



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
CIÊNCIAS CRIMINAIS

ALEXANDRE DOS REIS SAMPAIO

**POR UM JULGAMENTO IMPARCIAL: A PLAUSIBILIDADE
DA RECUSA DO JULGAMENTO POR ÓRGÃO JUDICIAL
QUE TEVE ACESSO AO CONTEÚDO DAS PROVAS
ILÍCITAS**

Salvador
2017

ALEXANDRE DOS REIS SAMPAIO

**POR UM JULGAMENTO IMPARCIAL: A PLAUSIBILIDADE
DA RECUSA DO JULGAMENTO POR ÓRGÃO JUDICIAL
QUE TEVE ACESSO AO CONTEÚDO DAS PROVAS
ILÍCITAS**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de
Direito e Gestão, como requisito parcial para a
obtenção do grau de Especialista em Ciências
Criminais.

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

ALEXANDRE DOS REIS SAMPAIO

**POR UM JULGAMENTO IMPARCIAL: A PLAUSIBILIDADE DA
RECUSA DO JULGAMENTO POR ÓRGÃO JUDICIAL QUE TEVE
ACESSO AO CONTEÚDO DAS PROVAS ILÍCITAS**

Monografia aprovado como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Ciências Criminais, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

Dedico o presente trabalho a todos que confiaram no resultado a que poderia chegar. Especialmente a meus pais, irmãos e amigos, pelo apoio e suporte genuínos a cada fase vencida.

E a Catharina, que me fez enxergar e aproveitar o sabor da trajetória.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, aos meus pais, pelas primeiras e mais preciosas lições de ética, compromisso, perseverança e amor. Por terem me proporcionado as mais fundamentais oportunidades de crescer e aprender, o meu mais profundo agradecimento.

Aos meus irmãos, pelas incessantes demonstrações de apoio, incentivo e paciência. O meu sincero muito obrigado.

Aos meus amigos, invariavelmente ao meu lado nos momentos de dúvida e desânimo. Jamais serei capaz de expressar a minha gratidão. Por nunca me deixarem perder de vista o objetivo e por estarem comigo nas piores e melhores horas, dedico-lhes um fraternal abraço de agradecimento.

A Catharina, indispensável em absolutamente tudo. Não saberia escolher as palavras para verbalizar os sentimentos de mais profunda gratidão, respeito e admiração que te dedico. Você me fez iniciar esta jornada e nela permanecer até o fim. Hoje, torno público o meu agradecimento pelas palavras de incentivo e pelas horas que lhe subtraí. Nada do que aqui se apresenta seria possível sem a sua participação. Este trabalho é tão seu quanto é meu.

Finalmente, aos mestres do curso de Pós-Graduação da Faculdade Baiana de Direito. Não há medida para sua participação na minha formação. Agradeço imensamente pelas imprescindíveis lições e pelo exemplo constante.

O trabalho que se finaliza é reflexo de uma confluência de fatores. É a soma de uma enorme variedade de influências, incentivos, diálogos e provocações. É a entrega de uma parcela de mim e, como não poderia deixar de ser, de uma parte de cada um que participou da minha caminhada e deixou suas pegadas. Não é o resultado do esforço de uma pessoa, mas fruto da participação de muitos.

Muito obrigado.

A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu nunca deixe de caminhar.

Eduardo Galeano

RESUMO

O presente trabalho se propõe a questionar os reflexos da prova ilícita na imparcialidade do julgador, de modo a avaliar, conseqüentemente, a plausibilidade da recusa do julgamento realizado por órgão judicial que tenha tido contato com material probatório ilicitamente angariado no processo penal. Buscar-se-á investigar, para tanto, os fundamentos do direito ao julgamento por magistrado imparcial e as suas peculiaridades, levando-se em conta não somente o ordenamento jurídico interno, mas as influências e tendências emanadas do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Será enfrentada a temática da possível contaminação da imparcialidade do juiz desde vários aspectos, a fim de buscar a compreensão acerca das suas reais conseqüências para a garantia da imparcialidade da jurisdição. O objetivo da pesquisa que se empreende é, uma vez alcançadas as respostas acerca da perda ou não da isenção do órgão judicial que conhece de provas obtidas através de métodos escusos, investigar se há, em caso de resposta afirmativa, no ordenamento jurídico brasileiro, solução que permita a recusa do julgamento pelo juiz eventualmente contaminado. A relevância das respostas que se buscam está diretamente ligada à democratização do processo penal, assim compreendido como o método de apuração de fatos que consagra e assegura o devido processo legal, bem como todas as garantias a ele inerentes. Dentre essas garantias, destaca-se a imparcialidade da administração da justiça e a sua indispensabilidade para a legitimidade das decisões.

Palavras-chave: imparcialidade objetiva; imparcialidade subjetiva; julgamento imparcial; impedimento; suspeição; Tribuna Europeu de Direitos Humanos; devido processo legal; provas ilícitas.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR	12
2.1 IMPARCIALIDADE E NEUTRALIDADE: UMA INDISPENSÁVEL SEPARAÇÃO	12
2.2 FUNDAMENTO NORMATIVO DO DIREITO AO JULGAMENTO POR UM JUIZ IMPARCIAL: A AUTORIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS	17
2.3 O DIREITO AO JULGAMENTO IMPARCIAL COMO COROLÁRIO DO DEVIDO PROCESSO PENAL	23
2.4 MECANISMOS LEGAIS DE PRESERVAÇÃO DA IMPARCIALIDADE: SUSPEIÇÃO, IMPEDIMENTO E INCOMPATIBILIDADE	26
2.5 A IMPARCIALIDADE OBJETIVA E A MUDANÇA PARADIGMÁTICA ENCAMPADA PELO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS	31
3 O CONTATO COM A PROVA ILÍCITA E O POSSÍVEL COMPROMETIMENTO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ	38
3.1 A PROVA ILÍCITA: CONCEITO E CONTORNOS TEÓRICOS	38
3.1.1 A distinção de tratamento quanto ao sujeito beneficiado pela ilicitude	44
3.2 CONTAMINAÇÃO PSÍQUICA E COMPROMETIMENTO DA IMPARCIALIDADE	46
3.3 A EROÇÃO DA APARÊNCIA DE IMPARCIALIDADE DO JUIZ QUE TEM CONTATO COM A PROVA ILÍCITA: A DESNECESSIDADE DE FORMULAÇÃO DE JUÍZOS SUBJETIVOS E A ADEQUAÇÃO DA DOCTRINA DO TEDH	53
4 O CONTEXTO BRASILEIRO: DA INEXISTÊNCIA DE RESPOSTA À SOLUÇÃO POSSÍVEL	59
4.1 A INSUFICIÊNCIA RESOLUTIVA DA FUNDAMENTAÇÃO DECISÓRIA	59
4.2 A INEXISTÊNCIA DE RESPOSTA EXPRESSA NO ORDENAMENTO DOMÉSTICO: O VETO PRESIDENCIAL DE 2008	68
4.3 O RECONHECIMENTO DE CAUSAS SUPRALEGAIS DE IMPEDIMENTO: UMA SOLUÇÃO NECESSÁRIA	71
5 CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS	83

1 INTRODUÇÃO

É sabido que a atividade probatória articulada pelos sujeitos processuais, bem como a prova em si, constitui matéria nuclear do processo penal. Com base no trabalho de elaboração do arcabouço probatório será possível às partes proceder à reconstituição de um fato passado no momento presente, tendo-se como destinatário do produto resultante do referido esforço, o juiz.

A toda evidência, trata-se o processo penal eminentemente de esforço cognitivo, através do qual buscarão os contendores processuais reconstruir um evento histórico (porque ocorrido num momento passado), dentro da dinâmica estabelecida em juízo, com todas as regras e limitações inerentes à ritualística judiciária. Todo esse esforço reconstrutivo se presta ao convencimento do magistrado, a quem incumbirá a manifestação final acerca dos fatos ventilados e provados (ou não), optando, em última análise, por alguma das versões construídas pelas partes em contraditório judicial. Estar-se-á, então, em busca da chamada “captura psíquica do juiz”¹, de modo que o mote será a formação da convicção do julgador.

A busca por tal objetivo, contudo, não se dará ao livre sabor das partes, havendo parâmetros e limites impostos pela legislação processual penal e, sobretudo, pela Constituição da República, dentro dos quais deverão ser produzidas as provas levadas a juízo. A formatação da convicção judicial deverá, de forma inegociável, dar-se dentro de limites éticos, constitucionais e processualmente válidos², pelo que, desvencilhando-se os sujeitos dessas balizas mínimas conformadoras da disciplina probatória, ter-se-á provas reputadas ilícitas.

Nada obstante hodiernas tendências policialescas e inquisitoriais, cujo desiderato é promover a relativização das provas ilícitas no processo penal, a fim de travesti-las de regularidade quando, por exemplo, forem obtidas com atuação de boa-fé do investigador (em clara importação pouco crítica da *good-faith exception* americana), fato é que, ao menos por ora, o panorama legal processual penal estipula que serão

¹ KHALED JR., Salah H. **O Caráter Alucinatório da Evidência e o Sentido da Atividade Probatória: Rompendo Com a Herança Inquisitória e a Filosofia da Consciência.** *In Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em Homenagem ao Professor Michele Taruffo.* Coord. Flávio Cardoso Pereira. – 1. Ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Verdade Real e Verdade Formal? Um Falso Problema.** *In Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em Homenagem ao Professor Michele Taruffo.* Coord. Flávio Cardoso Pereira. – 1. Ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 12.

inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas obtida por meios ilícitos³.

Dentro dessa ambiência processual, tema digno de destaque e que vem sendo, de forma recorrente, desprestigiado pela doutrina e pelas reformas processuais mais recentes, se refere às consequências do conhecimento pelo julgador daquela prova que reputou ilícita e, por consequência legal, fez desentranhar dos autos.

A questão que se impõe é se o contato do magistrado com a prova maculada pela ilicitude não é capaz de lhe contaminar a imparcialidade, retirando-lhe da posição central – equidistante - que deve ocupar entre os polos processuais. Posto de outra forma, é possível que o juiz mantenha a isenção devida, deixando de considerar os fatos trazidos ao seu conhecimento através da prova ilícita? Ou será que, uma vez conhecidos, é justo suspeitar que tais elementos retirarão a imparcialidade demandada do julgador, de maneira que se incorporarão ao seu arcabouço cognitivo e findarão por ser considerados quando da decisão derradeira, ainda que inconscientemente, restando escamoteadas tais razões na fundamentação da sentença? E mais, caso exsurjam, dessa situação, dúvidas razoáveis quanto à capacidade de julgar com o alheamento devido, que providências caberão no caso concreto?

A imparcialidade, tal qual a independência, é requisito básico a se esperar do julgador na condução e decisão de uma disputa processual. Sem julgamento imparcial não se há falar, por exemplo, em devido processo legal. Daí que se considera elemento basilar do justo processo penal.

Há, então, de ser preocupação de primeira grandeza, em um sistema processual penal que se pretende democrático, o desenvolvimento de modelos que se voltem à preservação da imparcialidade judicial, como forma de manter a incolumidade do equilíbrio processual, bem assim a própria confiabilidade e legitimidade da decisão final. Nesse sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos avança no debate ao conceber – desde idos dos anos 1980 - a bipartição dessa garantia processual, vertendo doutrina que reconhece a existência da imparcialidade mediante uma aproximação subjetiva e, em outro nível, com um viés objetivo. Nesse ponto repousa a virada paradigmática.

³ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Muito embora o cenário processual penal no Brasil seja refratário a sugestões que enfoquem as liberdades e tutelas direcionadas ao réu, é fundamental que se beba da fonte de sistemas mais afetos à democratização processual e mais simpáticos à salvaguarda e efetivação de garantias dos jurisdicionados, a fim de transportar e incorporar, sempre de maneira estudada e crítica, aquelas doutrinas que sejam eficazes para iluminar caminhos que reconheçam a relevância e a urgência do devido processo legal. Tal é o caso da mudança de percepção acerca das distintas dimensões de imparcialidade geradas no seio do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ponto nevrálgico da investigação que ora se desenvolve.

Noutro giro, avançando no debate e vencida a questão acerca da efetiva perda ou não da imparcialidade em caso de contato do magistrado com a prova espúria, assumirá local de notável magnitude, em caso de resposta afirmativa, a solução cabível para referida hipótese. Há determinados questionamentos que sobressaem, desse modo, pelo que se torna indispensável pensar sobre as possíveis maneiras de lidar com o juiz que eventualmente se veja contaminado. Há, no Brasil, solução legislada para tal contexto? Quais as alternativas, seja *de lege lata*, seja *de lege ferenda*, para a garantia do julgamento imparcial, quando, possivelmente, se haja esvaído a imparcialidade esperada do julgador?

Todas essas são dúvidas ainda pouco trabalhadas pela doutrina (e, menos ainda, pela jurisprudência), mas que, dada sua relevância para a democratização processual, não podem ser deixadas de lado.

A pertinência do tema que se propõe, em termos doutrinários, é patente, considerando a pequena quantidade de material científico que o desafie frontalmente, malgrado a discussão quanto à imparcialidade do juiz gere debates acalorados em outros contextos não menos significativos.

Em termos práticos e sociais, sua importância desponta na medida em que a identificação da contaminação ou não da imparcialidade do magistrado que conhece da prova ilícita e, além disso, que solução dar a essa questão, possui potencial para energizar questionamentos quanto à conformação do processo penal brasileiro ao norte constitucional e, em última análise, quanto à sua própria legitimação.

Objetiva-se, desse modo, enfrentar o debate quanto aos efeitos do conhecimento da prova ilícita na imparcialidade do magistrado que irá julgar o mérito do feito penal.

Superado esse momento inicial, buscar-se-á avaliar as possíveis soluções que se apresentam diante de uma possível perda da equidistância devida, a fim de preservar a garantia do julgamento imparcial. Para tanto, levar-se-á em conta não apenas o ordenamento doméstico e a Constituição Federal, mas, tão importante quanto, serão ponderadas as (não tão) novas tendências entabuladas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos acerca das perspectivas do “jugador imparcial”, considerando-se a importância de tais disposições no panorama em constante globalização da administração da justiça⁴.

Não se assume a ousadia de esgotar o tema. Todavia, empreende-se esforço para, avaliando a problemática em sua profundidade e relevância, propor respostas e soluções que, conquanto não sejam definitivas, ajudem a iluminar a controvérsia.

⁴ Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli enfatizam a importância da atenção ao direito transnacional ao tratarem do modelo de Juiz Hermes, sobre o qual referem que: “O julgador contemporâneo (juiz Hermes ou Jasão) não pode desconhecer, nesse novo sistema jurídico, os três conjuntos normativos mencionados, compreendidos de cima para baixo: internacional, constitucional e infraconstitucional. Tampouco pode desconhecer a jurisprudência interna e a internacional. Já não se podem estudar (nem ensinar) somente os Códigos (e as leis), como se fazia no passado recente (o sistema jupiteriano está ultrapassado). Jurista completo é o que estuda as leis (codificadas ou esparsas), a Constituição (e o neoconstitucionalismo), o direito internacional, a jurisprudência interna e também a jurisprudência internacional, especialmente a relativa aos direitos humanos”. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Juiz e o Direito: O Método Dialógico e a Magistratura na Pós-Modernidade**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 87, *et. seq.*

2 A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

É primordial, para que se evolua na temática em discussão, que sejam postas em evidência algumas questões especificamente voltadas ao dimensionamento da garantia da imparcialidade judicial.

Não seria exagero afirmar que referido direito merece ser consagrado como fundamental, diante da sua essencialidade para a construção de um processo penal efetivamente justo e devido. Portanto, para que se logre identificar a sua real profundidade e valor para o Estado Democrático de Direito, será indispensável envidar esforços voltados ao seu enfrentamento quando comparado com outra categoria tradicionalmente a ela assemelhada, a neutralidade, além de buscar a sua compreensão e alicerce nos diplomas jurídicos internos e alienígenas.

O enfrentamento e fixação de determinadas premissas servirá para aquilatar a peleja que se propõe e tornará possível o prosseguimento das investigações que se seguirão.

2.1 IMPARCIALIDADE E NEUTRALIDADE: UMA INDISPENSÁVEL DISTINÇÃO

Seria leviano iniciar qualquer discussão acerca da imparcialidade demandada do Magistrado sem que, antes, se procedesse à necessária distinção – acompanhada da conceituação – entre duas categorias manifestamente divergentes, ainda que corriqueiramente assemelhadas: a imparcialidade e a neutralidade. É bem verdade que tradicionalmente, em algumas passagens doutrinárias, já se equiparou os significados dessas expressões⁵, entretanto, acredita-se que se trata de termos que manifestam significados distintos, trazendo, cada um, cargas próprias e que merecem ser destacadas.

⁵ Por todos, Antônio Cabral: “Imparcialidade significa que aquilo que motiva o sujeito do processo é a correção de seu proceder, para que aquilo que a solução justa/legal seja aquela pronunciada. Neste sentido, imparcialidade é sinônimo de neutralidade, que impõe um ‘mandado de distanciamento’ (Distanzgebot) para certas figuras, como o magistral”. CABRAL, Antônio. **Imparcialidade e Imparcialidade: Por Uma Teoria Sobre Repartição e Incompatibilidade de Funções nos Processos Civil e Penal**. In *Revista de Processo*, ano 35, n. 186. Coord: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 342.

Com efeito, “a se levar a sério uma velha e já assentada questão da teoria do conhecimento (gnosilogia), não se deve mesmo confundir as expressões *neutralidade e imparcialidade*”⁶.

Por neutralidade, se há entender o completo e irrefutável distanciamento do sujeito cognoscente – assim compreendido como aquele que busca conhecer – e o objeto a ser conhecido. Conceber-se-ia, então, uma isenção tal do indivíduo que coisa alguma, contida no seu âmbito pessoal, perturbaria a pureza de seu conhecimento da coisa⁷.

A gênese de tal ideal exsurge no Século XVIII, com o desenvolvimento do Estado Moderno⁸, tendo-se admitido a figura do Judiciário (e do juiz) como poder meramente autômato, a quem incumbia a simples aplicação irrestrita e impensada da Lei, sendo-lhe vedada qualquer valoração ou aproximação com o objeto submetido à sua apreciação, afastando-se “da própria comunidade, livre, assim de quaisquer obstáculos ao uso da racionalidade na sua decisão”^{9/10}.

A partir desse ponto de vista, seria conferido ao indivíduo (juiz) a dominação absoluta do objeto (caso penal submetido ao seu crivo), sendo-lhe viável o seu inteiro conhecimento, vez que estaria munido dos mecanismos necessários para conferir-lhe a capacidade de dele apartar-se, não se deixando macular por desejos,

⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. -4. Ed. rev. e atua. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 478.

