

Coordenação Geral:

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes
Cleyson de Moraes Mello
Vanderlei Martins

Coordenação Acadêmica:

Carlos José de Souza Guimarães
Maurício Jorge Pereira da Mota
Vânia Siciliano Aieta

DIREITO E JUSTIÇA:

Estudos em Homenagem aos 25 anos do
Ministro Marco Aurélio no STF

Prefácio de André R. C. Fontes

Apresentação de José Maria Pinheiro Madeira

AUTORES:

Alessandra Villaça Gorgulho Ferretti

Alexandre de Castro Catharina

Alexandre Pedro Moura D'Almeida

Alfredo Canellas Guilherme da Silva

André R. C. Fontes

Barbara Gomes Lupetti Baptista

Bernardo Santos

Bernardo Schmidt Penna

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

Claudia Tannus Gurgel do Amaral

Christiano Fragoso

Cleyson de Moraes Mello

Daniel Navarro Puerari

Daniel Nunes Pereira

Danielle Riegermann Ramos Damião

Danilo Martins Fernandes Drilard

Débora Ribeiro Sá Freire

Edna Raquel Hogemann

Érika Tavares Amaral Rabelo de Matos

Fernanda Duarte

Fernando Chaim Guedes Farage

Fernando Gama de Miranda Netto

Fernando Rangel Alvarez dos Santos

Francisco Pedro Jucá

Guilherme Sandoval Góes

Horácio Monteschio

José Carlos Vaz e Dias

Júlia Mara Rodrigues Pimentel

Luis Carlos de Araujo

Marcelo Pereira de Almeida

Maria Célia Ferreira de Rezende

Mauricio Mota

Mery Chalfun

Rafael Mario Iorio Filho

Rossana Marina De Seta Fisciletti

Valéria Juliana Tortato Monteschio

Vanderlei Martins

Coordenação Geral

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes
Cleyson de Moraes Mello
Vanderlei Martins

Coordenação Acadêmica

Carlos José de Souza Guimarães
Maurício Jorge Pereira da Mota
Vânia Siciliano Aieta

Direito e Justiça

Estudos em homenagem aos 25 anos do

Ministro Marco Aurélio no STF

Autores

Alessandra Villaça Gorgulho Ferretti

Alexandre de Castro Catharina

Alexandre Pedro Moura D'Almeida

Alfredo Canellas Guilherme da Silva

André R. C. Fontes

Bárbara Gomes Lupetti Baptista

Bernardo Santos

Bernardo Schmidt Penna

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

Claudia Tannus Gurgel do Amaral

Christiano Fragoso

Cleyson de Moraes Mello

Daniel Navarro Puerari

Daniel Nunes Pereira

Danielle Riegermann Ramos Damião

Danilo Martins Fernandes Drilard

Débora Ribeiro Sá Freire

Edna Raquel Hogemann

Érika Tavares Amaral Rabelo de Matos

Fernanda Duarte

Fernando Chaim Guedes Farage

Fernando Gama de Miranda Netto

Fernando Rangel Alvarez dos Santos

Francisco Pedro Jucá

Guilherme Sandoval Góes

Horácio Monteschio

José Carlos Vaz e Dias

Júlia Mara Rodrigues Pimentel

Luis Carlos de Araujo

Marcelo Pereira de Almeida

Maria Célia Ferreira de Rezende

Mauricio Mota

Mery Chalfun

Rafael Mario Iorio Filho

Rossana Marina De Seta Fisciletti

Valéria Juliana Tortato Monteschio

Vanderlei Martins

Editar

Juiz de Fora-MG

2016

Conselho Editorial

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira (UERJ)
Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior (UFRRJ)
Profa. Dra. Bianca Tomaino (UERJ)
Prof. Dr. Bruno Amaro Lacerda (UFJF) – Minas Gerais
Profa. Dra. Claudia Ribeiro Pereira Nunes (UVA)
Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello (UERJ)
Profa. Dra. Elena de Carvalho Gomes (UFMG) – Minas Gerais
Profa. Dra. Germana Parente Neiva Belchior (FA7) – Ceará
Prof. Dr. João Eduardo de Alves Pereira (UERJ)
Profa. Dra. Martha Asunción Enriquez Prado (UEL) – Paraná
Prof. Dr. Nuno M. M. S. Coelho (USP) – São Paulo
Profa. Dra. Núria Beloso Martín (Univ.Burgos – Espanha)
Profa. Dra. Theresa Calvet de Magalhães (UFMG) – Minas Gerais
Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho (UFPB) – Paraíba
Prof. Dr. Vanderlei Martins (UERJ)

Conselho Científico

Prof. Dr. Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA)
Prof. Dr. Alexandre de Castro Catharina (UNESA)
Prof. Dr. Carlos Eduardo Japiassú (UERJ / UNESA)
Profa. Dra. Célia Barbosa Abreu (UFF)
Prof. Dr. Daniel Nunes Pereira (UFF)
Prof. Dr. Jorge Bercholz (UBA – Argentina)
Prof. Dr. Leonardo Rabelo (UVA)
Prof. Dr. Marcelo Pereira Almeida (UNESA)
Prof. Dr. Sebastião Trogo (UFMG)
Prof. Dr. Thiago Jordace (IBMEC)

Coordenação Geral

Profa. Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes
Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello
Prof. Dr. Vanderlei Martins

Coordenação Acadêmica

Prof. Ms. Carlos José de Souza Guimarães
Prof. Dr. Maurício Jorge Pereira da Mota
Profa. Dra. Vânia Siciliano Aieta

Dados internacionais de catalogação na publicação

N972d Nunes, Cláudia Ribeiro Pereira
C517d Mello, Cleyson de Moraes
V298d Martins, Vanderlei

Direito e justiça – Estudos em homenagem aos 25 anos do Ministro Marco Aurélio Melo no STF / Cláudia Ribeiro Pereira Nunes, Cleyson de Moraes Mello e Vanderlei Martins (Coordenadores), Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016.

