordo de colaboração premiada, sob pena de evidente violação do sistema acusatório (CF, art. 129, I). Ora, se o magistrado presenciar essa tratativa anterior à colaboração, na hipótese de o acusado confessar a prática do delito, mas deixar de prestar outras informações relevantes para a persecução penal, inviabilizando a celebração do acordo, é intuitivo que o magistrado não conseguirá descartar mentalmente os elementos de informação dos quais tomou conhecimento, o que poderia colocar em risco sua imparcialidade objetiva para o julgamento da causa”.[Manual de Processo Penal, 4. ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 785 – grifo é nosso]*

No julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* n. 4.6769/PR, o Ministro Luiz Vicente Cernecchiano trouxe lição doutrinária própria que cai como uma luva ao caso examinado nesta *exceptio*:

*“O Juiz que realizar a diligência poderá presidir o processo?*

*Sabe-se, o magistrado precisa ser isento. Não ter interesse pessoal algum. Daí, o impedimento e a suspeição.*

*Haverá isenção (sentido normativo) para processar e julgar quem promoveu, reservadamente, a prova?*

*Tenho que a resposta se impõe negativa.*

*Quem recolheu a prova (ainda que isentamente), com ela ficou comprometido. Pelo menos impressionado. Ao presidir a instrução, até inconscientemente, tenderá a orientar a coleta dos elementos probatórios no sentido de confirmar o que foi por*

*ele recolhido”.*

Noutro julgamento, o mesmo Tribunal da Cidadania ensaiou a colocação em parcialidade do juiz que procedeu ao interrogatório dos acusados antes mesmo de haver a ação penal (RHC n. 23.945).

Ao contrário do que defende a insigne e brilhante juíza excepta, na decisão que rechaçou a alegação de parcialidade, não cabia a ela “*certificar (...) de que as declarações prestadas eram realmente voluntárias*” (fls. 378).

O “**esmiuçamento**” das declarações do delator é incompatível com a certificação da voluntariedade do acordo de delação premiada. Na realidade, a inquirição foi **muito além** da mera sondagem de o negócio jurídico entabulado com o Ministério Público ter sido ajustado longe dos influxos da coação ou pressão.

Ainda que tenha obrado na mais absoluta boa-fé, e imbuída das melhores intenções, é insofismável que a excepta **assumi** a gestão da prova e a função institucional do órgão da acusação, que, vale salientar, já havia colhido as declarações do delator.

Na verdade, agiu como São Tomé, procurando certificar a veracidade dos fatos criminosos delatados, desbordando da simplificada tarefa de verificação da regularidade formal do acordo de delação. A sua **postura ativa** foi motivada pela dúvida quanto à existência dos fatos criminosos, e não pela voluntariedade do negócio jurídico trazido à sua homologação.

Quando ela própria quis ouvir, dos lábios do delator, a narrativa dos fatos criminosos, mergulhando no pélagos dos acontecimentos que deveriam ser debulhados no cadinho da instrução criminal, permitiu

que seu espírito se abrisse à formação de “**pré-juízos**”, que acabaram por embalar a prisão que decretou com as fibras do coração.

No julgamento do HC n. 127.483/PR, o Ministro Dias Tofolli registrou informações do Ministro Teori Zavascki, nas quais assentou que “*o âmbito da cognição judicial na decisão que homologa o acordo de colaboração premiada é limitado ao juízo a respeito da higidez jurídica desse ato original. Não cabe ao Judiciário, nesse momento, examinar aspectos relacionados à conveniência ou à oportunidade do acordo celebrado ou as condições nele estabelecidas, muito menos investigar ou atestar a veracidade ou não dos fatos contidos em depoimentos prestados pelo colaborador ou das informações trazidas a respeito de delitos por ele revelados. É evidente, assim, que a homologação judicial do acordo não pressupõe e não contém, nem pode conter, juízo algum sobre a verdade dos fatos confessados ou delatados, ou mesmo sobre o grau de confiabilidade atribuível às declarações do colaborador, declarações essas às quais, isoladamente consideradas, a própria lei atribui escassa confiança e limitado valor probatório”.*

Como bem salientou o eminente Ministro Teori Zavascki, ao juiz não se lhe autoriza nem mesmo “*investigar ou atestar a veracidade dos fatos*”, até porque, **para essa finalidade**, a Lei n. 12.850/2013 recomendou que, sempre que possível, o registro dos atos de colaboração seja feito por meio ou recurso de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual. (art. 4º, §13)

De outro lado, convém anotar o equívoco, que contamina a decisão homologatória do acordo de delação, de se haverem tomado as declarações do delator **na presença do Ministério Público**, com quem foi tratado o negócio jurídico.