⁷ *Ibidem, loc. cit.*

⁸ Destaca Bernardo Montalvão sobre o ato de decisão judicial inserido no paradigma típico da lógica da modernidade: “Destarte, o direito orientado pelo paradigma da modernidade e o ato judicial por ele formatado são sempre estruturas dogmáticamente organizadas, que, enquanto fenômenos racionais, têm por finalidade dominar a natureza que o cercam. O direito e o ato de decisão judicial moderno tornam-se, assim, instrumentos da racionalidade humana – ideias – voltados a controlar o mundo da natureza, os eventos reais. Direito que busca se autoafirmar perante a sociedade a partir do paradigma das ciências naturais. Ato de decisão judicial que visa oferecer a mesma segurança que as fórmulas matemáticas. Um direito que aspira obter resultados impressionantes como os proporcionados, por exemplo, pela física. Em suma, um ato de decisão judicial que não se contenta com menos que a certeza”. AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **O Ato de Decisão Judicial: Uma Irrracionalidade Disfarçada**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 39.

⁹ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal: da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. – 2. Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 48.

¹⁰ André Machado Maya ampliará o histórico do ideal de Juiz neutro salientando que, “resultado das revoluções científicas do século XVIII, em especial do paradigma científico cartesiano de René Descartes, essa busca pela neutralidade influenciou o desenvolvimento da ideia de pureza do conhecimento jurídico, culminando com a conhecida Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, a qual, segundo Lídia Prado, se tornou o parâmetro da Escola da Exegese, que se desenvolveu na França e perdurou durante décadas. Trata-se, segundo a autora, de uma herança do iluminismo, relacionada com a ideia de um ‘magistrado formalista, exageradamente preso às leis e afastado dos desejos da comunidade e das características de seu próprio psiquismo’”. MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal: da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. – 2. Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014, p.49.

preconceitos, sensações ou sentimentos, e proferindo manifestação estritamente objetiva. Já há tempos, entretanto, desmorona tão pretensiosa aspiração.

Verdadeiramente, a evolução das teorias voltadas ao estudo da cognição, reconhecimento e decisão judicial avança no sentido mesmo de afirmar que, acerca dos dados sobre os quais deverá o magistrado verter manifestação, estes se apresentam simultaneamente e indissociavelmente a uma esfera cognitiva e outra emocional, sem que se possa divorciar os dois instantes¹¹. Assim, não se poderia conceber a existência de uma esfera absolutamente racional, estanque e afastada de aspectos intrinsecamente pessoais e emocionais¹², como pretende o dogma da neutralidade.

De fato, faz sentido o alerta de André Machado Maya, que, lembrando Jerome Frank, assevera que são:

As normas jurídicas apenas um dos ingredientes que formam a decisão judicial, ao lado da personalidade do juiz, formada pelos mais variados fatores pessoais – vínculos familiares, valores, educação -, e sociais – experiência jurídica, opinião pública, posição social etc¹³.

Na verdade, o ato de decidir “não se consome em aplicação mecânica, acrítica, valorativamente neutra, pois o juiz está existencialmente vinculado”¹⁴. O juiz enquanto homem (ser humano) não é capaz de se desgarrar de toda a sua experiência, todas as influências, estas sobre si derramadas desde a mais tenra infância, desde os primórdios da vida e constantemente submetidas a processos de revisão, modificação e sedimentação. O ser humano é parte de um todo coletivo, se relacionando, influenciando e se deixando influenciar pelo seu ciclo social, religioso, político¹⁵, pela sua formação acadêmica e ideológica e pelos seus gostos e desgostos. Não à toa, Heidegger fará referência à expressão “ser-no-mundo”, “como forma de destacar a simbiose existente entre o homem e o meio em que vive, a

¹¹ GOMES, Décio Alonso. **Prova e Imediação no Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 182.

¹² *Ibidem*, loc. cit..

¹³ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal: da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. – 2. Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 50.

¹⁴ VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos. V. I** – Brasília: Axis Mvndi, 2003, p. 362

¹⁵ Vem a calhar a síntese objetivada por Eros Roberto Grau: “de todo modo, ainda que os princípios o vinculem, a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na práxis do direito ela se dissolve, sempre. Lembre-se que todas as decisões jurídicas, porque são jurídicas, são políticas”. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do direito**. – 2. Ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p 51.

ensejar uma interação contínua do homem com a sua existência no contexto social”^{16/17}.

Com razão, dirá Lídia Reis de Almeida Prado que “parece estar em processo de superação, a clássica figura, típica do dinamismo patriarcal, do magistrado neutro, ascético cumpridor da lei e distante das partes e da sociedade”^{18/19}.

O progresso da ciência jurídica, aliado à renovação do papel do juiz no processo penal e ao reconhecimento da mudança paradigmática da posição que ocupa e do seu comportamento enquanto tal, demanda a transigência com o fato de que a própria democracia cobra dos sujeitos que se assumam ideologicamente, motivo pelo qual do intérprete não se poderá cobrar postura inteiramente neutra, “mas que procure, à vista dos resultados práticos do direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais”²⁰.

A toda evidência, a imparcialidade que se espera do magistrado, aquela com raiz constitucional (mesmo que implícita, como consideram alguns) e expressamente contemplada por Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, corolário do devido processo legal e tutelada pela legislação adjetiva não se propõe a tanto. E nem poderia.

Isabel Trujillo, citada por André Maya, muito bem resumirá a diferença:

¹⁶ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal: da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. – 2. Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 51.

¹⁷ Vale ainda introduzir nova citação de André Machado Maya: “assim, a neutralidade, compreendida como a ausência de valores, de ideologias, apresenta-se como uma utopia, algo inalcançável diante da essência do homem, ser humano constituído por razão e emoção, cujo psiquismo se estrutura, segundo a teoria psicanalítica de Freud, pela combinação de três diferentes fatores: os hereditário-constitucionais, as antigas experiências emocionais e as experiências traumáticas da vida real contemporânea, esta última responsável pelas influências que os meios social e cultural exercem sobre a estruturação psíquica de qualquer pessoa”. MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal: da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. – 2. Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 53.

¹⁸ PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial**. – 6. Ed. – São Paulo: LTr, 2013, p. 108.

¹⁹ E prossegue a autora, noutra passagem, esclarecendo que “tão importante quanto os aspectos próprios da justiça feminina (o sentimento do juiz, em face do caso concreto) são as qualidades da justiça masculina (a ordem social trazida pela norma, a qual constitui um traço exclusivo do Direito, entre os outros ramos do saber). Somente com a convivência dessas duas dimensões, presentes em Diké e Atená, parece ser exequível uma prestação jurisdicional fundada na virtude da prudência e, assim, equilibrada e harmônica”. PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial**. – 6. Ed. – São Paulo: LTr, 2013, p. 120.

²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. Disponível em <<http://emporiadodireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em 12 de jan. 2017.

A imparcialidade implica uma tomada de posição enquanto que a neutralidade, em sentido estrito, comporta uma abstenção: dizemos que um sujeito é neutro quando voluntariamente não 'toma partido' por nenhuma das partes. A decisão judicial, pelo contrário, consiste precisamente em tomar partido em um conflito entre partes, sob determinadas condições, a favor de uma ou de outra²¹.

A imparcialidade necessária e indispensável à atuação jurisdicional, à condução do processo penal e, em última análise, à solução das demandas judiciais refere-se muito mais à posição do julgador em relação às partes e ao próprio objeto em litígio²². Desse modo, a concepção mais simples e tradicional de imparcialidade judicial consiste em afirmar que o membro do judiciário não poderá ostentar nenhum vínculo ou interesse, geral ou particular, no resultado do processo, mantendo-se em condição de alheamento em relação ao seu cerne e às partes contendoras²³.

Na mesma linha intelectual, deve-se aproximar o conceito de imparcialidade da própria independência funcional e política do intérprete. Assim, de fato, há que se manter e assegurar a eficácia dos mecanismos para que o magistrado não sofra pressões exercidas interna ou externamente, de qualquer um dos poderes constituídos, bem assim da própria estrutura da magistratura, como forma de gerar "condição propícia para florescer a imparcialidade"²⁴.

O que se espera do juiz, então, é uma postura independente e equidistante em relação às partes, encarnando e compreendendo a sua posição de órgão super partes, o que significa estar para além dos interesses delas²⁵. Na verdade, "neste

²¹ TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. México: UNAM, 2007, p. 12-13 *apud* MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal: da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. – 2. Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014, p.58.

²² Aqui considerado o vocábulo "litígio" não com base na acepção de "lide", característica do processo civil, enquanto pretensão resistida, haja vista a não aceitação da importação deste conceito para o processo penal. Trabalha-se, pois, com a ideia do litígio como a relação estabelecida em decorrência da apresentação da pretensão acusatória veiculada pelo acusador e da qual se defenderá o Réu. Assume-se, portanto, o conceito como contenda; controvérsia; disputa judicial. A propósito do tema, Aury Lopes Jr.: "Irrelevante, senão inadequada, a discussão em torno da existência de uma lide no processo penal, até porque ela é inexistente. Isso porque não pode haver uma pena sem sentença, pela simples e voluntária submissão do réu. O conceito de *lide* deve ser afastado do processo penal, pois o poder de penar somente se realiza no processo penal, por exigência do princípio da necessidade". LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143, *et. seq.*

²³ PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 75.

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz Natural no Processo Penal**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 35.

²⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. Disponível em <<http://emporiadodireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em 12 de jan. 2017.

sentido, o juiz também está para além de seus interesses individuais, encarnando o próprio Estado”²⁶.

A imparcialidade, relembra Frederico Valdez Pereira, está, ainda, intimamente ligada ao princípio acusatório e ao próprio modelo acusatório, haja vista que a urgência da separação dos poderes de acusar e julgar, tem precisamente como finalidade a manutenção ilibada do distanciamento requerido do julgador^{27/28}.

Finalmente, não é exagero frisar a relevância do que diz Guilherme Nucci acerca da fundamentalidade da imparcialidade do Judiciário:

Sem julgamento desapaixonado, o monopólio de distribuição de justiça, abraçado pelo Estado, ficaria prejudicado, dando ensejo ao (re)nascimento da *justiça pelas próprias mãos*. O princípio do magistrado imparcial abarca a própria confiabilidade do sistema judiciário e do direito posto, tornando o princípio da legalidade uma realidade e não somente uma pretensão fictícia.

A credulidade na Justiça reta, inflexível e íntegra provoca a legitimação das decisões, que são amparadas em lei, conferindo aos indivíduos a tranquilidade para acatar suas imposições²⁹.

Enfim, a neutralidade não é mais a qualidade exigida do magistrado, passando o debate a se localizar no âmbito da imparcialidade (entendida enquanto alheamento, equidistância), afinal é chegada a hora de aceitar a assunção da postura ideológica do intérprete, dissipando a cortina de fumaça “hipócrita dos discursos neutrais”³⁰, e reconhecer, na figura do Juiz, o homem (ser humano) que em sua pele habita.

2.2 FUNDAMENTO NORMATIVO DO DIREITO AO JULGAMENTO POR UM JUIZ IMPARCIAL: A AUTORIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

²⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em 12 de jan. 2017.

²⁷ PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 75.

²⁸ Interessa lembrar que o autor defende em sua obra a possibilidade da atuação instrutória do Magistrado, considerando que, realizadas tais ações excepcional e supletivamente, bem assim sujeitas a critérios e com objetivos bem delimitados e controlados, não haveria risco à imparcialidade do intérprete, senão que se estaria a privilegiar o valor justiça na prestação jurisdicional, bem como contemplando a indisponibilidade probatória.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 305.

³⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em 22 de jan. 2017.

A facticidade normativa constitucional brasileira permite notar que o Legislador Constituinte originário deixou passar a oportunidade de assegurar ao jurisdicionado, de maneira expressa, a garantia do julgamento imparcial. De fato, inexistente disposição específica no texto constitucional que assegure o direito do cidadão de ser levado à julgamento na presença de magistrado imparcial.

Tal conjuntura, entretanto, não autoriza conclusões precipitadas no sentido de que o ordenamento doméstico não contempla referida garantia jurisdicional. A verdade é que, muito embora a Constituição deixe de afirmar, expressamente, o direito a um juiz imparcial, é inegável que a imparcialidade constitui *conditio sine qua non* de qualquer julgador. Com fundamento nisso, será lícito que parcela significativa da doutrina assente entendimento voltado à conclusão de se tratar ela de garantia constitucional implícita³¹.

Deveras, a própria Constituição Federal de 1988 contém norma de abertura que afiança o reconhecimento da possibilidade de garantias implícitas, ou seja, não estipuladas textualmente no seu corpo. Trata-se do §2º, do art. 5º, da CF/88, cuja redação diz “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Consiste o referido dispositivo, sem dúvidas, na adoção de um conceito não apenas formal, mas, principalmente, material de direitos fundamentais³², consagrando a ideia de que existem direitos que, por sua essência e substância, integram o corpo fundamental da Constituição, ainda que não constantes no catálogo expresso³³.

Partindo desse ponto de vista, sustentar-se-á que a imparcialidade exigida do julgador está “arraigada nas garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, mais especificamente no Título II (Dos direitos e garantias fundamentais)”³⁴,

³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz Natural no Processo Penal**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 30.

³² KINCHESKI, Cristiano. **A Supraconstitucionalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos Fundamentais: O Caso do Pacto de San José da Costa Rica**. – Brasília: OAB Editora, 2006, p. 72, *et. seq.*

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. - 10. Ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 78, *et. seq.*

³⁴ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **O Princípio da Imparcialidade do Julgador Como Garantia Fundamental e Seus Efeitos no Processo**. *In Revista de Processo*, ano 35, n. 186. Coord: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 341.

enquanto direito fundamental extraído da sistematicidade constitucional, sobretudo da lógica do regime e dos princípios por ela adotados.

Realmente, procedendo-se a um exame detalhado do texto da Carta da República, nota-se com sobras de evidência o desejo do Constituinte de ver preservada a justiça da prestação jurisdicional através da garantia da imparcialidade do juiz. Exemplo claro da referida lógica se encontra no art. 95 da Constituição Federal, dispositivo responsável por dispensar tratamento às garantias conferidas aos membros do Poder Judiciário. Lá foram inseridas a tutela da vitaliciedade do cargo (inciso I), inamovibilidade do Magistrado (inciso II) e irredutibilidade de subsídios (inciso III), todas voltadas a um só propósito: a preservação da independência política e funcional do Juiz, característica ineliminável para que se logre o ideal de imparcialidade judicial. Ao mesmo desígnio, acrescenta-se, serve a garantia do juiz natural, insculpida no inciso XXXVII, do art. 5º, da Carta Magna.

Conquanto seja evidente a robustez da linha teórica minudenciada nas linhas acima, a conclusão pelo reconhecimento da imparcialidade enquanto garantia implícita não parece ser a mais adequada.

Como se sabe, o Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado em 1966, o qual passou a integrar o contexto jurídico brasileiro a partir da promulgação fruto do Decreto Presidencial n. 592, de 06 de julho de 1992³⁵. De igual modo, em 1969 foi aprovado o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, comumente chamada de Pacto de San José da Costa Rica, norma de caráter internacional, cujo conteúdo reproduz em boa parte aquilo disposto nas declarações de direitos integrantes do Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos de 1966³⁶. O Brasil não aderiu ao Pacto até o ano de 1992, quando, através do Decreto n. 678/92, o diploma foi promulgado no Estado brasileiro, passando a integrar o ordenamento jurídico nacional.

A seu turno, em 2004 foi aprovada pelo Congresso Nacional a Emenda Constitucional n. 45, a qual, entre outras alterações, incluiu no art. 5º da Constituição Federal o §3º, segundo cuja redação “os tratados e convenções internacionais sobre

³⁵ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **O Princípio da Imparcialidade do Julgador Como Garantia Fundamental e Seus Efeitos no Processo**. In *Revista de Processo*, ano 35, n. 186. Coord: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 344.

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. – 2. Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2001, p. 364.

direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Com a novel disposição, acaso se empregasse leitura um pouco mais apressada, entender-se-ia que apenas os tratados e convenções cuja aprovação alcançasse o quórum especial típico das emendas constitucionais passariam a ter status constitucional.

Aliás, não foi outra a interpretação levada a cabo pelo Supremo Tribunal Federal, que firmou o entendimento de que, excluídos da disciplina do §3º, do art. 5º, da CF/88, aqueles tratados que não foram incorporados ao direito pátrio através do quórum qualificado de três quintos, em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, teriam valor meramente supralegal, não sendo alçados à igualdade de patamar exclusiva da Constituição Federal. Nesse âmbito se inseririam o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, bem assim a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Para expressiva parcela da doutrina, entretanto, essa não é a postura apropriada. Valério Mazzuoli irá adiante no tema e dirá que:

Tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm *status* de norma constitucional, em virtude do disposto do §2º do art. 5º da Constituição, segundo o qual os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte”, pois na medida em que a Constituição *não exclui* os direitos humanos de tratados, é porque ela própria *os inclui* no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”³⁷.

Antes mesmo das alterações concretizadas pela EC n. 45/04, portanto, já estariam munidos de valor constitucional os tratados cujos conteúdos assegurassem ou ampliassem o rol de direitos humanos, independente do quórum de aprovação no Congresso Nacional.

³⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. – 6. Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 853.

Não excede dizer que o que se sucedeu com a inserção do §3º no art. 5º da Constituição pareceu ser um equívoco hermenêutico³⁸, com base no qual se concluiu que às convenções e tratados aprovados por quórum simplificado poderia ser furtado o status de norma constitucional, conferindo-lhes, tão-somente, como afirmou o STF, valor acima da legislação ordinária; supralegal, portanto.

O melhor entendimento, todavia, seria a compreensão de que o multicitado parágrafo 3º não atribuiu valor de lei ordinária (ou supralegal) aos tratados que não atendam à maioria qualificada nele prevista, senão que a afirmação ali contida se presta apenas a atribuir eficácia formal aos tratados que forem incorporados nos seus moldes, jamais para conferir-lhes eficácia material, a qual estivera desde sempre assegurada pelo §2º do art. 5º da Constituição da República^{39/40}.

Ditadas tais premissas, tendo-se em conta que os Tratados internacionais de Direitos Humanos possuem valor constitucional, se está autorizado a dizer que as garantias encampadas tanto pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, quanto através do Pacto de San José da Costa Rica, possuem status de direitos fundamentais constitucionais. Desse modo, aquele conterà em seu texto disposição no seguinte sentido (art. 14):

Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as 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.

³⁸ Dirá Nelson Camatta Moreira: “a inovação legislativa sugerida pelo *legislador derivado*, apesar de ofertar, oficialmente uma proposta solucionadora, possui consequências negativas ao campo jurídico, pois 1) acaba por gerar mais confusões que soluções, além de 2) ser, antes disso, despicienda sob o ponto de vista hermenêutico. [...] Em relação aos tratados internacionais de direitos humanos assinados antes de sua vigência (da EC 45/04), e considerando-se que esses tratados foram submetidos ao devido procedimento formal estabelecido à época de suas ratificações, tendo assumido, devido ao §2º do artigo 5º, o *status* de normas constitucionais, manter-se-iam esses textos compatíveis com a Constituição, ora reformada pela referida Emenda”. MOREIRA, Nelson Camatta. **A Interpretação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos a Partir da Emenda Nº 45**. In **Revista de Estudos Criminais**, ano VII, n. 25. – Porto Alegre: Editora Fonte do Direito, 2007, p. 122, *et. seq.*

³⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. – 6. Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 853

⁴⁰ Igualmente atribuindo valor constitucional aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. – 15. Ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2015; STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. – 2. Ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2004.