ISBN: 978-85-7851-139-5

1. Fundamentos – Direito – Brasil.

CDD 340

CDU 34

A editora e os coordenadores desta obra não se responsabilizam por informações e opiniões contidas nos artigos científicos, que são de inteira responsabilidade dos seus autores.

Prejulgamento induz Suspeição de Juiz Criminal

Christiano Fragoso¹

Resumo

O autor discute a importância de que o juiz, principalmente na área criminal, mantenha uma atitude imparcial frente à causa que lhe é posta, sustentando que, na hipótese de prejulgamento, deve o juiz ser excluído da condução do feito.

Palavras-chave: Imparcialidade; suspeição de juiz; prejulgamento; garantia do juiz natural.

Introdução

Uma das tarefas mais delicadas para o advogado é, sem dúvida, a decisão quanto à arguição da suspeição de um magistrado. Mesmo entre advogados antigos, muitos jamais opuseram a respectiva exceção processual; outros, após décadas de atividade profissional, somente a opuseram raras vezes, em uma ou, no máximo, duas oportunidades.

É notório que os juízes se revelam excessivamente parcimoniosos no reconhecimento da suspeição de seus pares, havendo relatos importantes de que uma recusa de juiz costuma suscitar uma alta solidariedade dos juízes que a decidirão.² Basta compulsar os repositórios de jurisprudência para que se verifique a escassez de exceções de suspeição e, em especial, o quase absoluto fracasso dos poucos advogados que ousam opô-las. Muitos juízes reputam que a declaração da suspeição seria vexatória para o colega, supondo que declarar procedente a exceção seria apor-lhe grave pecha. Não há qualquer sentido nesta suposição, pois, como afirma **Clito Fornaciari Junior**, “a iniciativa de afastamento do Juiz (...) não se põe uma pecha”; ademais, deve-se ter em mente que “em jogo está o valor maior da imparcialidade da Justiça, que não pode, de modo algum, ser sequer arranhado”.³

O eminente Ministro **Marco Aurélio**, ao qual aqui se presta merecida homenagem, foi há exatos 20 anos, relator de um dos primeiros precedentes em que os nossos tribunais excluíram um juiz que, claramente, prejulgou a causa que presidia; por ocasião do julgamento do HC n.º 74.203/DF, relatado pelo homenageado, vigorou o entendimento de que, tendo “o magistrado emitido juízo de valor sobre a controvérsia antes do momento propício, forçoso é concluir pelo

¹ Professor Adjunto de Direito Penal da Faculdade de Direito da UERJ. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros. Advogado Criminal.

² TEPLITZ, Neue Juristische Wochenschrift 1962, p. 2044, *apud* KUHNE, *Strafprozessrecht*, 8.ª ed., 2010, p. 444.

³ FORNACIARI JUNIOR, Da necessária releitura do fenômeno da suspeição, ago. 1999, p. 66-67

respectivo impedimento, a teor do disposto no artigo 36, inciso III, da Lei Orgânica da Magistratura. Isso ocorre quando, no julgamento de embargos infringentes, revela convencimento sobre matéria que lhe é estranha, porquanto somente passível de ser examinada uma vez provido o recurso e apreciada a apelação que a veiculou” (2.^a T., j. 17.12.1996, DJ 22.09.2000, p. 69).

Frequentemente, todavia, os juízes exceptos consideraram-se pessoalmente alvejados pelo audaz advogado que teve a ousadia de desconfiar de sua isenção para presidir o feito.⁴ Não é incomum que alguns juízes, reputando-se ofendidos pela mera arguição de parcialidade (ainda que meticulosamente esculpida pelo advogado em linguagem respeitosa, comedida e técnica), cheguem até a requerer a responsabilização criminal do causídico.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, *ad exemplum*, já teve ocasião de conceder *Habeas Corpus* a advogado que, por iniciativa do juiz supostamente ofendido, respondia a processo criminal por pretensa calúnia, que consistiria em dizer, nos autos, que certa conduta do Juiz chegaria às raias do art. 135, V, CPC⁵; a Corte declarou, por maioria, inexistir crime.⁶ Esta decisão merece encômios, uma vez que tal afirmação evidentemente não constitui crime, mesmo porque se situa dentro das apreciações que podem ser lícitamente feitas pelos patronos em uma lide judicial; de outro lado, a circunstância de o magistrado ter se julgado ofendido bem demonstra a suscetibilidade de certos juízes nesta matéria.