A Lei de Organizações Criminosas é clara ao dispor, no §7º do art. 4º, que a inquirição do delator, para verificação da **voluntariedade** do acordo, dar-se-á em sigilo, **apenas com a presença do seu defensor.**

Se a finalidade do ato é certificar se o acordo é fruto da vontade do delator, que não foi ele arranjado mediante qualquer tipo de coação, não tem mesmo sentido que dele participe quem, teoricamente, possa ser o agente coator.

Esta é a posição de Cléber Masson e Vinícius Marçal (Crime Organizado, Editora GEN/Método, 2015, p. 133); Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues Silva (Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação, Editora Juspodivm, 2015, p. 321); Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (ob. cit., p. 70).

Igualmente, há manifesto equívoco na afirmação da excepta quando aduz que *“a oitiva prévia do colaborador em juízo também visou aferir se os objetivos da colaboração foram atingidos pelo acordo entre as partes, ou seja, se das declarações de PAULO CESAR LEMES poderiam ser retirados alguns dos requisitos dos incisos I a V do artigo 4º da Lei n. 12.850/13. Isso, claro, porque a eficácia da colaboração é condição fundamental para concessão dos benefícios descritos no termo de acordo”*.

Acontece que a homologação do acordo de delação premiada se situa no plano de **eficácia** do negócio jurídico, que nada tem a ver com o **adimplemento** da obrigação assumida pelo delator.

Se, ao final da instrução, não se obtiver nenhum dos resultados previstos no artigo 4º, incisos I a V, da Lei de Organizações Criminosas, o que ocorrerá é o **inadimplemento** do acordo de delação,

impedindo lhe seja concedido o prêmio ajustado. Nem por isso, entretanto, se poderá questionar a **existência**, **validade** e **eficácia** do acordo, que permanecerão hígidos.

Não obstante a impropriedade técnica do legislador em se referir à “**eficácia**” como sinônimo de **adimplemento** do negócio jurídico premial (Lei n. 12.850/2013, art. 4º, §11), é a **homologação** do acordo que empresta a ele a condição de eficaz.

Sendo a delação premiada contrato sinalagmático, é a homologação do acordo que permitirá ao delator, em cumprindo a(s) obrigação(ões) prometida(s), relacionada(s) a uma ou algumas das situações previstas no art. 4º da Lei de Organizações Criminosas, exigir do Estado a contraprestação prometida.

Aliás, cabe registrar que o Ministro Dias Tofolli, no julgamento do já referido HC n. 127.483/PR, legou magistral lição a respeito do tema, de leitura obrigatória a todos que estão a lidar com o novel instituto da delação premiada.

Por fim, importa gizar que a questão não pode, *sic et simpliciter*, ser tratada como se estivéssemos fazendo ponderações de interesse, uma vez que a imparcialidade é da essência da jurisdição. Rafael Jiménez Assensio recorda que “*a imparcialidade deve ser (...) um valor dominante e imprescindível na atividade dos nossos Tribunais, pois qualquer desprezo a ele afeta em cheio a legitimidade institucional do Poder Judiciário e o próprio coração do Estado de Direito*”. (Imparcialidade Judicial y Derecho al juiz imparcial, Navarra: Arazandi, 2002, p. 64)

Em resumo: no caso desta exceção me parece claro que a excepta não apenas assumiu a gestão da prova como demonstrou,

antecipadamente, a culpa da excipiente, pondo-se em parcialidade.

O reconhecimento da parcialidade da excepta não apequena, de modo algum, o ciclópico e brilhante trabalho que vem ela realizando à frente da 7ª Vara Criminal da Capital, digno de todos os encômios.

Porém, **no caso concreto**, a despeito da presença de boa-fé, consoante asseverado pelo Procurador de Justiça, fato é que ficou demonstrado, de modo irretorquível, a meu sentir, a parcialidade da autoridade excepta, razão pela qual outro caminho não há senão acompanhar o Relator para acolher a presente exceção.

É como voto.