A seu turno, a Convenção Americana de Direitos Humanos estipula expressamente em seu art. 8.1 que:

Toda pessoa tem direito a 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 para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Deveras, é possível verificar que há expressa previsão nos tratados e convenções de que o Brasil é signatário (e que possuem status de norma constitucional) quanto à necessidade de se proporcionar julgamento perante órgão imparcial e independente, pelo que não é se considera suficiente dizer que o direito fundamental à imparcialidade constitui proteção implicitamente contemplada na Constituição Federal (ainda que de seus valores e princípios se a extraia). Melhor solução, na verdade, seria reconhecer a existência de normas com status tão elevado quanto a própria Constituição Federal que contemplam referida proteção textualmente, resposta que possui o potencial de elevar em importância e efetividade garantia processual tão cara ao Estado Democrático.

Não constitui problema, portanto, que a Carta Magna de 1988 não se refira à imparcialidade judicial de maneira categórica, pois que os tratados internacionais suprem essa falha do legislador constituinte. A urgência, por outro lado, passa a ser de outra ordem: que o estudioso do direito e o intérprete comecem a levar em conta a magnitude daqueles diplomas, abandonando as limitações do legalismo doméstico (entendido apenas enquanto lei ordinária e Constituição Federal) e passando a se atentar para o direito transnacional, afinal o ordenamento jurídico em tempos de globalização passa a ser caracterizado pela conjugação de diversas fontes, e o “jurista completo” será aquele capaz de estudar as leis (codificadas ou esparsas), a Constituição, o direito internacional, a jurisprudência interna e também a jurisprudência internacional, especialmente aquela voltada à proteção dos direitos humanos⁴¹.

⁴¹ GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Juiz e o Direito: O Método Dialógico e a Magistratura na Pós-Modernidade**. – Salvador: JusPodivm, 2016, p. 88

2.3 O DIREITO AO JULGAMENTO IMPARCIAL COMO COROLÁRIO DO DEVIDO PROCESSO PENAL

Numa sociedade fundada no ideal democrático de Estado de direito, desponta em importância a proteção das regras do devido processo legal, princípio sobre o qual repousará sua base jurídico-política e servirá à contenção do exercício do poder punitivo estatal⁴², tornando-o legítimo e impedindo a sua transfiguração em arbítrio⁴³.

No Brasil, a garantia do devido processo legal encontra-se resguardada no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, cuja redação é taxativa: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Com base nesse dispositivo constitucional, será simples depreender que não há sentido em convir com a atuação estatal de fixação da responsabilidade penal do jurisdicionado caso ela se dê descomprometida com as margens instituídas no âmbito da legalidade⁴⁴.

Compõe as bases rudimentares do conhecimento jurídico o fato de que consiste o devido processo penal em consectário direto da máxima sintetizada na tradicional expressão *nulla poena sine iudicio* (princípio da estrita jurisdicionalidade)⁴⁵, ou seja, inexistente falar em condenação e, conseqüentemente, em aplicação de sanção, sem que haja processo. Todavia, não basta reclamar a construção de processo genericamente considerado, afinal, o processo não é algo que possua valor em si mesmo⁴⁶; vai-se além, ao afirmar-se a necessidade indispensável de que o exercício da jurisdição seja concebido “a partir de uma perspectiva que considere sua função e finalidade”⁴⁷.

⁴² “O processo, como instrumento para realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado”. CALHAU, Lélío Braga. **O Devido Processo Legal no Processo Penal: Da Antígona ao Garantismo**. In: **O Direito em Movimento**, v. 1. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2000, p. 139.

⁴³ PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: A Quebra da Cadeia de Custódia das Provas Obtidas por Métodos Ocultos**. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 15.

⁴⁴ *Ibidem*, loc. Cit.

⁴⁵ DUCLERC, Elmir. **Prova Penal e Garantismo: Uma Investigação Crítica sobre a Verdade Fática Construída Através do Processo Penal**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 146.

⁴⁶ PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: A Quebra da Cadeia de Custódia das Provas Obtidas por Métodos Ocultos**. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.18.

⁴⁷ *Ibidem*, loc. Cit.

O processo, portanto, não pode ser simplificado a ponto de deformar-se em mero jogo de cena, considerado simplesmente enquanto fase antecedente à uma condenação e meramente protocolar, senão que deve ser efetivado de modo a consagrar e efetivar liberdades individuais e, sobretudo, a dignidade humana. Nessa esteira, pode-se dizer que o devido processo penal se traduz na garantia direcionada ao justicável de que o caminho anterior à determinação de qualquer castigo será percorrido seguindo-se o norte democrático, assegurados todos os seus direitos fundamentais e todas as balizas legais e constitucionais⁴⁸. Trata-se de princípio basilar do processo penal, pois que é pressuposto da própria legitimação das decisões judiciais; o seu desrespeito dá azo à desconfiança e desestabilização social.

Conforme sintetiza Guilherme Nucci, após suscitar duas faces distintas do devido processo (uma material e outra procedimental), quanto à faceta processual, poder-se-á dizer que “cria-se um espectro de garantias fundamentais para que o Estado apure e constate a culpa de alguém, em relação à prática de crime, passível de aplicação de sanção”⁴⁹.

Enfim, não basta que haja processo; é necessário mais. É determinante que o processo seja devido e sejam resguardadas todas as garantias individuais, direitos fundamentais⁵⁰ e, em última análise, a dignidade do réu. A isso está atrelado o compromisso do processo penal com a responsabilização dos agentes, de modo que não bastará qualquer sentença penal, mas será posta em local destacado a

⁴⁸ “Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir a plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos, como presunção de inocência, contraditório, defesa, etc”. CALHAU, Lélío Braga. **O Devido Processo Legal no Processo Penal: Da Antígona ao Garantismo**. In: **O Direito em Movimento**, v. 1. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2000, p. 139

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 62.

⁵⁰ “É possível determinar que a relação entre a Constituição e o Processo, mais notadamente no âmbito do devido processo legal decorre hoje da existência de um plexo de valores constitucionais que orientam a formação das normas e a aplicação destas, em um contexto hermenêutico de pluralismo cultural e realizador de direitos fundamentais do homem, em todos os campos do Direito e que se coaduna com a construção de um princípio do devido processo legal que possa realizar os direitos fundamentais”. COELHO, Yuri Carneiro. **Princípio do Devido Processo Legal e a Admissão de Provas Ilícitas no Processo Penal Brasileiro**. In: **Revista Baiana de Direito**, n. 2. Coord: Fredie Didier Jr. – Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2008, p. 67

qualidade da decisão penal como meta⁵¹, alcançável unicamente através da realização de um processo constitucionalmente balizado.

Não à toa, sustenta Paulo Rangel que, tamanha a importância do devido processo legal, todos os demais princípios relativos ao processo penal daquele decorrerão, “pois não há verdade processual sem que, para que se possa descobri-la, respeitem-se os procedimentos delineados em lei”^{52/53}.

Na mesma linha, Guilherme Nucci aduz que o devido processo legal “coroa os princípios processuais, chamando a si todos os elementos estruturais do processo penal democrático, valendo dizer, a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural e imparcial, a publicidade, dentre outros, como forma de assegurar a justa aplicação da força estatal”⁵⁴.

Assim, compreendendo-se que o ponto inicial de qualquer investigação de caráter criminal é o estado de incerteza, eventual castigo que se imponha somente se poderá validar quando a incerteza der lugar à certeza constitucionalmente conformada, única forma de apoiar legitimamente a atuação jurisdicional⁵⁵. Dentro do cenário exposto, considerando o princípio do devido processo legal como nuclear do direito processual penal constitucionalmente adequado, não se pode deixar de notar a íntima relação que ele manifesta com a garantia fundamental ao julgamento por Magistrado imparcial.

Constitui característica intrínseca ao devido processo que o julgamento (a prestação jurisdicional) seja emanado por órgão judicial independente e imparcial. Sem o cumprimento dessa exigência, jamais se poderá dizer ter havido processo devido, ainda que processo tenha existido. Como se disse, não basta que tenha sido efetivado processo meramente do ponto de vista formal, pois referida postura

⁵¹ PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: A Quebra da Cadeia de Custódia das Provas Obtidas por Métodos Ocultos**. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.39

⁵² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. – 24. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 5.

⁵³ É importante ressaltar que o autor trabalha com a noção de verdade processual, considerando o processo penal mecanismo hábil ao seu desvendamento. Não parece ser a noção mais adequada, nada obstante seja a linha teórica seguida por parcela respeitável da doutrina nacional e internacional. Por todos, PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: A Quebra da Cadeia de Custódia das Provas Obtidas por Métodos Ocultos**. – São Paulo: Marcial Pons, 2014 e TARUFFO, Michele. **La Prueba de Los Hechos**. Madrid: Trotta, 2002.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 62, *et. seq.*

⁵⁵ PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: A Quebra da Cadeia de Custódia das Provas Obtidas por Métodos Ocultos**. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.19.

representaria a aceitação do processo enquanto engodo. A demanda, isto sim, é que o processo seja democrático e devido do ponto de vista substancial⁵⁶, o que somente se logrará mediante a afirmação e tutela de todas as garantias processuais, dentre as quais desponta como das mais relevantes a imparcialidade do julgador.

Dito de forma categórica, não é possível dissociar as noções de imparcialidade judicial e devido processo legal. Assim o é, pois a leitura do princípio em discussão deve ser consoante com a realização de direitos e garantias individuais (rol em que se insere o direito ao Juiz imparcial), sendo premente que ela expresse a função garantidora da Constituição Federal de 1988, tudo isso para que se logre um enfrentamento do processo sob a perspectiva de um processo justo⁵⁷.

Finalmente, a aceitação de manifestação judicial por magistrado de cuja imparcialidade se possa suspeitar, com base em elementos concretos e objetivamente aferíveis (imparcialidade objetiva), constitui flagrante violação do direito ao julgamento imparcial e, por via de consequência, fere de morte o devido processo penal.

Na verdade, a proteção do processo justo encontra-se, em grande monta, associada à atividade jurisdicional, enquanto principal responsável por conferir ou negar a tutela dos direitos fundamentais⁵⁸. Consequentemente, “o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição”⁵⁹. Assim, de rigor que toda a atividade judicante (resultante em sentenças tanto absolutórias, quanto condenatórias) emane de juiz imparcial, afinal, disso depende a própria justiça.

⁵⁶ “Neste sentido, cumpre falar de que não basta a referência à necessidade das decisões jurídicas serem formalmente regulares, mas, sim, substancialmente razoáveis e corretas, portanto, justas”. COELHO, Yuri Carneiro. **Princípio do Devido Processo Legal e a Admissão de Provas Ilícitas no Processo Penal Brasileiro**. In: **Revista Baiana de Direito**, n. 2. Coord: Fredie Didier Jr. – Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2008, p. 67

⁵⁷ COELHO, Yuri Carneiro. **Princípio do Devido Processo Legal e a Admissão de Provas Ilícitas no Processo Penal Brasileiro**. In: **Revista Baiana de Direito**, n. 2. Coord: Fredie Didier Jr. – Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2008, p. 67.

⁵⁸ CALHAU, Lélío Braga. **O Devido Processo Legal no Processo Penal: Da Antígona ao Garantismo**. In: **O Direito em Movimento**, v. 1. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2000, p.140.

⁵⁹ *Ibidem*, loc. cit.

2.4 MECANISMOS LEGAIS DE PRESERVAÇÃO DA IMPARCIALIDADE: SUSPEIÇÃO, IMPEDIMENTO E INCOMPATIBILIDADE

Nada obstante inexista na Constituição da República norma que expressamente garanta ao jurisdicionado o julgamento por magistrado imparcial (o que se repete na legislação infraconstitucional), a disciplina constitucional da magistratura cuidou de estabelecer uma série de prerrogativas hábeis a preservar esta qualidade no juiz.

Assim, a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos são elevados ao status de escudo protetor da própria independência dos juízes brasileiros e, conseqüentemente, da sua necessária imparcialidade para o exercício da atividade judicante⁶⁰.

Aliado a esse rol de garantias aplicáveis e estendidas a generalidade da magistratura – as quais somente o incauto adjetivará como favorecimentos desarrazoados – o Código de Processo Penal prevê hipóteses de abstenções e recusas dos julgadores especificamente considerados em cada caso concreto, buscando-se “assegurar a imparcialidade do juiz como pessoa física”⁶¹. São elas a suspeição, o impedimento e a incompatibilidade (arts. 254, 252/253 e 112 do CPP, respectivamente).

Acerca do tema, é bem verdade que houve tratamento pelo legislador ordinário das hipóteses legais em capítulos distintos, entretanto, bem salienta Eugênio Pacelli ao referir que “a distinção é absolutamente equivocada, uma vez que todas elas se ocupam da tutela de um único e mesmo valor positivado no ordenamento processual: a *imparcialidade* da jurisdição”⁶². Tais dispositivos legais cuidam de tentar distanciar do processo o juiz que, por aspectos objetivos e subjetivos, potencialmente se deixará afetar na apreciação do caso concreto⁶³.

Conforme disposição expressa do artigo 254 do CPP, ter-se-á a suspeição do juiz quando:

⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz Natural no Processo Penal**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 31.

⁶¹ *Ibidem*, p. 34.

⁶² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. – 18. Ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 300.

⁶³ *Ibidem*, *loc. cit.*

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

De notar que o Código Processual não se ocupou de detalhar definição legal do que se pode compreender a partir da expressão “suspeição”, optando, por outro lado, pela via da enumeração de um rol de situações e circunstâncias de fato nas quais será lícito reputar como suspeito o juiz da causa⁶⁴. Assim, esclarecem Eugênio Pacelli e Douglas Fischer que “as situações e/ou circunstâncias de fato que conduzem à suspeição do magistrado se referem a questões alheias ao processo em curso”⁶⁵, de forma que, “em todas as situações, a razão da suspeição decorrerá de fato, evento, circunstâncias e convicções pessoais cuja origem esteja *fora do processo* em que se questiona a imparcialidade do juiz”⁶⁶.

A exceção de suspeição, uma vez apresentada ao juiz singular, a quem deverá ser dirigida, poderá ser por este reconhecida (mediante simples despacho), hipótese em que será sustada a marcha processual e remetidos os autos ao magistrado substituto, a fim de ser dado seguimento aos trâmites processuais, nos moldes do que dispõe o art. 99, CPP. Ao revés, na hipótese de o magistrado não aceitar a exceção, ordenará que esta seja autuada em apartado, respondendo-a em três dias, sendo-lhe facultado, ainda, instruí-la e apresentar rol de testemunhas. Após o escoamento do referido prazo, os autos de processamento da suspeição deverão ser remetidos, dentro de vinte e quatro horas, ao juízo ou tribunal a quem competir o julgamento (art. 100, CPP).

⁶⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. -4. Ed. rev. e atua. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 486.

⁶⁵ *Ibidem*, loc. cit.

⁶⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. – 18. Ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 301.

A seu turno, quando trata das hipóteses de impedimento, o CPP, tal qual ocorre quando se volta à suspeição, também não declina definição expressa, referindo-se da seguinte maneira:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 253. Nos júzos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

Aqui, ao contrário do que ocorre com a suspeição, o afastamento do juiz terá como foco razões ligadas diretamente ao processo em trâmite, motivo pelo qual Pacelli afirma que “os casos de *impedimento* (arts. 252 e 253, CPP) referem-se a fatos e/ou circunstâncias atinentes e intimamente ligados ao *próprio processo* submetido inicialmente à jurisdição do juiz”⁶⁷.

Diferentemente do que sucede com a suspeição e o impedimento, acima comentados, a incompatibilidade, por sua vez, não goza de rol legal elencando as suas hipóteses (ainda que não taxativas). Assim, tem-se no art. 112 do Código Processual Penal a menção à disciplina das incompatibilidades:

Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser arguido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.

Sobre o ponto, asseveram, com especial lucidez, Eugênio Pacelli e Douglas Fischer que “aqui reside, por primeiro, o reconhecimento (necessário) da falibilidade do legislador”⁶⁸. Com efeito, seria absolutamente desarrazoado imaginar ser possível prever abstrata e categoricamente todas as hipóteses em que poderiam as partes deparar-se com a perda da imparcialidade do julgador, bem assim “todas as

⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. – 18. Ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 301.

⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. -4. Ed. rev. e atua. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 251.

variantes do relacionamento humano e do comprometimento da liberdade de julgar daí resultante⁶⁹, condição que avulta em relevância a cláusula aberta deixada pela via da incompatibilidade.

Observe-se, ainda, que, quanto ao processamento, tanto a incompatibilidade quanto o impedimento terão, a teor do que dispõe o art. 112, CPP, idêntica tramitação à exceção de suspeição. Acerca dos seus efeitos, caso a incompatibilidade ou o impedimento sejam acolhidos, o art. 101 da legislação adjetiva determina que serão nulos os atos do processo principal, com imposição de pagamento de multa ao juiz, no caso de erro inescusável⁷⁰.

A esse respeito, inclusive, são taxativos Eugênio Pacelli e Douglas Fischer:

Em todos os casos de comprometimento da imparcialidade, seja ele decorrente de fato tido como *de suspeição*, seja de *impedimento*, seja, por fim, de *incompatibilidade*, as consequências daí decorrentes só podem ser no sentido da nulidade absoluta do processo, diante do risco evidente da afetação à própria função jurisdicional. E nesse campo não se pode tergiversar: pouco importa o conteúdo das decisões judiciais; o vício é de índole constitucional, a comprometer toda a atividade jurisdicional, não se aproveitando, então, qualquer ato processual⁷¹.

Ademais, é interessante a anotação de que, a princípio, a exceção de suspeição, impedimento ou incompatibilidade, a qual se autuará em autos apartados, não faz sustar o curso processual. Todavia, poderá o excipiente requerer, em caráter cautelar, a suspensão do processo principal até o julgamento da exceção, afinal, o acolhimento da suspeição (impedimento ou incompatibilidade) acarretará a nulidade de todos os atos praticados pelo juiz excepto, o que provocará dano de grande monta para a celeridade processual. Assim, em homenagem à economia processual, a sustação terá efeitos consideravelmente menos prejudiciais⁷².

Anote-se, ainda, a ressalva pertinentemente ventilada por Pacelli, no sentido de que, malgrado as exceções devam ser reconhecidas de ofício pelos magistrados e arguidas pelas partes no primeiro momento processual em que lhes seja franqueada

⁶⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁷⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. – 7. Ed. – Salvador: JusPodivm, 2012, p. 333.