Deve-se ter a consciência de que a arguição sóbria e respeitosa de impedimento ou de suspeição de um juiz é uma discussão acerca de um requisito de validade de um processo, tal como uma questão relativa à citação, à capacidade da parte ou à competência do Juízo. Não deve tal arguição ser causa de melindres ou de retaliações, devendo ser encarada, sempre, com naturalidade.

Os juízes são igualmente humanos, sujeitos às paixões terrenas e, portanto, podem sim em casos excepcionais, não conseguir manter a imparcialidade necessária ao exercício da atividade judicante. Isto não representa nenhum demérito ou agravo à pessoa do magistrado, mas tão somente a reafirmação de sua humanidade. É extremamente adequada a observação de **Vincenzo Manzini**: “*los jueces no deben considerar injuriosa la sospecha cuando no resulte*

⁴ Em 1942, o juiz GUILHERME ESTELLITA, ao ser arguida sua suspeição por estar “particularmente interessado na decisão da causa” (como estabelecia o art. 185, III, do CPC), produziu ampla peça de refutação, publicando-a, em forma de livro, cujo nome foi “*Em defesa do meu nome de juiz*”. Ao explicar as razões da publicação, cita palavras de um outro juiz: “O dever do juiz de defender a sua isenção, a sua imparcialidade, é o mais ingente, o seu dever indeclinável, intransferível, indivisível, visto que a suspeição do juiz, na elegante frase de Saredo, ‘concerne la persona medesima.’” HANS-HEINER KUHNE relata que, também na Alemanha, os juízes reagem como se sua honra profissional estivesse sendo solapada, e que o Tribunal da Baviera chegou a decidir que, em regra, a recusa de um juiz significa uma diminuição do juiz (**Strafprozessrecht**, 8.^a ed., 2010, p. 443).

⁵ O art. 135, V, CPC declara suspeito o juiz “interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes”.

⁶ HC 1998.059.00505, 7.^a Câm. Crim., Des. CLÁUDIO TAVARES DE OLIVEIRA, j. 09.06.1998.

totalmente infundada, dirigiéndose la exclusión a elevar cada vez más su función y no a humillarla".⁷ Certamente muitos juízes prefeririam que o juízo quanto à própria imparcialidade coubesse tão somente a eles mesmos, não podendo tal questão ser submetida a outros juízes. Este é o sistema adotado os Estados Unidos da América, onde "*palavra final sobre a abstenção ou não abstenção cabe ao próprio juiz, sem nenhum controle de quem quer que seja*".⁸

A doutrina processual também contribui para a inibição do advogado em suscitar a suspeição de um magistrado. Tanto os processualistas civis, quanto os processualistas penais frequentemente ensinam que não há casos de suspeição fora da lei, que nesta matéria a interpretação é sempre restritiva, e que, apesar do art. 126 do antigo CPC e do art. 3.º CPP, não se permite o emprego de analogia. Tais fatores, aliados ao justificável temor de que seu constituinte seja prejudicado pelo juiz excepto, explicam a avareza dos advogados na oposição de exceção de suspeição.

Deve haver maior flexibilidade no reconhecimento da suspeição de juízes, uma vez que se busca unicamente prevenir decisões injustas, evitar situações embaraçosas para o juiz e manter a confiança da população na administração da justiça, eliminando causas que poderiam dar lugar a críticas e a malignidades. É ainda de **Manzini** a advertência de que "*hasta las apariencias se deben cuidar, cuando se trata de la justicia*".⁹

No processo penal, avulta a importância de conceder-se maior liberdade de recusa do Juiz principalmente à defesa, que representa o cidadão e, frente ao Estado, constitui a parte mais fraca e débil da relação processual. Neste ponto, é perfeita a observação de **Ferrajoli**: "*si para la acusación esta recusabilidad tiene que estar vinculada a motivos previstos por la ley, debe ser tan libre como sea posible para el imputado*".¹⁰ Ressalta **Alberto Binder** que "*modernamente se tende a abrir los sistemas [de recusa de juízes] puesto que los de numerus clausus resultan muy estrechos*".¹¹

A Importância da Imparcialidade do Juiz

Um dos atributos elementares, verdadeira *conditio sine qua non*, para o legítimo exercício da atividade judicante é, indubitavelmente, a imparcialidade. As garantias constitucionais de que um cidadão só pode ser processado e sentenciado pelo juiz competente (art. 5.º, LIII, CF) e de que não haverá juízo ou tribunal de exceção (art. 5.º, XXXVII, CF) são emanações da exigência básica de imparcialidade do juiz.¹² É também para garantir a imparcialidade do julgador que a Constituição Federal confere, aos juízes, as garantias de vitaliciedade, de inamovibilidade e de irredutibilidade de subsídio (previstas nos incisos do art. 95, CF).

⁷ MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, II, 1951, p. 207

⁸ BARBOSA MOREIRA, Reflexões sobre a imparcialidade do juiz, 2001, p. 21.

⁹ MANZINI, ob. cit., 1951, p. 206.

¹⁰ *Derecho y razón*, 1997, p. 581.

¹¹ BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, 1999, p. 321.

¹² Assim também, DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, 11.ª ed., 2009, p. 227.

Diversos tratados internacionais de direitos humanos, já incorporados ao direito interno brasileiro, mencionam explicitamente a garantia de um juiz imparcial. É o que estabelecem, p.ex., a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹³, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (incorporado pelo Decreto n.º 592, de 06.07.1992¹⁴) e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (incorporada pelo Decreto n.º 678, de 06.11.1992¹⁵). Essa rede de garantias constante dos tratados internacionais adquire notável importância, na medida em que o respeito aos direitos humanos é um dos valores que devem reger nosso país em suas relações internacionais (art. 4.º, II, CF); além disso, se houver a aprovação necessária, tratados de direitos humanos podem ter validade equivalente à de emendas constitucionais (art. 5.º, § 3.º, CF).

É evidente que as garantias do juiz natural e funcionais dos juízes e a afirmação, feita em tratados internacionais, de que é assegurada a imparcialidade do juiz ainda poderiam ser carentes de efetividade se não houvesse, na legislação interna infraconstitucional, outros dispositivos que, como corolários dessas declarações, indicassem, com maior densidade, hipóteses de risco à imparcialidade.

A importância da imparcialidade levou a que a própria Lei Orgânica da Magistratura (que, como se sabe, tem status de lei complementar: LC 35/1991) estabelecesse que é vedado ao magistrado manifestar-se sobre processo entregue ao seu julgamento.¹⁶ E, tradicionalmente, nossos Códigos de Processo Civil e

¹³ Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948: “Art. 10.º. *Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.*”

¹⁴ Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966: “Art. 14. 1. *Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exigir, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.*”

¹⁵ Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969: “Artigo 8.º – *Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.*”

¹⁶ Na verdade, o citado dispositivo é até mais amplo: “Art. 36. *É vedado ao magistrado: (...) III – manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.*”

Penal têm sempre proclamado as hipóteses em que há impedimento (art. 144, CPC e art. 252, CPP) ou suspeição (art. 145, CPC e art. 254, CPP) de juízes.

Imparcialidade não significa, de modo algum, neutralidade. O juiz, assim como qualquer outro cidadão, é um ser-no-mundo, estando, portanto, sujeito a condicionamentos políticos, sociais, econômicos, culturais etc. Não se poderia exigir que o juiz fosse neutro; mas, precisamente pela circunstância de ser um ser-no-mundo, é que se pode e se deve exigir que o juiz mantenha conduta de imparcialidade.

A relação processual é, como se sabe, uma relação *dinâmica*, e não estática. Um juiz imparcial pode, eventualmente, ao longo do processo, tornar-se parcial; todavia, bem mais difícil, do ponto de vista psicológico, é a situação contrária. A imparcialidade é condição que deve ser mantida ao longo de todo o processo, mormente no processo penal, que historicamente passou por terríveis deturpações relacionadas com a confusão entre as funções de acusador e de juiz e, que, hoje, convive com graves problemas decorrentes de uma parte altamente invasiva da mídia, que transforma o drama penal em um espetáculo a ser consumido e que pode levar à contaminação indevida de juízes.

Uma das maneiras de um juiz criminal tornar-se parcial é, claramente, realizar um julgamento antecipado de uma acusação criminal feita a um cidadão. Isto é inaceitável, pois o respeito ao devido processo penal é condição mínima (porém, ainda não suficiente) de legitimidade de qualquer sentença penal condenatória. É imperioso discutir as consequências de um prejulgamento em matéria penal, eis que, como bem diz **Badaró**, sintetizando a absoluta importância da imparcialidade, “a palavra juiz não se compreende sem o qualificativo de imparcial. Não seria exagerado afirmar que um juiz parcial é uma contradição em termos”.¹⁷

O Prejulgamento como causa de recusa de um Magistrado no Processo Penal

O prejulgamento realizado pelo magistrado criminal tem inegável relevância. É inequívoco que, embora não precise ser neutro, o juiz não pode avançar sua convicção acerca da culpa ou inocência de um acusado em um processo criminal. Em todo o caso, não é inteiramente pacífico que o prejulgamento possa ser invocado como causa de recusa de um juiz criminal.

Em nosso país, nem o Código de Processo Penal, nem o Código de Processo Civil, preveem *explicitamente* a possibilidade de recusa do juiz por prejulgamento. O Código de Processo Civil, todavia, prevê no art. 145, IV, que: “Art. 145. Há suspeição do juiz: (...) IV – interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.”¹⁸ **Pontes de Miranda** ensinava que o interesse do

¹⁷ **Juiz natural no processo penal**, 2014, p. 30-31.

¹⁸ Com redação quase idêntica, esse dispositivo já existia no antigo CPC: “Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: (...) V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes”.

juiz no julgamento da causa pode ser de natureza material ou moral, e, quanto a esse último, afirmava: “*O interesse moral pode ser o interesse na repercussão ética, não somente porque a tal interesse pode corresponder direito, pretensão, ação ou exceção. O interesse moral pode consistir em pressão psíquica sobre o juiz, como o interesse material. A lei não distinguiu. São de repelir-se os julgados que o eliminam como causa de suspeição*”.¹⁹ Esse dispositivo tem sido, por isso, invocado para fundamentar a recusa de juízes que incidam em prejulgamento.