⁷¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. -4. Ed. rev. e atua. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 479, *et. seq.*

⁷² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012 p. 516.

a fala, a questão ora debatida refere-se ao devido processo legal e, mais especificamente, à imparcialidade da jurisdição, motivo pelo qual poderá ser questionada mesmo após o trânsito em julgado da ação condenatória, pela via da revisão criminal⁷³. Remata o autor: “é que se cuida, evidentemente, de matéria de ordem e interesse eminentemente públicos, para muito além daquele das partes envolvidas no processo em que *concretamente* teria ocorrido a apontada causa (suspeição etc.)”⁷⁴.

Por derradeiro, faça-se o registro acerca da relevantíssima discussão referente à taxatividade ou não dos róis legais contidos nos artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal, debate que desperta acaloradas divergências na doutrina, bem como na jurisprudência, e que, justamente pela sua expressiva pertinência, terá tratamento destacado mais à frente.

2.5 A IMPARCIALIDADE OBJETIVA E A MUDANÇA PARADIGMÁTICA ENCAMPADA PELO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

Tendo sido chamado a se manifestar em reiteradas ocasiões acerca da compatibilidade entre o exercício de funções investigativas assumidas por magistrados europeus com o dever de julgar, bem assim acerca do teor de decisões no curso processual através das quais era possível notar uma tomada prévia de decisão do juiz, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) consagrou o entendimento de que as funções de investigar e julgar eram inconciliáveis entre si⁷⁵. Com efeito, recorda Aury Lopes Jr. que, reconhecidamente nos casos *Piersack vs Bélgica* e de *Cubber vs Bélgica*, levados ao crivo do TEDH em 1982 e 1984, respectivamente, assentou-se no âmbito daquele Tribunal internacional que, se o julgador, na fase pré-processual, fez uso de poderes investigatórios, não poderá ser o responsável por emanar decisão final, quando encerrada a instrução⁷⁶. Tal

⁷³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. – 18. Ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 303.

⁷⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. – 18. Ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 303.

⁷⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 132.

⁷⁶ *Ibidem*, *loc. Cit.*

situação constituiria, pois, violação ao direito ao julgamento imparcial, consagrado no art. 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950⁷⁷.

A partir daquele momento tornou-se evidente o avanço no estudo da imparcialidade judicial, começando a germinar debates acerca da contaminação, fruto de pré-concepções erigidas no Juiz, tanto desde um ponto de vista subjetivo (já tradicional), quanto objetivo. Esta aproximação passou a ser vislumbrada pelo TEDH como alternativa hábil a dotar a garantia da imparcialidade judicial de real efetividade. Manifestou-se a Corte Europeia no seguinte sentido, no julgamento do caso *Piersack vs Bélgica*:

Se a imparcialidade se define ordinariamente pela ausência de prejuízos ou parcialidades, sua existência pode ser apreciada, especialmente conforme o artigo 6.1 da Convenção, de diversas maneiras. Se pode distinguir assim entre um aspecto subjetivo, que trata de averiguar a convicção pessoal de um Juiz determinado em um caso concreto, e um aspecto objetivo, que se refere a se este oferece as garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável a seu respeito⁷⁸.

Não poderia ser mais óbvia a tentativa de cindir em duas a concepção da imparcialidade, precisamente com o objetivo de simplificar a efetivação da multicitada garantia. Desse modo, a imparcialidade, quando examinada a partir de uma aproximação subjetiva, dirá respeito à convicção íntima do juiz, a qual poderá ser influenciada pelo seu conhecimento de determinado assunto referente ao caso em apreciação (ou acaso se lhe autorize a prática de determinados atos típicos de investigação), propiciando-se ambiente fértil ao desenvolvimento de juízos prévios. Aqui se está a tratar da concepção clássica de imparcialidade, enfrentada com base

⁷⁷ Artigo 6.º (Direito a um processo equitativo) 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

⁷⁸ “30. Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto”. (tradução do autor). Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/6caso-piersack-contra-belgica-derecho-a-un-proceso-independiente-e-imparcial.pdf>>. Acesso em: 29 de jan. 2017

nos aspectos pessoais e inverificáveis do magistrado, presentes e reconhecíveis apenas pela sua subjetividade e, no mais das vezes, sem manifestação exteriorizada.

A imparcialidade subjetiva é, em outras palavras, o estado anímico intimamente situado, segundo o qual o indivíduo deseja e possui a capacidade de manter-se em postura de alheamento ao objeto do litígio acerca do qual deverá verter manifestação final, assim como em equidistância entre as partes processuais (autor e réu)⁷⁹. Trata-se, em última análise, de condição de difícil (ou improvável) verificação por terceiros ou mesmo demonstrável objetivamente, senão que apenas admitida pelo próprio sujeito que a incorpora.

Noutro quadrante situa-se a assim denominada imparcialidade objetiva, a qual demandará a reflexão acerca de se o Juiz congrega garantias suficientes para dissipar quaisquer incertezas (dúvidas razoáveis) acerca da sua isenção⁸⁰. Aqui, desnecessário perscrutar acerca das convicções pessoais ou do estado subjetivo de comprometimento do julgador com as partes ou o objeto do processo. O que estará em jogo – e esse é o ponto elementar – é a aparência, objetivamente avaliada, de imparcialidade, ou seja, se há ou não razões legítimas para se suspeitar quanto à perda da capacidade do magistrado de julgar com liberdade de pré-conceitos.

A virada paradigmática, com tão significativa simplificação, é patente: para que se dispute o desmoronamento da imparcialidade (ou a própria parcialidade), bastará que sejam coletadas evidências lógicas e pragmáticas da existência de motivos razoáveis para que floresçam suspeitas quanto à equidistância do intérprete. Não se adentra méritos relativos aos desígnios pessoais do juiz, senão que a avaliação se dará no plano do concreto e a própria dúvida legitimará o afastamento do julgador.

Ainda no julgamento do processo *Piersack vs Bélgica*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos concluiu que “todo juiz em relação ao qual possa haver razões

⁷⁹ Sobre o tema vale a ressalva de André Machado Maya, a fim de evitar confusões entre a imparcialidade subjetiva e a neutralidade: “A isso se refere o TEDH ao exigir do juiz uma atuação jurisdicional livre de pré-conceitos, ou pré-juízos, o que deve ser entendido não como uma negação de possíveis influências do subjetivo do julgador na decisão a ser proferida, o que representaria uma neutralidade, mas, sim, com a inexistência de uma convicção prévia acerca do objeto do julgamento, de uma opinião sobre o caso penal ou sobre as partes envolvidas, um tomar partido sobre determinada controvérsia, ou aderir às razões de uma das partes antes do momento oportuno, por qualquer razão que seja”. MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo penal: da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. – 2. Ed. ver. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 94.

⁸⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 133.

legítimas para duvidar de sua imparcialidade deve abster-se de conhecer o julgar. O que está em jogo é a confiança que os tribunais devem inspirar nos cidadãos em uma sociedade democrática”⁸¹.

Através da compreensão da passagem disposta nas linhas acima, viabiliza-se o conhecimento de que a confiança inspirada pela prestação jurisdicional passa a ser posta em evidência. Desse modo, assume especial relevo a credibilidade que deve emanar da atividade desempenhada pelo magistrado numa sociedade democrática, razão pela qual o seu funcionamento no processo não deve deixar margens de dúvida quanto à isenção e distanciamento que dele se espera. Disso, inclusive, depende a legitimidade da prestação jurisdicional e a confiabilidade e adesão dos jurisdicionados.

Nesse ponto, vem a calhar aquilo que se convencionou chamar de teoria das aparências⁸² ou, ainda, teoria da aparência de justiça⁸³. Com fundamento na referida construção teórica, será manifestada uma especial preocupação com a aparência de imparcialidade provinda do juiz ou tribunal perante os indivíduos que se submetem à Administração da Justiça, haja vista que, por vezes, muito embora não se produzam pré-juízos, será difícil evitar a impressão de que o Magistrado não estava contaminado quando do julgamento. Tal receio basta para afetar negativamente a confiança que os Órgãos de Justiça devem inspirar nos justicáveis⁸⁴.

Noutras palavras, o TEDH “firmou posicionamento no sentido de que se deve preservar a confiança que, numa sociedade democrática, os Tribunais devem

⁸¹ “Todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer ese caso. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática”. (tradução do autor) Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/6caso-piersack-contra-belgica-derecho-a-un-proceso-independiente-e-imparcial.pdf>>. Acesso em: 29 de jan. 2017.

⁸² PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no Processo Penal**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 89.

⁸³ BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. **Direito Ao Julgamento Por Juiz Imparcial: Como Assegurar A Imparcialidade Objetiva No Juiz Nos Sistemas Em Que Não Há A Função Do Juiz De Garantias**. Disponível em <http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em: 24 de jan. 2017.

⁸⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 133.

oferecer aos cidadãos, sendo de rigor a recusa de todo juiz impossibilitado de garantir uma total imparcialidade”⁸⁵.

Trata-se do que decretou a Corte de Estrasburgo, no julgamento do caso *Delcourt vs Bélgica*: “Justice must not only be done; it must also be seen to be done”⁸⁶; ou seja, não é suficiente que seja feita a justiça, é indispensável que o jurisdicionado, o cidadão a veja sendo feita, algo que lhe conferirá legitimidade e reduzirá os riscos deletérios que adviriam da sensação manifestada pela sociedade de estar diante de uma sentença injusta, qualquer que seja a sua natureza.

Parece que nesse contexto se enquadra com facilidade o juiz que teve contato com o material veiculado por prova ilícita e inadmitida. É absolutamente razoável e aceitável que tal circunstância enseje causa para legitimamente se suspeitar quanto à isenção daquele julgador, pois, ainda que retirada dos autos aquela prova espúria, a suspeita persistirá quanto à parcialidade do intérprete. Noutras palavras, o que foi visto não poderá ser desfeito e, muito provavelmente, o estrago à imparcialidade já foi perpetrado. A hipótese suscitada não passará no teste objetivo de imparcialidade, portanto.

É salutar acrescentar que a construção ora posta em evidência não passou imune a críticas, como fazem ver Javier García Roca e José Miguel Vidal Zapatero:

É preciso trazer a colação que (a dupla dimensão da imparcialidade) recebeu numerosas críticas doutrinárias. Entre outros, JIMÉNEZ ASENSIO chega a qualificar esta jurisprudência europeia como “artificial”, posto que “afinal, a crítica da parcialidade será sempre subjetiva, é dizer, personalizada em um juiz ou juízes, enquanto que a sua invocação, se se pretende que prospere, deverá provar-se objetivamente ante o órgão judicial”; e afirma que é “puramente retórica” na medida em que “praticamente todos as questões conhecidas pelo TEDH foram conduzidas ao plano objetivo, sempre mais cômodo, posto que este não põe em questão a existência de prejuízos pessoais do juiz que atuam exclusivamente em seu foro íntimo”⁸⁷.

⁸⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. **Direito Ao Julgamento Por Juiz Imparcial: Como Assegurar A Imparcialidade Objetiva No Juiz Nos Sistemas Em Que Não Há A Função Do Juiz De Garantias**. Disponível em <http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em: 24 de jan. 2017

⁸⁶ PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no Processo Penal**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 90, *et. seq.*

⁸⁷ “Es preciso traer a colación que há recibido numerosas críticas doctrinales. Entre otros, JIMÉNEZ ASENSIO llega a calificar a esta jurisprudencia de “artificiale”, puesto que “a la postre, la tacha de parcialidad será siempre subjetiva, es decir, personalizada en un Juez o jueces, mientras que su invocación, si se pretende que prospere, deberá probarse objetivamente ante el órgano judicial”; y afirma que es “puramente retórica” en la medida en que “la práctica totalidad de los asuntos que ha conocido el TEDH se han reconducido al plano objetivo, siempre más cómodo, puesto que éste no

Nada obstante, vale a pena frisar que, em última instância, o grande trunfo da virada paradigmática encampada pelo TEDH foi o ganho na efetividade do controle da imparcialidade. É inegável que o exame da (im)parcialidade subjetiva faz emergir uma série de dificuldades, apresentando-se como tarefa hercúlea, abstrata, considerando que se trata da intenção de aferir aspectos intrinsecamente relacionados à subjetividade do julgador⁸⁸. Desse modo, tendo-se em conta que a imparcialidade subjetiva é pressuposta e presumida, a própria Corte reconheceu as dificuldades de se superar a referida presunção e avançar na discussão acerca do seu esvaimento no caso concreto.

Esclarece Frederico Valdez Pereira que:

A grande evolução no resguardo efetivo da imparcialidade decorreu da circunstância de que os critérios de apreciação não dependem mais de uma análise sobre a pessoa, as convicções ou o aspecto interno do julgador: o juízo de valor afasta-se de subjetivismos que no mais das vezes poderiam ser entendidos como depreciação ou demérito profissional⁸⁹.

Elevou-se, portanto, a eficácia da garantia do julgamento imparcial, facilitando-se o seu resguardo, ante a objetivação da sua análise no caso concreto. Com efeito, “nessa seara, independentemente do aspecto pessoal do juiz em um dado processo, o que importa é identificar a existência de fatos concretos que possam levantar dúvidas sobre a imparcialidade do tribunal no caso posto sob julgamento”⁹⁰.

pone en cuestión la existencia de prejuicios personales del Juez que actúan exclusivamente en su fuero interno”. (tradução do autor) ROCA, Javier García; ZAPATERO, José Miguel Vidal. **El Derecho a un Tribunal Independiente e Imparcial (Art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos)**. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 284. Acrescente-se a crítica de Joan Picó I Junóy: “pese la autoridad del órgano judicial del cual emana dicha distinción, entendemos que la misma resulta incorrecta en la medida en que la imparcialidad hace referencia a la consideración del juez como sujeto ajeno a lo discutido en un proceso y a las partes litigantes, por lo que su imparcialidad o parcialidad es siempre subjetiva”. PICÓ I JUNOY, Joan. **La Imparcialidad Judicial y Sus Garantías: La Abstención y la Recusación**. – Barcelona: J. M. Bosch, 1998, p. 51. *apud* PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no Processo Penal**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 95.

⁸⁸ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo penal: da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. – 2. Ed. ver. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 94.

⁸⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.96.

⁸⁹ PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no Processo Penal**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 94.

⁹⁰ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo penal: da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. – 2. Ed. ver. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 96.

Em algum grau, na realidade, parece que a teoria aqui posta em evidência foi prestigiada pelo Código de Processo Penal brasileiro, especificamente nos artigos 252 e 254, que apresentam hipóteses de impedimento e suspeição, respectivamente. Os mencionados róis legais elencam situações nas quais estará o juiz proibido de julgar, seja por questões intraprocessuais ou extraprocessuais, sem que se abra espaço para debater quanto à sua contaminação psíquica ou ao seu estado de ânimo para proferir julgamento. Desse modo, caso o magistrado tenha funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão posta sob seu crivo (art. 252, III, CPP), estará terminantemente impedido de julgar, ainda que, no âmago do seu subjetivismo, considere ter (e até de fato possua) a capacidade e o desejo de proferir manifestação justa e imparcial.

A avaliação do caso será baseada em fatos concretos e objetivos, sem que haja necessidade de se imiscuir na intimidade do juiz: caso surja situação ensejadora do impedimento ou da suspeição, estará o magistrado, independente de questionamentos de ordem pessoal, proibido de sentenciar, devendo abster-se do julgamento. Parece ser a alternativa mais acertada, considerando o norte democrático da Constituição Federal e a necessidade de efetivação da garantia do julgamento imparcial contemplada nos arts. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ambas subscritas pelo Brasil e incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio.

3 O CONTATO COM A PROVA ILÍCITA E O POSSÍVEL COMPROMETIMENTO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Tendo-se em conta com que conceito de imparcialidade se trabalha, entendida ela como a necessidade de manutenção por parte do juiz de uma postura de alheamento, indiferença e equidistância tanto em relação às partes quanto no que diz respeito ao objeto em litígio, ganha corpo uma dúvida especialmente pertinente: será o órgão judicial que tem acesso aos dados ilicitamente obtidos capaz de manter atitude tal como idealizada acima? Estará ele apto a repelir eventuais questionamentos voltados à sua capacidade de julgar com imparcialidade?

Para que se possa buscar as respostas para referidas dúvidas, é indispensável, antes que se proceda ao estudo voltado à conceituação e ambientação das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro, bem assim acerca do seu tratamento doutrinário e jurisprudencial.

Far-se-á, então, abordagem com o desiderato de identificar se faz sentido pôr em dúvida a isenção esperada do julgador nas hipóteses apresentadas, buscando-se estudar tanto desde uma perspectiva subjetivada, voltada à sua esfera psíquica, quanto desde uma interface com os ideais propostos pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

3.1 A PROVA ILÍCITA: CONCEITO E CONTORNOS TEÓRICOS

Hodiernamente, não há discussões acerca da indispensabilidade do processo para imposição de pena⁹¹, de maneira que se deve aceitar tratar-se o processo penal de percurso necessário à aplicação da lei penal material, constituindo-se em caminho indispensável para que se possa, ao final, infligir sanção (caso sobrevenha sentença condenatória). Refere-se aqui, portanto, ao princípio da instrumentalidade processual, segundo o qual convém compreender o processo como instrumento da aplicação da legislação substantiva.

Tal conceito, entretanto, revela-se insuficiente para as aspirações constitucionais do processo penal. Com efeito, o processo penal possui outra dimensão instrumental, não lhe bastando a definição enquanto instrumento formal a serviço do direito material. Trata-se da instrumentalidade processual concebida enquanto mecanismo de proteção e legitimação de direitos fundamentais do acusado, ou seja, instrumento (material) de efetivação de garantias constitucionais individuais, afinal, como salienta Ricardo Gloeckner, “a legitimidade da aplicação da pena depende, sobretudo do respeito aos preceitos elementares que constituem a espinha dorsal do processo: os direitos e garantias fundamentais”⁹².

Conjugando as duas faces instrumentais do processo penal (formal e material), conclui-se que o caminho para a determinação da culpa e sancionamento do injusto penal não se guia conforme a vontade independente e irrestrita dos atores processuais – ou do juiz –, senão que deve se submeter às balizas constitucionais e respeitar a dignidade do investigado, cabendo ao magistrado o mister ineliminável de efetivar referidas garantias.

Dessa forma, uma série de disposições e restrições de ordem constitucional se prestam a resguardar a lisura da trajetória processual, de modo a garantir – ou, ao menos, intentar fazê-lo – a preservação de direitos básicos das partes processuais, mormente o réu, alvo da força do aparato de persecução estatal, sua face mais

⁹¹ Exceção feita à transação penal prevista no art. 76 da Lei 9.099/95 e, que, a rigor, consiste na aplicação imediata de pena alternativa à prisão para os crimes de menor potencial ofensivo submetidos ao regramento daquela norma. Sobre o tema, Rômulo Moreira em **A Regra da Obrigatoriedade da Ação Penal Pública e as Suas Exceções no Direito Brasileiro**. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/121939017/a-regra-da-obrigatoriedade-da-acao-penal-publica-e-as-suas-excecoes-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 02 de fev. 2017.