No Código de Processo Penal, não há um dispositivo semelhante, muito embora, recentemente, o art. 449, III, CPP, que cuida do procedimento perante o Tribunal do Júri, tenha ganhado nova redação, estatuinto: “*Art. 449. Não poderá servir o jurado que: (...) III – tiver manifestado prévia disposição em condenar ou absolver o condenado*”.²⁰ Não há nenhum motivo para que esta norma não possa ser estendida aos juízes togados; a circunstância de eles – diferentemente dos jurados – estarem jungidos à obrigação de fundamentar suas decisões não elide o fato de que o prejulgamento leva à suspeição de parcialidade, até porque a experiência mostra que, na maioria dos casos, há relativa facilidade para fundamentar uma decisão num sentido ou em outro diametralmente oposto.

A propósito da tramitação do projeto de novo Código de Processo Penal, **René Ariel Dotti** formulou sugestão, aprovada pela Comissão Especial de Estudo do Projeto de Novo Código de Processo Penal, do Conselho Federal da OAB, no sentido da inserção da possibilidade de recusa de juiz criminal “*quando [ele] se manifestar, antecipadamente, por qualquer meio de comunicação social ou em autos sob sua jurisdição, acerca do mérito da causa*”.²¹ Essa sugestão nada mais é do que uma sanção à proibição, consagrada no já mencionado art. 36, III, da Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar n.º 35, de 1979), que muitas vezes também é invocado como fundamento para recusar um juiz criminal.

Considerando as normas jurídicas já existentes (art. 145, IV, CPC; art. 449, III, CPP; e art. 36, III, LOMAN), embora ainda não haja previsão legal explícita, deve ser possível, ao meu sentir, a arguição de suspeição na hipótese em que qualquer magistrado criminal prejulgue a causa, ou seja, em que manifeste açodadamente seu convencimento acerca da demanda que lhe é submetida.

Vários sistemas jurídicos estrangeiros contemplam a possibilidade de recusa do juiz que realizou prejulgamento. Alguns preveem explicitamente o prejulgamento como causa que propicia a recusa do Juiz, como ocorre na Itália; em outros países, como a Alemanha, há cláusulas genéricas que, na pacífica interpretação doutrinária, abarcam o prejulgamento como causa de recusa do juiz.

O *Codice de Procedura Penale*, de 1988, está assim redigido, no art. 37, alínea b, *in verbis*: “*37. Recusazione. – 1. Il giudice può essere ricusato dalle parti: (...) b) se nell'esercizio delle funzioni e prima che sai pronunciata sentenza, egli ha manifestato*

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, **Comentários...**, II, 1998, p. 429.

²⁰ Nova redação dada pela Lei n.º 11.689, de 09.06.2008.

²¹ DOTTI, A suspeição do Juiz no Projeto do Código de Processo Penal, in **Revista do**

indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto dell' imputazione". **Conso-Grevi** noticiam que se pode falar de uma indébita manifestação de convencimento judicial quando se esteja diante de uma antecipação sobre o mérito da imputação, operada seja no próprio procedimento objeto dessa imputação, seja em procedimento diverso, sempre que tal manifestação seja gratuita, vale dizer privada de nexo funcional com o ato que ocasionou a tomada de posição do juiz; ademais, a Corte Constitucional italiana tem admitido que a recusa se baseie em apreciação de mérito, sobre o mesmo fato, ocorrida no âmbito de outro procedimento, ainda que não penal.²²

A *Strafprozessordnung* alemã, de 1877, permite, no § 24, a recusa de um juiz, *"por receio de suspeição"*, *"quando exista uma razão que seja apta a justificar desconfiança quanto à imparcialidade de um juiz"*.²³ Em fins da década de 1960, o **Eberhard Schmidt**, discípulo de **v. Liszt**, exemplificava a aplicabilidade deste dispositivo precisamente com uma hipótese de prejulgamento: *"de acordo com o § 24, II, StPO, um juiz pode ser recusado por uma das partes processuais, tanto nos casos em que, por força de lei, ele é excluído, com quando a parte processual, por uma consideração razoável, não possa estar convencida da imparcialidade do juiz. (...) Por exemplo: não pode o juiz, ainda antes do fim da audiência, no momento em que o defensor faz suas alegações finais (§ 258, StPO), já estar redigindo a sentença"*.²⁴ Mesmo **Karl Peters**, processualista penal alemão profundamente ligado à autoritária ideologia nazista, não deixava de reconhecer, embora já na década de 1980, que *"uma tomada de posição unilateral sobre a matéria da acusação justifica a desconfiança quanto à imparcialidade do juiz"*.²⁵ Mais recentemente, **Uwe Hellmann** completa, com razão, que não é necessária a certeza de atuação parcial do juiz, bastando a mera dúvida fundada em causa razoável para tornar peremptória a recusa do juiz.²⁶

Sob o argumento de que as hipóteses de impedimento e de suspeição seriam taxativas, há julgados que levantam obstáculos à recusa de um juiz que tenha prejulgado uma causa criminal. No que toca ao impedimento, é razoável que as hipóteses devam tender a ser taxativas²⁷, até mesmo pelas consequências relativas à impossibilidade de ser saneado o impedimento e pela possibilidade de des Constituição da coisa julgada, embora haja doutrina respeitável no sentido

²² CONSO-GREVI, **Compendio di Procedura Penale**, 2008, p. 48.