⁹² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: Introdução Princioplógica à Teoria do Ato Processual Irregular**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 429, *et. seq.*

violenta. Sobreleva em tal contexto a garantia do devido processo penal, bem assim a tutela da intimidade, privacidade e dignidade do ser humano e, como corolário desses, a proteção contra a prova ilícita.

Com Guilherme Nucci, dir-se-á que a inadmissibilidade das provas obtidas através de métodos espúrios, especialmente na seara criminal, encontra o seu principal fundamento em fatores de ordem ética e mantenedores da lisura do Estado na direção do devido processo legal⁹³. A busca pela apuração dos fatos esbarra, desse modo, na proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos, constituindo-se este em limite intransponível e preocupação nuclear da atuação jurisdicional e do próprio processo penal.

Nessa esteira, a espinha dorsal do tratamento dado à prova ilícita no ordenamento jurídico doméstico se encontra albergado na Constituição da República, cujo artigo 5º, LVI, traduz com clareza o desejo do constituinte de 1988: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O Código Processual veio a complementar a disciplina da matéria em 2008, através da nova redação dada ao artigo 157 pela Lei Federal 11.690/08, cujo texto do *caput* determina que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Conforme o § 1º do referido artigo 157, consagrou-se no Brasil a originalmente norte-americana *fruits of the poisonous tree doctrine* ou o que se chamou nacionalmente de teoria dos frutos da árvore envenenada⁹⁴. Tal construção teve surgimento nos Estados Unidos quando da apreciação pela Suprema Corte americana do caso *Silverthorn Lumber Co. vs EUA*, ocasião em que se afastou, à vista de violação constitucional, não apenas a prova diretamente angariada através de métodos escusos, mas se decidiu por excluir do processo também aquelas consideradas derivadas das originárias⁹⁵.

⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 322.

⁹⁴ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais; **§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.**

⁹⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: Introdução Princioplógica à Teoria do Ato Processual Irregular**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 394.

Tal avanço democrático, todavia, não adentrou o sistema processual brasileiro isento, desde sua gênese, de relativizações e enfraquecimentos. O próprio § 1º do artigo 157 do CPP traz em seu bojo exceções à sua regra geral, a saber: a) quando as provas derivadas puderem ser obtidas por fonte independente das originárias, considerando-se fonte independente, conforme o § 2º do mesmo dispositivo legal, “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”; b) quando não for evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras.

Apresentadas as mencionadas ressalvas legais, remanesce evidente a fragilidade da proteção frente às provas derivadas daquelas produzidas mediante violações legais e constitucionais, restando vitimado, em última análise, o Estado Democrático de Direito, pois que “cultuar o ilícito para apurar e punir o ilícito é um fomento ao contrassenso, logo, inadmissível no Estado Democrático de Direito”⁹⁶.

Outro elemento de importância que desponta do tratamento das provas ilícitas no Brasil se refere ao fato de que, diversamente do que ocorre com outros ordenamentos, o legislador brasileiro expressamente refere-se à sua inadmissibilidade, não fazendo distinção, contudo, entre aquelas colhidas com violações às normas legais ou constitucionais. Assim, portanto, igualmente ilícitas – e igualmente desentranhadas – serão as provas cuja obtenção tenha sido fruto de malferimento de dispositivos legais ou constitucionais.

Nesse momento ganha relevo a distinção doutrinária entre o que se entende por prova ilícita e prova ilegítima. Nos termos indicados por Ricardo Melchior de Barros Rangel⁹⁷, será possível falar em prova ilegítima quando se estiver diante de material probatório alcançado através da inobservância das regras processuais que digam respeito à produção da prova. Lado outro, poder-se-á reputar como ilícita a prova quando a sua colheita tenha sido realizada mediante conduta descrita em norma penal incriminadora, bem assim caso haja violação de princípios constitucionais guardiões das liberdades públicas.

Partindo-se de um ponto de vista mais abrangente, calha dizer que, a rigor, a discussão principiará no conceito de prova ilegal, a qual poderá ser definida como

⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 323.

⁹⁷ RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. **A Prova Ilícita e a Interceptação Telefônica no Direito Processual Penal Brasileiro**. – Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 55.

gênero do qual serão espécies as provas ilícitas e ilegítimas, aquelas consideradas como as que ofendem norma material, enquanto estas terão violado normas de direito processual, referentes à lógica e à finalidade do processo⁹⁸.

A relevância da distinção trazida à baila encontra fundamento no questionamento quanto às consequências processuais que ensejarão, bem como na definição acerca de a que espécie de provas ilegais se refere o CPP no artigo 157. O mencionado dispositivo deixa a desejar na clareza do tema, não indicando com nitidez se as provas inadmissíveis no processo serão apenas aquelas obtidas com violação de direito material ou, de igual modo, aquelas que transgridam balizas processuais. Na verdade, a redação legal faz referência às provas ilícitas, assim entendidas as que contrariem normas legais ou constitucionais, falhando, entretanto, em identificar se a opção pelo vocábulo “legais” inclui ou exclui de sua disciplina as normas processuais.

Traz alguma luz sobre o tema Aury Lopes Jr., lamentando-se o autor em reconhecer que o regime legal tão-somente se volta às normas materiais, persistindo, então, porque necessária, a separação entre provas ilícitas e ilegítimas, haja vista que o art. 157 se ocupou apenas daquelas reputada ilícitas (obtidas em desconformidade com a Constituição ou leis materiais)⁹⁹. Conclui, então:

A distinção é ainda mais relevante se considerarmos que as provas ilícitas (inadmissíveis no processo, portanto) não são passíveis de repetição, pois o vício vincula-se ao momento em que foi obtida (exterior ao processo). Assim, não havendo possibilidade de repetição, devem as provas ilícitas ser desentranhadas dos autos e destruídas.

Noutra dimensão, as provas ilegítimas, em que o vício se dá na dimensão processual (de ingresso ou produção), há a possibilidade de repetição do ato. Neste caso, o que foi feito com defeito pode ser refeito e, portanto, validado pela repetição¹⁰⁰.

É interessante, nesse momento, pincelar alguns paralelos com ordenamentos estrangeiros com o objetivo de demonstrar, mesmo de maneira breve, os distanciamentos e aproximações existentes entre o Brasil, Portugal e França, em termos de prova ilícita.

No país lusitano, a regra fundamental da proibição às provas ilícitas encontra abrigo na Constituição, tal qual ocorre no ordenamento brasileiro, havendo, ainda, reforço à

⁹⁸ SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. **Prova Ilícita no Processo**. – Curitiba: Juruá, 2011, p. 50, *et. seq.*

⁹⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. – 9. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 593

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 594.

vedação constitucional no Código Processual¹⁰¹. Em Portugal, conforme a legislação local, será considerada prova proibida aquela obtida com infração das normas ou princípios constitucionais protetivos da personalidade do investigado, dando-se especial relevo, portanto, à tutela da dignidade da pessoa, reputando-se ilícita apenas as provas que transgridam direitos fundamentais¹⁰².

Situação bastante diversa (tanto de Portugal quanto do Brasil) ocorre no processo penal francês, onde se encontrará a supremacia do princípio da liberdade probatória, o que significa que meios de prova e sua valoração não se encontram submetidos à regulação legal expressa, inclusive inexistindo disposição constitucional acerca do tema¹⁰³. A referência fulcral do sistema probatório francês será o princípio da legalidade, estando a obtenção das provas limitada através da perspectiva das provas ilegais, ou contrárias à lei em sentido amplo, abrangida a ilicitude ou irregularidade¹⁰⁴.

Define Teresa Armenta Deu:

Se fosse necessário estabelecer uma definição de prova ilícita no direito francês, ela se referiria àquela cuja obtenção tenha violado a uma norma legal específica ou, na falta de tal norma, tenham sido cometidas violações a direitos fundamentais ou ao princípio da lealdade. [...] Essa configuração permite acentuar que nem toda a prova ilícita acarreta a infração de um direito fundamental, na medida em que ela existirá quando se incorra em deslealdade, mas nem toda prática desleal supõem uma infração aos direitos fundamentais¹⁰⁵.

Assim, intrigante observar que, malgrado a falta de regulação legislativa específica acerca da ilicitude probatória, a França apega-se ao princípio da legalidade (tradicional naquelas terras desde a Revolução do século XVIII). Diante da inexistência de dispositivo legal, por seu turno, resolve-se a celeuma em face do

¹⁰¹ Delimita Teresa Armenta Deu: “A Constituição Portuguesa de 1976 constituiu um sistema normativo próprio com relação às <<proibições probatórias>>, ao prescrever em seu art. 32: <<a nulidade de todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, intromissão abusiva na vida privada, no domicílio ou na correspondência ou telecomunicações>>. [...] Na Lei processual o mandato constitucional se reproduz de maneira quase idêntica no art. 126, 1, 3º, do CPP, em que: <<salvaguardados os casos previstos em lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão à vida privada, ao domicílio, à correspondência ou às comunicações sem o consentimento do respectivo titular>>”. DEU, Teresa Armenta. **A Prova Ilícita: Um Estudo Comparado**. Trad: Nereu José Giacomolli. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.38.

¹⁰² DEU, Teresa Armenta. **A Prova Ilícita: Um Estudo Comparado**. Trad: Nereu José Giacomolli. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 39.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 59.

¹⁰⁴ DEU, Teresa Armenta. **A Prova Ilícita: Um Estudo Comparado**. Trad: Nereu José Giacomolli. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 59.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 61.

embate da colheita da prova com a preservação dos direitos fundamentais ou apela-se ao princípio da lealdade. Referido princípio permite “excluir do processo aquelas provas obtidas com utilização de mecanismos desleais, armadilhas ou estratégias, que fariam a justiça perder a dignidade com a qual se deve lutar contra a delinquência”¹⁰⁶.

Indispensável dizer, por fim, que o regramento brasileiro concernente ao tratamento da prova ilícita determina o desentranhamento do produto probatório, todavia, silencia a respeito da manutenção do magistrado que com ela tem contato, aparentando, com isso, dar apenas meia solução a um problema especialmente relevante. Assim, tende-se a aceitar com relativa passividade tal opção legislativa, com a mera exclusão e destruição da prova e perpetuação do juiz na presidência do processo.

Derradeiramente, nada obstante tudo o que foi analisado, jurisprudência e doutrina nacionais acertadamente fazem distinção no tratamento dado à atividade probatória ilícita que se reverta em benefício da acusação ou do investigado, garantindo-lhes abordagem diversa, em homenagem aos princípios e objetivos processuais penais consagrados pela Carta Democrática de 1988.

3.1.1 A distinção de tratamento quanto ao sujeito beneficiado pela ilicitude

Como já fora dito acima, o objetivo estatal de apuração de ilícitos penais não se desvincula dos limites éticos e de lealdade, cabendo aos órgãos de investigação e acusação a busca dos elementos de prova dentro da moldura da licitude e do respeito aos direitos fundamentais do investigado. Já se observou antes o contrassenso que seria admitir que o Estado perpetrasse ilícitos, ou seja, delinquisse, a fim de formatar a culpa e punir delinquentes. Assim, fica assentado que a investigação dos fatos e a própria acusação não superam em importância a ética processual ou a tutela dos direitos fundamentais e da dignidade do investigado, elementos sempre centrais do processo penal.

¹⁰⁶ DEU, Teresa Armenta. **A Prova Ilícita: Um Estudo Comparado**. Trad: Nereu José Giacomolli. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 61.

A bem da verdade, tais referenciais de construção probatória constituem a regra geral no processo penal brasileiro. De fato, não faz o CPP distinção na sua redação entre as partes que porventura produzam provas ilícitas, sendo taxativo ao firmar a premissa de serem elas simplesmente inadmissíveis. Todavia, conquanto seja a lisura do curso processual um norte a ser seguido, guiando-se as partes pela lealdade processual e por uma certa moralidade na busca dos elementos de demonstração de suas respectivas teses, há outros fins do processo que não podem ser deixados de lado, simplesmente porque revelam-se mais urgentes e relevantes. É o caso do reconhecimento da inocência do réu, caso em que a regra encontrará, impreterivelmente, a sua exceção.

Caso a prova – ilícita – seja indispensável para a demonstração da inocência do investigado, portanto, garantindo-lhe a absolvição, jamais será possível desprezá-la, excluindo-a dos fólios, afinal, a realização da justiça não poderá, nesta hipótese, ceder ante a formalidade dispositiva legal¹⁰⁷.

Tal solução será capaz de proporcionar a harmonia entre os objetivos processuais e princípios constitucionais.

Saliente-se que parcela da doutrina sustenta não haver óbice para que se investigue a ilicitude que culminou na formação da prova, possibilitando-se que se persiga e, eventualmente, puna-se os envolvidos, caso se trate de ilícito de natureza criminal¹⁰⁸. Por outro lado, Aury Lopes Jr. parte da teoria de que, no momento da obtenção ilícita da prova, o agente estaria acobertado pelas excludentes de ilicitude da legítima defesa ou do estado de necessidade, ou, ainda, pela inexigibilidade de conduta diversa (excludente de culpabilidade), afastando-se a ilicitude da conduta e da própria prova¹⁰⁹.

Em idêntico sentido, Ricardo Melchior de Barros Rangel:

A teoria da proporcionalidade aplica-se com clareza quando a prova teoricamente ilícita é *pro reo*, não somente porque o Princípio da Ampla Defesa é assegurado a todos os acusados em processos judiciais, mas também porque, nestes casos, quando a prova teoricamente ilícita for colhida para ser usada na defesa, tem-se entendido que a ilicitude é

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 324.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 324.

¹⁰⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. – 9. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 597, *et. seq.*

eliminada por causas legais, como a legítima defesa ou estado de necessidade, que exclui a ilicitude do ato¹¹⁰.

Novamente, aqui, revelar-se-á a instrumentalidade do processo penal enquanto mecanismo de proteção do investigado e de inocentes, salvaguardando-lhes direitos fundamentais. A partir dessa perspectiva, não se pode convir com a desconsideração de uma prova apta a demonstrar a manutenção do estado de inocência do indivíduo, hipótese que conduzirá a sentença evidentemente injusta e condenação errônea, fundamentada apenas numa visão formal e legalista. Há sempre que se considerar os objetivos da criação legislativa e é inconcebível admitir que formalidades processuais se sobreponham à afirmação da inocência do cidadão.

No contexto apresentado, considerando-se que sequer a prova ilícita que demonstre a inocência do réu deverá ser extirpada dos autos – em clara exceção à regra geral do artigo 157 do Código de Processo Penal -, desnecessário questionar acerca da manutenção ou “desentranhamento” do magistrado que com ela tem contato. Por certo, em vistas dos objetivos do processo e princípios democráticos constitucionais, conforme os quais é intolerável que se condene um inocente, sendo esta a “mais abominável das violências”¹¹¹, poderão os fatos ali veiculados ser francamente utilizados como fundamento da sentença absolutória, não havendo necessidade de um novo juiz para o caso.

3.2 CONTAMINAÇÃO PSÍQUICA E COMPROMETIMENTO DA IMPARCIALIDADE

Não é novidade, a essa altura do desenvolvimento da dogmática e da ciência jurídica, que uma grande monta de fatores externos aos legitimamente incorporados aos autos pelos atores processuais influenciam a decisão do magistrado quando da solução de um caso penal. Aliás, já se discorreu acima acerca do erro, bem assim do reducionismo, que representa o desejo e a defesa por um juiz neutro. Não há

¹¹⁰ RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. **A Prova Ilícita e a Interceptação Telefônica no Direito Processual Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 83.

¹¹¹ GRECO FILHO, Vicente. **Tutelo Constitucional das Liberdades**. p. 112-113 *apud* FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 83.

neutralidade no ato de decidir demanda judicial, como, a propósito, não há em qualquer outra decisão que tome o ser humano.

Enquanto ser-no-mundo¹¹², o juiz não fica imune aos seus preconceitos e pré-compreensões a partir do momento em que assume a toga e se põe a exercer a jurisdição. Na verdade, um sem-número de aspectos extra-autos - emocionais, psicológicos, ideológicos, culturais, religiosos - dos quais ele não se poderá desfazer, estará a guiar e, de certa maneira, predeterminar sua decisão.

A essa gama de fatores, somam-se os elementos de prova produzidos no bojo do processo penal, transportados ao conhecimento do magistrado a fim de proporcionar-lhe a formação do saber jurisdicional, com o objetivo de viabilizar a reconstrução do fato histórico em julgamento - o delito. Para tanto, deverão ser levadas em conta tão somente as provas¹¹³ produzidas lícita e legitimamente, sob o crivo do contraditório e perante o juiz natural, respeitando-se o devido processo, único mecanismo hábil a legitimar o exercício de força característico da aplicação da lei penal. Esse seria o cenário ideal.

O que sucede, todavia, parece ser bem o oposto. Diante da admissão de que o ato decisório se desenrola através de um “complexo conjunto de fatores psicológicos”¹¹⁴, agregando-se a ele tudo o que o magistrado é e conhece, inegável que todo elemento levado à sua presença poderá (e deverá) ser considerado na formação do seu convencimento, inclusive as provas ilícitas e desentranhadas. Eis, pois, o busílis.

A esse respeito, Lopes Jr. é taxativo ao afirmar que “é obvio que o juiz que conheceu a prova ilícita não pode julgar, pois está contaminado”¹¹⁵, arrematando a

¹¹² HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. - Parte I. 2. Ed. - Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1988, p. 209, *et. seq.*

¹¹³ Adota-se aqui posicionamento guiado pelo ideal acusatório de processo penal, com base no qual consideram-se elementos de prova somente aqueles produzidos em juízo, garantido o contraditório constitucional, não participando deste conceito, portanto, os elementos de informação (atos de investigação), produzidos no inquérito policial, a toda evidência inquisitorial e despido de contraditório. Sob esse prisma, referidos atos possuem função meramente endoprocedimental e prestam-se apenas à formação do juízo do *dominus litis* acerca da formulação ou não da acusação, sendo imprestáveis para a formação do convencimento do Magistrado e embasamento de sentença penal condenatória (exceção feita aqui às provas técnicas irrepetíveis e às produzidas antecipadamente, nos termos do artigo 155 do Código de Processo Penal). Sobre o tema, indispensável a leitura da obra de LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. - 6. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

¹¹⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. - 9. Ed. rev. E atual. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 607.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 605.

questão de maneira acachapante: “não basta desentranhar a prova; deve-se ‘desentranhar’ o juiz!”¹¹⁶.

Destarte, parece evidente que, uma vez conhecidas determinadas provas, não mais será possível ao juiz (ser humano) extirpar de si a consciência acerca do que conheceu e julgar na contramão do seu arcabouço cognitivo. Esperar tamanha fibra do magistrado seria ignorar sua humanidade e suas fraquezas, pressupondo racionalidade e controle tais sobre seus atos (e impulsos) que lhe confeririam a capacidade de dominar seus pré-conceitos e pré-juízos, permitindo-lhe, invariavelmente, controle absoluto do objeto de conhecimento. Juízes não são heróis, contudo, são apenas homens e possuem, inextrincavelmente, em si as virtudes e os defeitos mais característicos dos seus iguais.

Por esse motivo não soa razoável ou suficiente a solução dada pelo Código de Processo Penal de 1941, cujo artigo 157, ao tratar timidamente da questão das provas ilícitas, determina sejam elas desentranhadas dos fólios. Em verdade, a redação legal muito parcamente soluciona o problema da ilicitude das provas em processo penal, aparentando tratar-se de mero jogo de cena, afinal, deixa de considerar ponto central da problemática, qual seja, o próprio juiz, agora contaminado.

Tal viés, é bom que se diga, relaciona-se com o enfrentamento da questão da imparcialidade através de uma aproximação subjetiva, conforme a bipartição encampada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Como dito, poder-se-ia afirmar que a perda da imparcialidade subjetiva se dá, pois, quando determinada circunstância fática interfere na convicção pessoal do Magistrado, contaminando os seus sentimentos e reflexões de foro íntimo quanto a determinado fato¹¹⁷. É exatamente o cenário ora retratado.

A conjectura detalhada, portanto, já seria suficiente para justificar a necessidade de substituição do julgador que tem contato com a prova ilícita, refutando-se, então, certo ponto de vista característico da filosofia da consciência, sobre o qual trata Geraldo Prado:

¹¹⁶LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. – 9. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 605.

¹¹⁷ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo penal: da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. – 2. Ed. ver. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 93.

A superioridade intelectual, moral, jurídica e política do juiz em relação aos demais personagens do processo penal está implícita no raciocínio peculiar à filosofia da consciência e isso somente é possível porque se parte da premissa de uma separação entre sujeito e objeto do conhecimento, atribuindo-se ao primeiro (juiz criminal) o *poder*, derivado da consciência da razão, de submeter (sujeitar) o objeto de conhecimento¹¹⁸.

Com efeito, talvez o mais coerente, nesse caso, seria afastar o juiz, como forma de preservar a justeza da solução final do processo, inclusive permitindo ao investigado julgamento por magistrado que detenha a isenção necessária para tanto. Somente assim estaria viabilizada a imparcialidade e tranquilidade psicológica do juiz, garantindo-se trato digno e respeitoso para o acusado¹¹⁹.

Nem se diga, aqui, que a fundamentação decisória seria capaz de extirpar tais celeumas, conferindo higidez à decisão e devolvendo-lhe a legitimidade, vez que tal solução (a mais fácil, de fato) é meramente formal e algo reducionista, pois ignora a face retórica da construção da sentença, capaz de esconder os reais motivos por trás da tomada de decisão. Sobre tal se aprofundará mais à frente, contudo.

Por fim, nesse ponto, indispensável trazer à colação tema que, ainda que não nitidamente, possui íntima vinculação com as questões que ora se debate. Trata-se da relação entre a busca da (mitológica) verdade no processo penal, o posicionamento da gestão da prova nas mãos do magistrado e a dualidade entre os sistemas processuais acusatório/inquisitório.

É tema largamente enfrentado na doutrina a possibilidade de produção de provas de ofício pelo juiz do caso penal, havendo posicionamentos igualmente respeitáveis seja qual for a vertente adotada pelo autor.

Acredita-se que a gênese da divergência se encontra na determinação da função última do processo, ou seja, no desvelamento acerca de qual a finalidade da atividade probatória e o que se objetiva alcançar ao final do curso processual, de modo que em especificar do que a sentença é expressão reside o ponto fulcral da problemática. Desse modo, existirão autores¹²⁰ que defenderão como mote

¹¹⁸ PRADO, Geraldo. **Prova e Sistema de Controles Epistêmicos: A Quebra da Cadeia de Custódia das Provas Obtidas por Métodos Ocultos**. – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 30, *et. seq.*

¹¹⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional v. I**. – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 59.

¹²⁰ Do que são exemplos GRINOVER, Ada Pellegrini. **Verdade Real e Verdade Formal? Um Falso Problema**. *In Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em Homenagem ao Professor Michele Taruffo*. Coord. Flávio Cardoso Pereira. – 1. Ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2016 e

fundamental do processo penal a perseguição da verdade ou da certeza jurídica (que nada mais será do que uma categoria semelhante¹²¹ e igualmente excessiva, como é o caso de Francesco Carnelutti¹²²), finalidade que será a responsável por legitimar a decisão judicial e promoverá o atingimento da paz social mediante a efetivação das normas de direito material e da “justa sentença”¹²³.

Com base na referida mentalidade, se advogará a tese de que, como a finalidade do processo é a determinação da verdade (formal ou processual), caberá ao juiz persegui-la, afinal de contas, como último responsável pela prestação jurisdicional, não poderá assumir postura passiva e emanar solução que não corresponda à realidade dos fatos. Em síntese, diz Ada Pellegrini Grinover que “o juiz só pode buscar a verdade processual, que nada mais é do que o estágio mais próximo possível da certeza. E para que chegue a esse estágio, deve ser dotado de iniciativa probatória”¹²⁴.

Dirá, então, Marco Antônio de Barros que “por isso o juiz pode, desde que no âmbito da estrita legalidade, ampliar o conjunto de provas que mereçam ser produzidas no

PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹²¹ Sobre o tema, Salah H. Khaled Jr: “a burla de etiquetas que aqui identificamos reside no fato dos autores conceberem o juiz como destinatário da prova, mas simultaneamente valarem-se da certeza de forma praticamente equivalente à verdade, o que acaba por reproduzir a mesma lógica centrada no signo do *Mesmo* e que permitirá que o juiz parta em busca da certeza (que acaba tendo significado idêntico ao da verdade)”. KHALED JR., Salah H. **O Caráter Alucinatório da Evidência e o Sentido da Atividade Probatória: Rompendo Com a Herança Inquisitória e a Filosofia da Consciência**. In **Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em Homenagem ao Professor Michele Taruffo**. Coord. Flávio Cardoso Pereira. – 1. Ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 315.

¹²² É o que explica Aury Lopes, ao indicar que “Propõe Carnelutti o abandono da noção de verdade e sua substituição por certeza (jurídica). Mas isso resulta numa mera substituição por outra categoria igualmente excessiva: certeza. Com o atual nível de evolução da ciência, especialmente da física quântica, operou-se o ‘fim das certezas’, como definiu PRIGOGINE”. LOPES JR., Aury. **O Problema da “Verdade” No Processo Penal**. In **Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em Homenagem ao Professor Michele Taruffo**. Coord. Flávio Cardoso Pereira. – 1. Ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 73.

¹²³ Elucidativo sobre o tema o seguinte excerto de Eugênio Pacelli: “O mais importante de tudo isso, ao fim e ao cabo, é que o Estado de Direito não pode abrir mão da realização daquilo que entende e consagra por *concretização dos direitos fundamentais*, ainda que pela via judicial e ainda que pela via coercitiva, como sói acontecer com o direito penal e o processo penal. De tudo resulta, então, que a verdade material ou os procedimentos e regras voltados para a construção da certeza judicial também se incluem como função e como missão do aparato normativo estatal, ocupando os mesmos níveis de relevância de outros direitos e garantias individuais.” PACELLI, Eugênio. **Verdade Judicial e Sistema de Prova no Processo Penal Brasileiro**. In **Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em Homenagem ao Professor Michele Taruffo**. Coord. Flávio Cardoso Pereira. – 1. Ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, *et. seq.*

¹²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Verdade Real e Verdade Formal? Um Falso Problema**. In **Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em Homenagem ao Professor Michele Taruffo**. Coord. Flávio Cardoso Pereira. – 1. Ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 13.

curso da instrução do processo, visto que a sua iniciativa se dá em favor do descobrimento da verdade”¹²⁵.

Tal postura, diga-se, é a abraçada pelo Código de Processo Penal brasileiro, que confere expressamente poderes instrutórios ao juiz, entregando-lhe a gestão da prova¹²⁶. Partindo-se desse ponto de vista, é evidente a aproximação do ideal processual brasileiro com o modelo inquisitório, onde inexistente processo de partes, descendo o magistrado da sua necessária posição de alheamento e passando a participar na arena de disputa que deveria ser exclusiva dos sujeitos em combate.

O que sucede e é digno de crítica, entretanto, é a potencialidade de haver, mediante tal funcionamento, uma confusão entre papéis processuais, apta a macular a imparcialidade do magistrado. Como bem sintetizou Franco Cordero, citado por Aury Lopes Jr., a atribuição de poderes instrutórios ao Magistrado dá azo ao “*primato dell’ipotesi sui fatti, gerador de quadri mentali paranoidi*”¹²⁷, ou seja, um primado das hipóteses sobre os fatos. Conclui, então, Lopes Jr.:

Isso significa que 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). O Juiz, nesse cenário, passa a fazer quadros mentais paranoicos¹²⁸.

Ora, assumindo-se tal premissa como ponto de partida, se do simples ato de buscar a produção de determinada prova já se pode presumir uma tomada de decisão anterior, servindo o elemento probatório perseguido apenas como forma de justificar e legitimar opção anterior, o que dizer, então, do juiz que, somando-se a este poder inquisitorial conferido pelo CPP, teve franqueado acesso a provas ilícitas?

Salta, pois, aos olhos a obviedade de que o juiz, possuidor de tão excepcionais poderes e já tendo a sua convicção contaminada pelo contato com a prova ilícita (ainda que desentranhada dos autos), terá grande facilidade e tenderá a partir em

¹²⁵ BARROS, Marco Antônio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. - 3. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 134.

¹²⁶ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

¹²⁷ CORDERO, Franco. **Guida Alla Procedura Penale**. Torino: Utet, 1986, p. 51 *apud* LOPES Jr., Aury. **O Problema da “Verdade” No Processo Penal**. *In Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em Homenagem ao Professor Michele Taruffo*. Coord. Flávio Cardoso Pereira. – 1. Ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 64.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 64, *et. seq.*

busca de evidências que lhe permitam confirmar a tese já por si elaborada, ao mesmo tempo em que, ainda que de forma inconsciente, inclinar-se-á a ignorar ou dar interpretação menos favorável àquelas provas que contrariem o seu juízo preliminar. Trata-se de manifesto prejuízo para o investigado, derivado dos pré-juízos do julgador¹²⁹.

Nessa ótica, vislumbra-se aquilo que Ricardo Jacobsen Gloeckner denominou “tendências confirmatórias ou *confirmation bias*”¹³⁰. Apesar de longa, fundamental a citação do autor:

Esta tendência confirmatória da decisão pode ser definida como um atalho cognitivo ou heurístico que simplifica determinadas funções inferenciais. Este atalho (*shortcut*) conduz a decisões mais pobres pelo fato de que a informação trazida para apreciação do julgador não é avaliada em toda a sua complexidade. Este processo ocorre por que existem determinadas crenças inerentes a cada sujeito geradoras da tendência de se interpretar o conjunto informacional de acordo com o quadro das preferências ou pre-compreensões, sendo, portanto, toda e qualquer decisão que se tome, inevitavelmente parcial¹³¹.

O magistrado, logo, naturalmente apresentará predisposição a buscar e avaliar os elementos informacionais de modo a confirmar as suas crenças precedentes, a fim de evitar sentimentos de dissonância (geradores de desconforto) e aproximar-se daqueles que lhe sejam consonantes (permanência na zona de conforto). Assim, prossegue Ricardo Gloeckner, “com relação à seletividade da informação a ser colhida, há a tendência de se preferir determinados meios de confirmação da hipótese com a qual se trabalha, em detrimento dos meios que podem infirmá-la”¹³².

Não é exagero, enfim, afirmar que os poderes instrutórios conferidos pelo art. 156, e incisos, do Código de Processo permitem que o juiz que já formou o seu convencimento possa livremente levar em conta os fatos articulados pela prova ilícita, ainda que desentranhadas, buscando produzir dados que sirvam para confirmar aquilo que foi inutilizado processualmente. A solução legal será absolutamente ineficaz, à vista disso.

¹²⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. – 9. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 139.

¹³⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Prisões Cautelares, Confirmation Bias e o Direito Fundamental à Devida Cognição no Processo Penal**. In **Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em Homenagem ao Professor Michele Taruffo**. Coord. Flávio Cardoso Pereira. – 1. Ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

¹³¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Prisões Cautelares, Confirmation Bias e o Direito Fundamental à Devida Cognição no Processo Penal**. In **Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em Homenagem ao Professor Michele Taruffo**. Coord. Flávio Cardoso Pereira. – 1. Ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 275

¹³² *Ibidem*, p. 278.

Eis porque a lógica da contaminação psíquica do juiz pelo contato com a prova ilícita no contexto inquisitorial brasileiro é especialmente preocupante. Não apenas o magistrado que a conhece permanecerá oficiando nos autos até sentença final, como é tradicionalmente exortado pela doutrina, bem como pela própria legislação adjetiva, a buscar a verdade dos fatos, assumindo postura ativa na busca de provas. As mesmas provas que fundamentarão a sua tomada de decisão e que tenderão a ser buscadas de acordo com a convicção já formada, a fim de confirmar as hipóteses prévias, ignorando-se ou malferindo aquelas que as contradigam. Transforma-se, então, o processo penal em mero engodo protocolar, abandonando-se sua face de garantia de liberdades e tornando-se simples ritual confirmatório das pré-concepções criadas pela prova ilícita no Juiz. Nessa ambiência muito pouco importam os esforços do investigado, porque a decisão já foi tomada.

3.3 A EROSÃO DA APARÊNCIA DE IMPARCIALIDADE DO JUIZ QUE TEM CONTATO COM A PROVA ILÍCITA: A DESNECESSIDADE DE FORMULAÇÃO DE JUÍZOS SUBJETIVOS E A ADEQUAÇÃO DA DOCTRINA DO TEDH

É bem verdade que em contexto diverso se situou a construção da doutrina bidimensional da imparcialidade (subjetiva e objetiva), tendo sido ela elaborada em vistas de casos levados à jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em que se questionava acerca da possibilidade de compatibilização das funções de investigar e julgar por parte dos magistrados. Nada obstante, será possível que idêntico raciocínio se aplique para as hipóteses em que se verifique, no caso concreto, a contaminação (objetivamente considerada) do juiz em razão do seu contato com a prova ilícita.

Com efeito, a finalidade da transformação de paradigma empreendida pelo TEDH¹³³, conforme dito alhures¹³⁴, não pode ser interpretada restritivamente, mas lhe deve ser

¹³³ Convém comentar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já vem adotando a dimensão bipartida de imparcialidade, conforme se nota do caso *Apitz Barbera y otros vs Venezuela*, levado a julgamento em 05 de agosto de 2008. Nestes termos se manifestou a Corte: “A imparcialidade exige que o juiz que intervém numa contenda específica se aproxime dos fatos da causa carecendo, de maneira subjetiva, de todo prejuízo y, igualmente, oferecendo garantias suficientes de índole objetiva que permitam afastar toda dúvida que o justificável ou a comunidade possam ter a respeito da ausência de imparcialidade”. (tradução do autor). “la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contenda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de

conferida a maior abrangência possível, afinal, o desiderato é proteger a imparcialidade da jurisdição, pressuposto basilar do justo processo.

No tocante, ressaltando a relevância da imparcialidade e a inviabilidade de sua restrição, André Machado Maya consigna que:

A propósito do artigo 6.1 da CEDH, Barreto destaca que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos elevou a garantia de um processo equitativo ao patamar de direito fundamental de preeminência do Direito, de modo a orientar que a interpretação do citado dispositivo legal seja sempre pela maior eficácia possível da norma que dele se extrai, afigurando-se contrária ao sentido do texto qualquer interpretação restritiva que dele se tente fazer¹³⁵.

Inicialmente, porém, curial que se debruce sobre alguns casos paradigmáticos em que foi afirmada e reafirmada a existência da imparcialidade em dois vetores distintos, o objetivo e o subjetivo. A relevância aqui se manifesta em decorrência da importância da compreensão da construção histórica da subdivisão encampada pela Corte de Estrasburgo para que se afira as premissas lá fixadas.

Em 1982 foi julgado no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos o caso Piersack vs Bélgica, feito que acabou por se tornar tão marcante no tocante ao debate da imparcialidade judicial, que serviu de referência para uma série de outros que se seguiram ao seu enfrentamento por aquela Corte Internacional. No processo aqui referenciado, colocava-se como questão central o possível desrespeito ao direito a ser julgado por tribunal independente e imparcial, reclamada por Christian Piersack, ao ter sido submetido a julgamento (e condenado) na Bélgica em audiência presidida por juiz que compunha os quadros do Ministério Público durante a fase de instrução processual. Desse modo, se alegou a vulneração do direito a um processo equitativo, posto que a imparcialidade do Tribunal que se manifestou sobre a questão de fundo podia ser colocada em dúvida¹³⁶.

todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidade”. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf. Acesso em: 31 de jan. 2017

¹³⁴ Ver capítulo 2.5.

¹³⁵ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal: Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. – 2. Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 92.

¹³⁶ “Un ciudadano belga presenta una demanda contra Bélgica por la ausencia de un «tribunal independiente e imparcial establecido por la ley», en el curso del proceso en el que estaba implicado, puesto que el Presidente de la Audiencia que juzga y condena al demandante por un delito de asesinato había formado parte del Ministerio Público en la fase de instrucción de su caso. Se alega la vulneración del derecho a un proceso equitativo, puesto que la imparcialidad del tribunal que resolvía sobre el fondo podía ser sometida a duda”. Disponível em:

Desse modo, “considerou a Corte que o fato de um juiz ter exercido antes, e no mesmo procedimento, as funções do Ministério Público, autoriza a sociedade em geral, e o réu, em particular, a temer que ele não ofereça garantias suficientes de imparcialidade¹³⁷”. Conforme salienta Maya, o Tribunal considerou tão aviltada a garantia da imparcialidade no caso em comento que afirmou a desnecessidade de analisar, inclusive, se o magistrado, quando no exercício de função ministerial, efetivamente praticou algum ato de investigação, bastando, para a aferição objetiva do desmoronamento da aparência de imparcialidade, o fato de ele ter sido o coordenador da seção responsável pela investigação dos fatos imputados ao réu¹³⁸.

Noutra ocasião, em 20 de outubro de 1984, foi levado a julgamento o caso de *Cubber vs Bélgica*. Na ocasião, foi mais uma vez colocado em foco o enfraquecimento da aparência de imparcialidade do julgamento levado a cabo por tribunal no qual constava entre seus membros juiz que havia previamente instruído o processo. Naquele julgamento, a Corte recordou que:

A imparcialidade pode ser apreciada desde uma dupla perspectiva, subjetiva (que trata de determinar o que um juiz pensa em seu foro íntimo) e objetiva (que atende a considerações de caráter funcional e orgânico e se dirige a comprovar se um juiz oferece garantias suficientes para excluir toda dúvida legítima de parcialidade)¹³⁹.