²³ Esta é a redação do § 24, 2, na língua original: *"§ 24. Ablehnung eines Richters; Besorgnis der Befangenheit. (1) Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in denen er von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden. (2) Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen"*.

²⁴ SCHMIDT, **Deutsches Strafprozessrecht**, 1967, p. 39, itens 57 e 58.

²⁵ PETERS, **Strafprozess**, 1985, p. 149, § 20, III, 1.

²⁶ HELLMANN, **Strafprozessrecht**, 1998, p. 183-184, menciona, textualmente, *"einseitige Stellungnahme zu der Anklagesache vor der Eröffnung des Hauptverfahrens"*.

²⁷ Esse é o entendimento atual do STF; confira-se, por todos, o acórdão no HC 92.893-5/ES, rel. Min. R. LEWANDOWSKI, Pleno, j. 02.10.2008; no STJ, HC 324.206/RJ, rel. Min. MARIA THEREZA DE ASASIS MOURA, 6.^a T., j. 04.08.2015, DJe 17.08.2015.

de que o rol seria exemplificativo. No que toca à suspeição, todavia, o rol não pode ser taxativo; é impossível prever taxativamente todas as hipóteses em que um magistrado pode ser ou se tornar suspeito de parcialidade.²⁸ A falta de previsão expressa não pode ser óbice ao exame, no caso concreto, da existência, ou não, de imparcialidade.

Para além do art. 145, IV, CPC (que pode ser usado por analogia no Processo Penal), do art. 449, III, CPP (que pode ser estendido aos juízes togados) e do art. 36, III, LOMAN, a lei processual penal e a jurisprudência criminal têm, em diversos momentos, manifestado preocupações com o risco de prejulgamento.

No procedimento do Tribunal do Júri, o § 1.º do art. 413, determina que *“a fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena”*. Esse dispositivo, inserido pela lei 11.689, de 2008, integra, ao texto do CPP, caudalosa jurisprudência que tradicionalmente veda excessos de linguagem na decisão de pronúncia que configurassem prejulgamento.²⁹ E, como se não bastasse (mesmo que o art. 413, § 1.º, CPP fosse descumprido!), a mesma ordem de preocupação fez com que a lei proscreva a possibilidade de que, nos debates em Plenário, as partes sequer façam referência *“à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado”*, e ao *“silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo”* (art. 478, I e II, CPP, também incluído pela lei 11.619, de 2008).

Idêntico temor de prejulgamento é argumento para estabelecer uma suposta inconveniência na exigência de fundamentação da decisão de recebimento da denúncia e de apreciação da resposta preliminar.³⁰ Ora, se o mero temor de

²⁸ Nesse sentido, com razão, LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal...**, II, p. 506.

²⁹ *Ad exemplum*, veja-se decisão do STF, anterior à lei 11.619/2008, que assim se orientava: *“É certo que a pronúncia, decisão que declara a viabilidade da acusação, deve, sob pena de nulidade, ser redigida em linguagem sóbria e comedida, evitando a análise valorativa da prova que possa influenciar o conselho de sentença”* (2.ª T., HC 84.547/MS, MIN. ELLEN GRACIE, DJ 18.03.2005, p. 74, j. 01.03.2005). Mesmo recentemente, o STF já teve ocasião de reafirmar suas preocupações com eventual avanço antecipado indevido no mérito de imputações penais; a título de exemplo, vejam-se os trechos do seguinte aresto: *“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de gerar nulidade absoluta o defeito de fundamentação na sentença confirmatória da pronúncia, passível de anulação, sob pena de afronta ao princípio da soberania dos veredictos”*; *“Assentou-se neste Supremo Tribunal que Juízes e Tribunais, ao pronunciar os réus, devem submeter-se à dupla exigência de sobriedade e de comedimento no uso da linguagem, sob pena de ilegítima influência sobre o ânimo e a vontade dos membros integrantes do Conselho de Sentença, excedendo os limites da competência legal o órgão judiciário que, descaracterizando a natureza da decisão confirmatória da pronúncia, converte-a de juízo fundado de suspeita em inadmissível juízo de certeza”* (2.ª T., RHC 122.909/SE, MIN. CÁRMEN LÚCIA, DJe 11.12.2014, j. 04.11.2014)

³⁰ *“A motivação acerca das teses defensivas apresentadas por ocasião da resposta escrita deve*

prejulgamento justificaria total arbítrio no recebimento da denúncia, é claro que o prejulgamento consumado deve produzir necessariamente consequências severas, dentre as quais, ao que me parece, deve figurar a exclusão do juiz.

Nossos Tribunais, todavia, têm sido parcimoniosos na aferição do prejulgamento e, também, na declaração de que o prejulgamento da causa representaria hipótese de suspeição.