Por fim, não excede trazer à colação outro processo de notável relevância para a constituição do posicionamento da Corte de Estrasburgo. Trata-se do caso *Hauschild vs Dinamarca*¹⁴⁰.

Na hipótese, o TEDH considerou objetivamente justificada a perda da imparcialidade do julgador que, posteriormente à manutenção, por vinte vezes, da prisão cautelar

<<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/6caso-piersack-contra-belgica-derecho-a-un-proceso-independiente-e-imparcial.pdf>>. Acesso em: 31 de jan. 2017.

¹³⁷ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal: Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. – 2. Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 97.

¹³⁸ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal: Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. – 2. Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 97.

¹³⁹ “El Tribunal, tras recordar que la imparcialidad puede apreciarse desde una doble perspectiva, subjetiva (que trata de determinar lo que un juez piensa en su fuero interno) y objetiva (que atiende a consideraciones de carácter funcional y orgánica y se dirige a comprobar si un juez o tribunal ofrece garantías suficientes en orden a excluir toda duda legítima de parcialidad)” (tradução de autor). Disponível em: <

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["SPA"\],"appno":\["9186/80"\],"documentcollectionid":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-165125"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em: 31 de jan. 2017.

¹⁴⁰ Disponível em: < [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["10486/83"\],"itemid":\["001-57500"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em: 31 de jan. 2017.

do investigado, participou da sessão de julgamento como magistrado togado¹⁴¹. Afirmou o Tribunal, sucintamente, que a natureza das decisões sobre a prisão preventiva do réu é capaz de denotar um pré-julgamento, situação que legitima suspeitas acerca da isenção que ele deve manter para o julgamento final do feito¹⁴².

Note-se, porque essencial, que, a toda evidência, sempre se pretendeu resguardar a imparcialidade do provimento judicial, garantindo-se ao jurisdicionado magistrado que conduza o processo de maneira equidistante, não antecipe o julgamento de mérito e tenha a capacidade de manter a aparência de imparcialidade. O epicentro da tendência europeia é assegurar que não haja fatos, desde uma perspectiva objetiva, que possam ensejar suspeitas legítimas quanto à parcialidade do juiz, sendo incompatível com a garantia em espeque qualquer interpretação que restrinja o seu alcance.

A finalidade é que, enquanto garantia de especial relevância para a democracia, a tutela da imparcialidade seja enfrentada da forma mais efetiva possível, como mecanismo a inspirar confiança na sociedade e nos acusados¹⁴³.

Partindo-se do pressuposto de que, malgrado seja importante conhecer os casos de fundo sobre os quais se erigiu a doutrina abraçada pelo TEDH, o fundamental é internalizar e dominar o seu objetivo e os seus fundamentos, de rigor reclamar sua transposição para o ordenamento brasileiro e, mais especificamente, para o tratamento dispensado à prova ilícita no processo penal.

Não é razoável, como se disse, restringir a aplicabilidade de tão caro princípio à democratização processual. Desse modo, após consignar que a imparcialidade implica a isenção do julgador em relação à matéria em disputa e às partes (estado que vai sendo superado no decorrer do processo), bem esclareceu Ronnie Duarte ao manifestar que “se o juiz, por qualquer razão que seja, não se apresentar nessa

¹⁴¹ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal: Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. – 2. Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 98.

¹⁴² Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["SPA"\],"appno":\["10486/83"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-164742"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 31 de jan. 2017

¹⁴³ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal: Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. – 2. Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 92.

situação inicial, a relação processual já nasce viciada, com a balança da justiça se inclinando em favor de uma das partes”¹⁴⁴.

Já se teve a oportunidade de tratar das muitas razões para se acreditar na contaminação psíquica que acomete o julgador que conhece da prova ilícita¹⁴⁵. Inobstante, toda a evolução da dogmática processual informa que não basta perscrutar acerca do foro íntimo do magistrado; aliás, isso sequer é necessário. Referida empreitada será ingrata, extenuante, pouco frutífera e, ao cabo, ineficaz. É necessário, isto sim, que se aceite a objetivação da imparcialidade, para que se reconheça que o intérprete que tem acesso aos dados coletados por meio de provas ilícitas não oferece garantias suficientes acerca da sua imparcialidade. Ao contrário, a razoabilidade e o bom senso insistirão em cobrar a admissão de que referido juiz não conserva aparência de imparcialidade, senão que exterioriza e é circundado por dúvidas e suspeitas quanto à inexistência de pré-juízos, motivo pelo qual se imporá o seu “desentranhamento” do processo.

Toda a ideia em derredor da imparcialidade judicial gravita em torno da necessidade de buscar mecanismos para atribuir o julgamento dos casos penais a indivíduos que o possam apreciar com a maior objetividade possível¹⁴⁶. Ao cabo, portanto, a pergunta que remanesce na hipótese do juiz que conheceu da prova ilícita é: será ele capaz de passar no teste objetivo de imparcialidade e manter a aparência e a confiança dos jurisdicionados de que julgará desconsiderando tudo aquilo que a prova veiculou? Acredita-se que a melhor resposta seja negativa, haja vista que, concreta e objetivamente avaliado, pululam os receios e a sua credibilidade para decidir é posta em xeque, o que é suficiente para tornar qualquer sentença que dele emane ilegítima.

A alternativa apresentada volta-se à finalidade de tornar mais efetivo o direito à jurisdição imparcial, por isso bastará que “a imagem do juiz tenha resultado, em termos sociais, afetada”¹⁴⁷, para que se exija o seu afastamento. Diz-se isso

¹⁴⁴ DUARTE, Ronnie Preuss. **Prejulgamento e a Garantia de Imparcialidade Objetiva do Julgador**. In: **Processo Civil: Aspectos Relevantes**. Coord: Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte. – São Paulo: Editora Método, 2006, p. 246.

¹⁴⁵ Ver capítulo 3.2.

¹⁴⁶ PRADO, Geraldo. **A Imparcialidade e os Poderes de Instrução no Caso Lava Jato: Para Além da Iniciativa Probatória do Juiz**. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 24, v. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 135.

¹⁴⁷ GARCÍA, Javier Hernández. **El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y El Derecho a un Proceso Penal Equitativo. Derecho Penal Europeo**. Jurisprudencia del TEDH. **Sistemas Penales**

precisamente porque a legitimidade do Poder Judiciário encontra-se visceralmente associada à capacidade de seus órgãos de atingir resultados justos, de modo que o comprometimento da imparcialidade consistiria em duro golpe à própria credibilidade daquele Poder¹⁴⁸.

Enfim, podendo-se sintetizar a imparcialidade como a “ausência de prejuízos”¹⁴⁹, será ela legitimamente questionável quando se admite julgamento por juiz que pode ter fundado sua convicção em provas ilícitas.

Ademais, convém não esquecer que já há muitos anos se firma a concepção de que as aparências são importantes e, precisamente por isso, não só se deve fazer justiça, senão parecer que se a fez, com o fundamental objetivo de salvaguardar a confiança dos justicáveis nos órgãos judiciais¹⁵⁰. Desrespeitadas as balizas comentadas, o que se logrará será tão-somente o prestígio do decisionismo, da tirania e do autoritarismo.

Europeos. Estudios de Derecho Judicial 155 2009 – Madrid: Consejo General Del Poder Judicial. *Apud* PRADO, Geraldo. **A Imparcialidade e os Poderes de Instrução no Caso Lava Jato: Para Além da Iniciativa Probatória do Juiz.** *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 24, v. 122.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 158

¹⁴⁸ DUARTE, Ronnie Preuss. **Prejulgamento e a Garantia de Imparcialidade Objetiva do Julgador.** *In: Processo Civil: Aspectos Relevantes.* Coord: Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte. – São Paulo: Editora Método, 2006, p. 245.

¹⁴⁹ ROCA, Javier García; ZAPATERO, José Miguel Vidal. **El Derecho a un Tribunal Independiente e Imparcial (Art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).** *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional.* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 281.

¹⁵⁰ “Las apariencias son importantes para valorar si un Tribunal es imparcial, no sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace con el fin de salvaguardar la confianza de los justiciables en los órganos judiciales”. ROCA, Javier García; ZAPATERO, José Miguel Vidal. **El Derecho a un Tribunal Independiente e Imparcial (Art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).** *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional.* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 282.

4 O CONTEXTO BRASILEIRO: DA INEXISTÊNCIA DE RESPOSTA À SOLUÇÃO POSSÍVEL

Ora, parece extenuante de dúvidas, a essa altura, que é necessário dispensar atenção ao desmoronamento da imparcialidade judicial quando o órgão judicial tem acesso franqueado aos elementos de prova ilicitamente angariados. Diversas são as razões para suspeitar da posição de equidistância dele esperada quando hipótese semelhante se apresenta no processo.

Todavia, não basta reconhecer o problema, senão que é indispensável buscar soluções voltadas à preservação do julgamento imparcial.

Assim, é natural que surja a seguinte dúvida: há, no Brasil, solução direcionada à pacificação dessa problemática situação? Teme-se dizer que, a princípio, a resposta será negativa.

Falta ao ordenamento brasileiro saída legislativa expressa, mas não é admissível a resignação com o estado atual da arte e, por isso mesmo, impõe-se a urgência pela pesquisa dos desenlaces possíveis.

4.1 A INSUFICIÊNCIA RESOLUTIVA DA FUNDAMENTAÇÃO DECISÓRIA

Sem dúvidas, o dever de fundamentação das decisões judiciais constitui importante avanço no sentido da construção e manutenção de um processo democratizado, positivando-se, com a inserção de tal princípio na Constituição da República, a indispensabilidade de que o juiz decline no édito condenatório (ou absolutório), de forma minudenciada, as razões, de fato e direito, que o conduziram àquela conclusão.

A busca, em última análise, é pela transparência da decisão judicial, franqueando-se aos jurisdicionados o conhecimento da *ratio decidendi*, ou seja, das próprias razões de decidir do intérprete, bem assim pelo resguardo do devido processo legal, que possui como um de seus pilares básicos a exposição dos motivos decisórios. Trata-se a justificação, enfim, do sinal mais fundamental e típico da racionalização da função jurisdicional¹⁵¹, ou, em outras palavras, “o fato de decidir juridicamente é um discurso racional, pois dele se exige fundamentação”¹⁵² e “para ser racional, o discurso decisório tem de estar aberto à possibilidade de questionamento”¹⁵³.

Em termos históricos, a obrigação imposta aos julgadores de motivação das sentenças judiciais, como mecanismo a garantir a democracia processual, teve evolução lenta, acidentada e extenuante, remontando a tentativa inaugural de efetivar referida exigência à Idade Média, durante a Santa Inquisição. Nada obstante, conforme relata Érica de Oliveira Hartmann, a investida teve vida curta, em face do grande narcisismo dos magistrados da época¹⁵⁴. Somente com a Revolução Francesa, prossegue a autora, a necessidade de fundamentação das decisões começa a assumir os contornos hodiernos, passando-se, então, a ponderar acerca da importância do controle, a ser desempenhado pela sociedade, do poder exercido pelos juízes, enquanto representantes do Estado¹⁵⁵, através das sentenças judiciais^{156/157}.

¹⁵¹ SOSA, Angél Landoni. **La Motivación de las Decisiones Judiciales**. In: **Argumentación Jurídica y Motivación de las Resoluciones Judiciales**. Coord: Giovanni Priori Posada. Lima: Palestra, 2016, p. 85

¹⁵² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. – 7. Ed. – São Paulo: Atlas, 2013, p. 299.

¹⁵³ *Ibidem*, *loc. Cit.*

¹⁵⁴ HARTMANN, Érica de Oliveira. **A Parcialidade do Controle da Motivação das Decisões**. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 83.

¹⁵⁵ “Em um plano ideal, o Poder Judiciário é a voz do estado de direito e por suas decisões a ordem jurídica encontra a necessária proteção”. PRADO, Geraldo. **O Dever de Fundamentação Reforçada**

A construção histórica da relevância e da indispensabilidade da motivação das decisões judiciais encontra-se também visceralmente relacionada à evolução dos modelos de formação da convicção do próprio convencimento judicial; da passagem dos juízos de Deus e das ordálias até a consagração do livre convencimento motivado.

Não é novidade que um dos mais remotos sistemas de valoração das provas foi aquele que se convencionou chamar de “juízos de Deus”, presente na antiguidade, quando havia forte influência do misticismo religioso em todos os campos da vida dos indivíduos, inclusive na decisão dos conflitos. Consistia tal sistema na “devolução a Deus da decisão sobre a controvérsia. Foi assim que surgiram as ordálias [...] método que consistia em invocar-se o poder de Deus (autor das leis) para revelar o culpado e puni-lo”¹⁵⁸. Com base nos “juízos de Deus”, os acusados eram submetidos a verdadeiras provações físicas, das quais, acaso saíssem ilesos, estar-se-ia provada a sua inocência. Representativa da vontade de Deus, tais decisões não careciam de justificação.

Após a superação da fase histórica marcada pelas insensatas ordálias, instituiu-se a valoração da prova com base apenas na íntima convicção do julgador, método segundo o qual era privilegiada a extrema liberdade do juiz, ficando submetido ao

das Decisões no Âmbito das Medidas Cautelares Penais. In: Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em Homenagem ao Professor Michele Taruffo. Coord.: Flávio Cardoso Pereira. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 117.

¹⁵⁶ HARTMANN, Érica de Oliveira. **A Parcialidade do Controle da Motivação das Decisões.** – Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 84.

¹⁵⁷ Sem embargo, a Prof. Dra., já declinando interessante crítica acerca do tema, observa que: “em 1795, com a Constituição Francesa do ano III, houve a consolidação do dever de motivar. Em seu art. 208 dispunha: ‘os julgamentos serão motivados e devem ser declarados os termos da lei aplicada’. Na verdade, tal dispositivo veio, sobretudo, assegurar a recém-estabelecida divisão de poderes, com a evidente imposição da idéia de que a atividade judiciária seria secundária à legislativa. Conforme assevera MARIANO MENNA, naquele momento histórico certamente a motivação servia à possibilidade de controle da atividade judiciária pelo povo, mas sobretudo se destinava a confirmar a supremacia do Poder Legislativo francês. Com efeito, ao que parece, o que se almejava com a justificação judicial era apenas a possibilidade de se conferir se o juiz havia feito uma correta aplicação da lei, pelo próprio Estado, ficando em segundo plano a nobre idéia – quiçá demagógica – de que a sociedade poderia controlar o poder por ela delegado ao Estado - a conhecida versão política do dever de motivar. É de fundamental importância ressaltar, por fim, que toda essa motivação das decisões, agora exigida, dizia apenas e tão-somente com o direito, ainda não se falando de justificação quanto aos fatos”. HARTMANN, Érica de Oliveira. **A Parcialidade do Controle da Motivação das Decisões.** – Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 83.

¹⁵⁸ BARROS. Marco Antonio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal.** – 3. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 301.

seu exclusivo critério e arbítrio a admissibilidade, colheita e avaliação do conjunto probatório¹⁵⁹.

Esse modelo, claramente desapegado de métodos de controle e sem qualquer limitação ao poder de julgar, só durou até certo momento, tendo-se notado a urgência de impor aos juízes limitações a fim de conter seus abusos. Nesse contexto, passou-se à tarifação das provas, extremo oposto à convicção íntima e fundado na prévia e hierarquizada determinação do valor de cada prova a ser produzida, tolhendo-se, assim, qualquer liberdade criativa e valorativa do intérprete. Enfim, a apreciação do conjunto probatório era restringida segundo o valor aprioristicamente tarifado em lei¹⁶⁰.

Finalmente, o progresso da ciência jurídica revelou que qualquer dos extremos acima comentados seria vetor de injustiças, falhando ambos em dar solução adequada às controvérsias apresentadas em juízo. Prosperou, desse modo, a ambiência fértil ao desenvolvimento do modelo decisório que se tem consagrado hoje na maior parte dos países fundados no princípio democrático: a persuasão racional ou livre convencimento motivado. Aqui, realmente, expande-se a necessidade da motivação das decisões, abandonando-se antigas fórmulas e obrigando o juiz a assumir postura crítica na avaliação das provas produzidas pelas partes. Na esteira da persuasão racional, “o juiz realiza um exame crítico racional e psicológico do conjunto probatório”¹⁶¹, todavia, “sem descartar o emprego de leis científicas e regras de experiência comuns a todo homem”¹⁶².

Restringindo-se a análise ao contexto brasileiro, nem sempre a justificação judicial foi exigida, tendo-se oscilado entre previsões expressas da necessidade de motivação e o silêncio legislativo.

Um breve esboço histórico demonstrará que as Ordenações Filipinas e Manuelinas continham em seu corpo disposições no sentido de que os juízes, ao decidir, deveriam declinar suas razões para tanto. A seu turno, na seara criminal especificamente, o Código Criminal de 1832 foi silente quanto ao assunto,

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 303.

¹⁶⁰ BARROS. Marco Antonio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. – 3. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 304.

¹⁶¹ BARROS. Marco Antonio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. – 3. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 306.

¹⁶² *Ibidem*, *loc. Cit.*

notadamente porque, devendo as decisões ser realizadas por Tribunal do Júri, imperava no contexto da época a convicção íntima. Somente com o Código de Processo Penal de 1941¹⁶³ é retomada a exigência expressa de motivação das decisões judiciais, encarada como um dos requisitos fundamentais da sentença¹⁶⁴.

Deveras, a exposição de motivos do CPP de 08 de setembro de 1941 assim dispôs:

A sentença deve ser motivada. Com o sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena, consagrado pelo novo Código Penal, e o do livre convencimento do juiz, adotado pelo presente projeto, é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento.

Em termos constitucionais, a exigência passou a ser expressamente contemplada a partir da Carta Democrática de 1988, a teor do que dispõe o seu artigo 93, IX¹⁶⁵, reforçando-se o seu valor enquanto princípio informador da Administração Pública e do Judiciário, bem assim como forma de preservar o devido processo legal. Em síntese, o princípio constitucional em debate se traduz no imperativo de que todos os atos e decisões emanados da Administração Pública estejam devidamente fundamentados¹⁶⁶, condição sem a qual serão nulos.

Em interessante passagem, Alexandre Freitas Câmara informa serem duas as preocupações nucleares a ensejar a tão relevante necessidade de fundamentação das decisões judiciais, um interesse específico das partes e uma demanda coletiva, um interesse público¹⁶⁷. De fato, num nível micro, o interesse tutelado é endoprocessual, referente à imprescindibilidade de que os sujeitos processuais possam conhecer as razões da decisão, a fim de, caso queiram, impugná-la¹⁶⁸,

¹⁶³ Art. 381. A sentença conterá: [...]III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.

¹⁶⁴ HARTMANN, Érica de Oliveira. **A Parcialidade do Controle da Motivação das Decisões**. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 87.