Há cerca de vinte anos, o antigo Tribunal de Alçada Criminal do Rio de Janeiro, apreciando arguição de prejulgamento da causa em favor da defesa, considerou que um juiz que rejeitara uma denúncia por atipicidade dos fatos imputados, fica, se o tribunal dá provimento a recurso para receber a denúncia antes rejeitada, impedido de prosseguir à frente do processo criminal. É o que se decidiu na Exceção de Suspeição n.º 54, de 1995, assim ementada: *“Queixa-crime rejeitada de plano, com decisão aferindo o mérito e antecipando o julgamento, gera impedimento do julgador para prosseguir no julgamento, uma vez recebida a queixa por decisão do Tribunal que julgou recurso em sentido estrito atacando a mencionada rejeição da queixa. Havendo antecipado o julgamento, é desaconselhável que o mesmo juiz continue no julgamento, pois prejudicou a causa, devendo, assim, remeter os autos ao seu substituto. Provimento do recurso, ou do incidente do processo”* (rel. **Juiz Valdir Ramos Cavalcanti**, 2.ª C. Crim., j. 06.06.1995). Esse caso não configurava, propriamente, um prejulgamento, eis que, em tese, é inteiramente lícito ao Juiz rejeitar liminarmente uma denúncia (ou uma queixa) por inexistir tipicidade penal. Ou seja, o juiz **não** prejudicou, mas, sim, julgou a causa. A circunstância de, posteriormente, o Tribunal, no âmbito de um recurso, reverter sua decisão liminar não significa que tenha havido, de sua parte, prejulgamento. É de se reconhecer, todavia, por coerência, que, ante as circunstâncias, o juiz não poderá presidir o feito: isto só corrobora a complexidade das hipóteses que podem levar à perda de imparcialidade e que, portanto, merecem atenção.

Muito mais grave é, indubitavelmente, a situação contrária, em que um juiz, *ante tempus*, faz afirmações peremptórias no sentido da procedência da imputação criminal versada em um processo ainda em curso. É evidente que, muito comumente (e principalmente para deferir medidas cautelares), os juízes precisam fazer, antes da prolação da sentença, algumas afirmações sobre aspectos de mérito de imputações penais (normalmente, sobre a existência do crime e indícios de autoria³¹): isto é normal e não vulnera a garantia de imparcialidade do juiz, desde que o juiz se cinja aos pressupostos legais da respectiva cautelar e evite, tanto quanto possível, afirmações peremptórias (embora haja diversos autores que defendam que o juiz que prende ou decreta outras medidas cautelares não possa sentenciar o caso).

ser sucinta, limitando-se à admissibilidade da acusação formulada pelo órgão ministerial, evitando-se, assim, o prejulgamento da demanda.” (RHC 43.884/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, 5.ª T., j. 03/02/2015, DJe 11/02/2015).

³¹Isto ocorre com relação às prisões cautelares (art. 311, CPP) e a medidas cautelares de sequestro, arresto, especialização de hipoteca, etc.

O uso de verbos no subjuntivo e de expressões que denotam a provisoriedade do pronunciamento (p.ex., supostamente, alegadamente, em tese etc.) pode ser o diafragma que separa uma decisão regular de um prejulgamento intolerável. Ainda que as decisões em cautelares contenham o risco de prejulgamento, os julgadores, em regra, conseguem motivar sem prejudicar; em outros casos, “*o que se presencia é uma condenação disfarçada de decisão interlocutória*”.³²

Em junho de 2002, o TJRJ deu provimento a exceção de suspeição de magistrada que, ao receber uma denúncia do Ministério Público e decretar a prisão preventiva dos réus, adotou motivação “*reveladora de juízo antecipado*”. Neste julgado, proferido pela 7ª Câmara Criminal, a Corte chegou a condenar a juíza a pagar as custas do processo, o que indica ter-se considerado que tratou-se de “*caso de erro inescusável*” (cf. art. 101, CPP³³). No caso específico, a magistrada afirmou, ao decretar a prisão preventiva, no liminar do feito, o seguinte, em síntese: “*dessume-se dos autos que, indubitavelmente*”, os acusados “*cometeram práticas ilícitas de formação de quadrilha e reiteradas falsidades ideológicas e utilização de documentos falsos*”, e que eles “*vem, agindo dolosamente, em associação permanente há 4 anos*”. E a juíza ainda arrematava: “*a certeza da impunidade era tamanha que os réus assim agiram por longo período, certos de que não seriam alcançados pela ação da Justiça*” (Exc. de Suspeição n.º 2000.056.0004, rel. **Des. Alberto Motta Moraes**, j. 09.04.2002).

Recentemente, em caso de grande repercussão, o TRF da 2.ª Região decidiu, de modo irretocável, que “*a violação ao princípio da imparcialidade do juiz restou devidamente demonstrada nos presentes autos, conforme se observa dos documentos trazidos pelo excipiente, que comprovam que o juiz excepto emitiu juízo de valor sobre o acusado e sua personalidade, antecipou decisões à imprensa e revelou à mídia dados cobertos pelo sigilo bancário e fiscal do acusado e de seus familiares, ferindo frontalmente o comando contido no artigo 36 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional*.” (2.ª Turma Especializada, proc. 0042659-64.2014.4.02.5101, rel. **Des. Messod Azulay**, v. u., j. 03.03.2015).

Há, ainda, todavia, grande resistência dos tribunais em proclamar a suspeição de seus colegas, por já terem se manifestado anteriormente sobre o *meritum causae*. O STJ, por exemplo, não vislumbrou qualquer problema para que um juiz que atuou em processos administrativos perante o CNJ julgue feitos criminais relativos aos mesmos fatos³⁴; ademais, o STJ também decidiu que poderia ser mantida como relatora de um processo criminal uma Ministra que deu entrevistas a uma revista mensal com considerações sobre os fatos, sob o argumento de que “*as entrevistas concedidas buscaram tão somente demonstrar e esclarecer a existência de provas suficientes para a decretação da prisão preventiva,*

³² LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal...**, v. II, 2011, p. 506.

³³ “Art. 101. Julgada procedente a suspeição, ficarão nulos os atos do processo principal, pagando o juiz as custas, no caso de erro inescusável; rejeitada, evidenciando-se a malícia do excipiente, a este será imposta a multa de duzentos mil-réis a dois contos de réis.”

³⁴ HC 324.206/RJ, rel. **MIN. MARIA THEREZA DE ASASIS MOURA**, 6.ª T., j. 04.08.2015, DJe 17.08.2015.

sem que isso possa significar qualquer prejulgamento da causa”.³⁵ Esses últimos julgados indicam que ainda há um extenso caminho a percorrer na busca pela garantia de que a imparcialidade efetiva e a própria aparência de imparcialidade (ambos valores importantes para a justiça) sejam garantidas efetivamente no processo penal brasileiro.

Conclusão

É natural que o juiz, à primeira leitura de um processo, forme um juízo provisório acerca dos fatos. Qualquer pessoa o faz. Esse juízo provisório tem um valor muito elementar e temporário. O que não se pode admitir, todavia, é que esse juízo provisório se converta em um emocional preconceito de tese, que fascine o juiz e, pelo poder da autossugestão, o torne daltônico para as outras possíveis teses.³⁶

O juiz que demonstrou certeza prévia quanto ao objeto do processo, está psicologicamente condicionado a não apreciar bem as teses opostas e a ratificar seus pré-conceitos. É o que já lecionava, em meados do século XIX, **José Antonio Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente**: “*O amor próprio de sua providência convidará a que não aprecie bem as contradições ou razões opostas, a que faça triunfar sua penetração: ele julgará antes de ser tempo de julgar*”.³⁷ Por isso, para além de representar violação de garantias constitucionais, o prejulgamento é, também, um terrível fator produtor de *erros judiciários*.

Numa sociedade, como a atual, em que os cidadãos (e, naturalmente, os juízes) são diuturnamente soterrados por publicidade opressiva em casos eleitos pela mídia, a possibilidade, sempre existente, de prejulgamento, se adensa perigosamente. Em virtude dessa opressão midiática, os juízes de casos de repercussão, muito provavelmente (e mesmo que procurem evitar), já se acercam dos autos influenciados pela visão que a mídia, que não cumpre, necessariamente, o compromisso de isenção, veicula ou quer veicular.

O prejulgamento em que incorre um magistrado transforma o processo em um jogo de cartas marcadas, conspurcando a obra de realização da justiça, de que somos todos operários. O juiz deve presidir a instrução do processo com absoluta isenção e imparcialidade, formando paulatinamente, ao longo do devido processo legal, seu convencimento, o qual só deve ser ultimado e manifestado no instante final do pronunciamento em sentença.

³⁵ STJ, AgRG na ExSusp 120/DF, Corte Especial, rel. MIN. FÉLIX FISCHER, j. 06.03.2013, DJe 15.03.2013. No caso, as palavras da Ministra na entrevista foram as seguintes: “*Ouvi os grampos, sei do que estou falando, não sou uma doida irresponsável de mandar prender inocentes. Não sabem, mas eu sei, quem tinha apartamento de dois quartos é porque era viciado em jogo. Essas pessoas integravam uma quadrilha organizadíssima, que roubou por anos. Tinham lanchas, ilhas apartamentos*”. A frase grifada indica, claramente, prejulgamento.

³⁶ ALTAVILLA, *Psicologia Judiciária*, II, p. 512-4.

³⁷ PIMENTA BUENO, *Apontamentos...*, 1857, p. 87

Referências bibliográficas

- ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária**. Volume II. 3.^a ed. Coimbra: Armênio Amado, 1982.
- BADARÓ, Gustavo. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. **Temas de Direito Processual (Sétima Série)**. S. Paulo: Saraiva, 2001.
- BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2.^a ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.
- CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. **Compendio di Procedura Penale**. 4.^a ed. Pádua: CEDAM, 2008.
- CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 3.^a ed. Milão: Giuffrè, 1995.
- DOTTI, René Ariel. A suspeição do Juiz no Projeto do Código de Processo Penal, in **Revista do Advogado**, set. 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madri: Trotta, 1997.
- FORNACIARI JUNIOR, Clito. Da necessária releitura do fenômeno da suspeição. **Revista dos Tribunais**. vol. 766. São Paulo: RT, ago. 1999.
- HELLMANN, Uwe. **Strafprozessrecht**. Berlim: Springer, 1998.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Volume I. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. tomo II. Trad. Sentis Melendo e A. Redín. Buenos Aires: Ed. Jur. Europa-América, 1951.
- PETERS, Karl. **Strafprozess – ein Lehrbuch**. 4.^a ed. Heidelberg: C.F. Muller, 1985.
- PIMENTA BUENO, José Antonio. **Apontamentos sobre o processo criminal**. Rio de Janeiro: Empresa nacional do Diário, 1857.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 3.^a ed. tomo II, atualizado por Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SCHMIDT, Eberhard. **Deutsches Strafprozessrecht**. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.