¹⁶⁵ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

¹⁶⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. – 4. Ed. – Salvador: JusPodivm, 2010, p. 923.

¹⁶⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. – 19. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 55.

¹⁶⁸ Aqui, faz sentido o que diz Rogerio Schietti Machado Cruz: “Sob a perspectiva de quem exerce seu direito ao recurso, a motivação das decisões judiciais se impõe como uma condição necessária à realização daquele direito, na medida em que será pela compreensão das razões que levaram o juiz monocrático a decidir que a parte sucumbente e a contraparte poderão exercer a crítica à decisão, expondo seus argumentos favoráveis e desfavoráveis a ela”. E prossegue o autor: “Despiciendo dizer

direito que lhes é assegurado pela Constituição Federal e impossível de ser exercido diante da inexistência ou deficiência de fundamentação.

Há, porém, ainda, um interesse público envolvido, qual seja, identificar se o magistrado prolator do édito era realmente imparcial. Assim o é, porque o julgador não é previamente legítimo, “a legitimação do Juiz só pode ser verificada *a posteriori*, através da análise do correto exercício de suas funções”¹⁶⁹, o que alça a fundamentação ao patamar da essencialidade, conferindo participação à sociedade no controle da atividade judicante, tornando-a legítima¹⁷⁰.

Sobre o tema, é crucial observar o que diz Michele Taruffo:

Em outras palavras, referiu-se a uma concepção diferente de poder, em relação a suas diversas manifestações afetando a Administração da Justiça: enquanto o poder autoritário – como se viu – é um poder que não se justifica e que se impõe somente em virtude da autoridade, o poder democrático é um poder que “se justifica” e se legitima através da possibilidade geral de controlar as “boas razões” pelas quais se exerce de uma determinada maneira. Assim pois, em um Estado Democrático que se funda sobre a Constituição, a Administração da Justiça se legitima enquanto é possível conhecer e avaliar as razões pelas quais as decisões são tomadas^{171/172}.

Nessa linha, munidos da garantia (elevada à qualidade de direito fundamental e cláusula pétrea) da necessidade de motivação das decisões judiciais, encontrar-se-á na doutrina aqueles a quem ela parecerá bastante eficaz no controle concreto das

que esse dever de motivação acentua-se ainda mais no julgamento do recurso criminal, por ser este o momento crucial e, provavelmente, definitivo para os destinos do acusado perante a atividade persecutória do Estado”. CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. – 2. Ed. – São Paulo: Atlas, 2013, p. 48, *et. seq.*

¹⁶⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. – 19. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 55.

¹⁷⁰ *Ibidem*, *loc. Cit.*

¹⁷¹ “En otras palabras, se hace referencia a una concepción diferente de poder, en lo referente a sus diversas manifestaciones que afectan la Administración de Justicia: mientras que el poder autoritario – como se ha visto – es un poder que no se justifica y que se impone sólo em virtud de la autoridad, el poder democrático es un poder que se ‘justifica’ y se legitima a través de posibilidad general de controlar sus ‘buenas razones’ por las cuales se ejerce de una determinada manera. Así pues, en un Estado Democrático que se funda sobre la Constitución, la Administración de Justicia se legitima en tanto es posible conocer y evaluar las razones por las cuales vienen adoptadas sus decisiones”. (tradução do autor) TARUFFO, Michele. **Apuntes Sobre Las Funciones de la Motivación**. In: **Argumentación Jurídica y Motivación de las Resoluciones Judiciales**. Coord: Giovanni Priori Posada. Lima: Palestra, 2016, p. 82.

¹⁷² Não é exagero colacionar a fala de Geraldo Prado, que, com especial lucidez, acrescenta que “o papel da motivação da decisão é essencial à legitimação dela própria sob o ângulo do estado de direito, e no âmbito do processo penal constitucional a estrutura da decisão revela-se ainda mais saliente porque além de se cogitar do <<acerto do decidido>> é necessário interrogar sobre os caminhos percorridos para o acesso aos meios e fontes de prova, ou, para empregar a terminologia que se vai consagrando no direito europeu, aos <<meios de investigação de prova>> e aos <<meios de prova>>”. PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: A Quebra da Cadeia de Custódia das Provas Obtidas Por Métodos Ocultos**. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 78.

razões decisórias do magistrado, apta a fazer conhecer, portanto, os caminhos por ele percorridos, as formulações mentais e as provas consideradas prevalentes. Assim, nenhum problema se verá, por parte de alguns (notadamente a jurisprudência) com artigo 157 do Código de Processo Penal, o qual determina o mero desentranhamento da prova ilícita, calando-se quanto à perpetuação do juiz que com ela teve contato.

Será o caso, por exemplo, de Juan Montero Aroca, como explica Frederico Valdez Pereira:

O autor fazia referência à possibilidade de juiz que tivesse decidido acerca de prova ilícita no processo penal, determinando a sua exclusão dos autos, pudesse depois proferir sentença, ante os riscos de ter sido contaminado quanto ao seu convencimento pela ciência dos elementos probatórios ilícitos; o problema resolver-se-ia pela exigência de fundamentação na sentença, na qual não se poderia denotar qualquer influência advinda do conhecimento a respeito da prova ilícita expurgada, motivação submetida ainda ao crivo recursal posterior, com ampla reapreciação do juízo formulado¹⁷³.

Desse modo, toda a possibilidade de aferição da imparcialidade do juiz seria contemplada através da fundamentação decisória, a qual, vertida por magistrado profissional e pautado pelas normas e princípios da estrutura jurídica vigente, conteria, invariavelmente, “todos os elementos do processo e respectivo raciocínio jurídico que o levaram a decidir de determinada forma”¹⁷⁴.

No tocante, formulações teóricas mais modernas, contudo, aconselham cautela quanto a tão categórica enunciação. Na contramão do resignado raciocínio acima comentado, certa doutrina vem, ainda que reconhecendo a impreterível importância da motivação das decisões, manifestando ressalvas quanto à possibilidade do seu efetivo controle, seja pelas partes, seja pela sociedade em geral.

Com efeito, ressaltará Bernardo Montalvão a faceta da decisão judicial calcada numa estrutura entimemática, sendo o entimema “um silogismo retórico que tem como principal característica o acobertamento da real finalidade que motiva a prática de um ato, de sorte a mais facilmente convencer os sujeitos que se encontram a ele

¹⁷³ PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no Processo Penal**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 111.

¹⁷⁴ *Ibidem, loc. Cit.*

submetidos”¹⁷⁵. A se considerar verdadeiro o que diz o autor, o ato de decisão judicial seria formulado (ainda que inconscientemente) através de estruturas retóricas, tendendo a mencionar em sua fundamentação apenas o necessário para convencer¹⁷⁶ o seu auditório e travestir-se de legitimidade, ocultando as suas verdadeiras razões¹⁷⁷.

A ideia é reforçada por Érica Hartmann, para quem, de fato, a decisão judicial, ante a imprescindibilidade da fundamentação, será justificada mediante o emprego de técnicas de argumentação racional, mais especificamente, através de construção retórico-argumentativa¹⁷⁸. Para a Professora, “a realidade é que toda vez que o magistrado precisa justificar sua decisão ele pensará num discurso capaz de convencer, no mínimo, os envolvidos no processo, de que seu ato é não só válido como razoável”¹⁷⁹, pelo que lançará mão do exercício da retórica.

A desconfiança que germina, pois, se refere à possibilidade tangível de que o juiz, já influenciado pelos elementos colhidos através das provas ilicitamente produzidas, no édito decisório deixe de mencioná-las, blindando-se por meio da adoção de modelos retóricos que falseiem e escamoteiem as suas verdadeiras motivações¹⁸⁰. Receio dessa natureza já seria suficiente para deslegitimar qualquer sentença emanada desse magistrado, afinal não despertará a confiança e a adesão dos jurisdicionados.

¹⁷⁵ AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **O Ato de Decisão Judicial: Uma Irrracionalidade Disfarçada**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1.

¹⁷⁶ A lealdade acadêmica demanda que se ressalve o posicionamento de Geraldo Prado, que suscitando a doutrina de Michele Taruffo diz: “salienta o mestre peninsular que hão de ser afastados alguns mitos que povoam o imaginário do processo, entre os quais o de que a motivação tem caráter retórico, isto é, de ‘que tem como objetivo a persuasão e a convicção’. Em realidade, cabe ao juiz ‘justificar’ sua escolha e não persuadir. Pelo mesmo prisma Barbosa Moreira chamará atenção para o ‘suposto valor persuasivo das boas fundamentações’, ‘frequentemente desmentido na prática’. Sem embargo de a motivação eventualmente conter elementos de signo retórico, a pretensão de persuasão termina contestada pelo cotidiano forense”. PRADO, Geraldo. **O Dever de Fundamentação Reforçada das Decisões no Âmbito das Medidas Cautelares Penais**. In: **Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em Homenagem ao Professor Michele Taruffo**. Coord.: Flávio Cardoso Pereira. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 119.

¹⁷⁷ AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **O Ato de Decisão Judicial: Uma Irrracionalidade Disfarçada**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹⁷⁸ HARTMANN, Érica de Oliveira. **A Parcialidade do Controle Jurisdicional da Motivação das Decisões**. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 93.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 94.

¹⁸⁰ “O juiz, então, para justificar sua decisão, vai procurar motivá-la através da manipulação de seu discurso e, para tal, o julgador não só terá que se utilizar de uma linguagem dirigida ao seu objetivo de convencer, mas também organizará quais argumentos que irá apresentar e de que maneira os apresentará ao seu auditório (escolha dos argumentos), de forma a estabelecer o contato entre os espíritos e o acordo daquele à decisão”. HARTMANN, Érica de Oliveira. **A Parcialidade do Controle Jurisdicional da Motivação das Decisões**. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 96.

Deveras, o problema consiste no fato de que não raras vezes a retórica e a argumentação serão utilizadas de forma espúria, a fim de ocultar decisões arbitrárias, tornando-se a motivação, em última análise, “uma racionalização *ex post* de uma decisão muitas vezes determinada por razões inconfessáveis”¹⁸¹.

Enfim, dirá Érica Hartmann:

Dessa forma, o juiz, no processo, escolherá quais as provas utilizará na justificação de sua decisão e, mais uma vez, em se tratando de uma escolha a ser feita pelo magistrado, certamente terá como base suas preferências pessoais, até porque ele precisará convencer a todos os interessados de que a decisão que tomou foi a melhor possível¹⁸².

É de se aceitar a realidade de que não é fato incomum que, no momento culminante do processo, a decisão já esteja tomada e, portanto, a prova escolhida terá apenas a utilidade de tentar justificar, tão bem quanto possa, uma opção previamente adotada. Esse contexto, não se pode olvidar, será gritantemente mais grave quando houver o desentranhamento da prova ilícita e a permanência do julgador contaminado.

Diante do panorama apresentado, será absolutamente problemático investigar com segurança quais foram os elementos de prova efetivamente levados em conta pelo juiz, considerando as chances de exposição tão-somente dos que lhe interessem, ainda que outros o tenham influenciado¹⁸³. Dentro dessa lógica, ficará extraordinariamente fragilizado o (já tradicionalmente aviltado) direito de impugnação das sentenças nos processos em que tenha existido ilicitude probatória, haja vista a manipulação eventualmente empreendida pelo intérprete.

Aliás, interessa ressaltar que os tribunais brasileiros têm sufragado decisões nas quais, ainda que diante de prova ilícita no processo, a sentença não foi nela expressamente fundamentada. Assim, caso o juiz tenha deixado de mencionar

¹⁸¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 113.

¹⁸² HARTMANN, Érica de Oliveira. **A Parcialidade do Controle Jurisdicional da Motivação das Decisões**. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 106.

¹⁸³ A propósito do tema, Piero Calamandrei afirmava já em 1950: “É sabido que a motivação da sentença, a qual logicamente deveria nascer como premissa do dispositivo, muitas vezes é construída depois, como justificação *a posteriori* de uma vontade já fixada com antecedência por motivos morais e sentimentais. Também das provas se pode dizer algo de similar: muitas vezes servem ao juiz não para persuadi-lo, mas para revestir de razões vistosas uma persuasão já formada por outras vias”. CALAMANDREI, Piero. **O Processo Como Jogo**. In: Genesis: Revista de Direito Processual Civil. – Ano 7, n. 23, 2002, p. 207.

expressamente na fundamentação do édito decisório a prova inadmitida, demonstrando sua importância na formação de sua convicção, provavelmente essa sentença não será anulada¹⁸⁴.

Absurdo ainda maior são as manifestações judiciais em que, mesmo tendo sido a prova ilícita expressamente utilizada na motivação, argumenta-se no sentido de que “a jurisprudência da Corte é pacífica ao afirmar que não se anula condenação se a sentença condenatória não se apoia apenas na prova considerada ilícita”¹⁸⁵. Salta aos olhos o aviltamento ao devido processo legal, à proteção constitucional contra as provas ilícitas e ao próprio modelo democrático de processo penal.

A pergunta que remanesce, então, é sintetizada por Aury Lopes Jr: “quem nos garante que o juiz não está decidindo a partir da prova ilícita, ainda que inconscientemente [...] e, na fundamentação, apenas cria uma blindagem argumentativa de que a decisão foi tomada com base na prova lícita?”¹⁸⁶. A resposta é simples: aqui as garantias se evaporam.

4.2 A INEXISTÊNCIA DE RESPOSTA EXPRESSA NO ORDENAMENTO DOMÉSTICO: O VETO PRESIDENCIAL DE 2008

Como já se teve a oportunidade de registrar ao longo dos capítulos anteriores, o atual (se assim for possível adjetivar) Código de Processo Penal brasileiro foi promulgado com o advento do Decreto-Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941. Viviam-se, na ocasião, em plena era Getúlio Vargas, marcada pelo totalitarismo característico de qualquer regime ditatorial, motivo pelo qual o diploma adjetivo penal não teve outra sorte, senão ser redigido à semelhança do Código Processual fascista italiano de Arturo Rocco, de 1930¹⁸⁷. Autoritário, portanto.

¹⁸⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. – 9. Ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 606.

¹⁸⁵ AI 503.617-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 04/03/05.

¹⁸⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. – 9. Ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 607.

¹⁸⁷ “Para usar a expressão de preferência de Francisco Campos, é indissimulável a influência do chamado Código Rocco (Código de Processo Penal italiano de 1930) na estrutura que prevaleceu no estatuto processual brasileiro de 1941. Não apenas porque referido diretamente na exposição de motivos, ao comentar o regozijo de Arturo Rocco com o suposto fim das medidas que caracterizavam as fraquezas da processualística penal anterior (item II da Exposição de Motivos), mesma providência

A defasagem do estatuto processual penal brasileiro e a necessidade de minimamente adequá-lo às novas teorias e conquistas democráticas ensejou que, no decorrer dos longos setenta e cinco anos em que permanece em vigor¹⁸⁸, sofresse diversas alterações, algumas mais pontuais e outras mais abrangentes¹⁸⁹. A opção política por empreender intermináveis reformas no corpo original do CPP foi responsável por alguma inconsistência legal, de sorte que o mosaico que se tornou referido diploma, nada obstante importantes e agradáveis respiros democráticos, permaneceu incoerente em diversas passagens, dadas as alterações pontuais, e dissonante do norte constitucional idealizado em 1988, em tantas outras.

De toda sorte, o cenário processual penal brasileiro dessa maneira se desenvolveu e, dentro da lógica tradicionalmente adotada, sobreveio, em 09 de junho de 2008, a Lei n. 11.690/08 (originalmente designado como Projeto de Lei n. 4.205/01), responsável por alterar diversos dispositivos relativos ao tratamento da prova em matéria criminal. Dentre os artigos modificados com a inovação legislativa, alterou-se o já exaustivamente citado art. 157, responsável por declarar a inadmissibilidade da prova ilícita, a qual deverá, em seus termos, ser desentranhada dos autos.

Tratou-se, inequivocamente, de importante evolução com vistas à democratização processual, digna, certamente, de comemoração. Dentre as convenientes alterações propostas no referido projeto original da Lei Federal n. 11.690/08, propôs-se a seguinte redação para o §4º do art. 157: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”.

A perpetuação daquele artigo no Código representaria, indubitavelmente, a solução ideal para um problema de considerável magnitude: a decisão do caso penal por juiz

que a comissão integrada por Nelson Hungria instituíra; mas pelo também admirado ajustamento do procedimento penal <<ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem>>”. PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: A Quebra da Cadeira de Custódia das Provas Obtidas por Métodos Ocultos**. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.26.

¹⁸⁸ Não se deixe de observar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado n. 156/2009, referente ao projeto de novo Código de Processo Penal.

¹⁸⁹ São exemplos: Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, que alterou significativamente o regime das prisões cautelares e medidas cautelares diversas da prisão; Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, que alterou dispositivos relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli* e *mutatio libelli*; Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, referente ao procedimento do Tribunal do Júri; Lei n. 13.285, de 10 de maio de 2016, que concede prioridade de tramitação aos processos que apurem a prática de crimes hediondos.

contaminado por provas obtidas através de métodos escusos e, por isso, extirpada dos fólhos. Outros foram os rumos seguidos pela Presidência da República, entretanto.

Com efeito, em junho de 2008, no exercício constitucional de veto que lhe autoriza o art. 66, §1º, da CF/88, o então Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, decidiu vetar aquele dispositivo, por considera-lo contrário ao interesse público. Não é despidiendo observar as razões do veto:

O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso.

Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.

Enfrentando-se os argumentos de que lançou mão a Presidência da República, sobressai a evidência de que o fundamento nuclear apresentado se voltou ao desejo de preservação de uma pretensa celeridade processual, a qual restaria vilipendiada acaso se compactuasse com a substituição do magistrado contaminado pela prova ilícita, em prol do julgamento imparcial.

Deveras, supôs-se que, fosse acolhida a reforma da maneira como foi proposta, causar-se-iam transtornos à “prestação jurisdicional em condições adequadas”, hipótese que autorizaria a supressão do citado dispositivo. Enfim, a opção feita foi por sacrificar a garantia (internacionalmente consagrada) do direito ao julgamento por juiz imparcial, em nome de uma conjecturada celeridade processual. Nada mais desarrazoado.

Anota lucidamente Aury Lopes Jr. que, a se analisar o veto a partir de seus próprios fundamentos, tomando-se como justificativa central o fato de que a eventual substituição do Juiz contaminado comprometeria a eficácia do processo penal, tumultuando as comarcas com único Magistrado, tal argumento cairia por terra naqueles locais onde houvessem múltiplos julgadores¹⁹⁰. Aliás, diga-se mais, se a possibilidade de substituição do juiz parcial criará celeumas em determinadas

¹⁹⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 604.

comarcas, o que se dirá das hipóteses de suspeição, impedimento e incompatibilidade, com base nas quais deverá ser necessariamente afastado o magistrado excepto, pena de nulidade de todos os atos praticados? Também se transigirá com o julgamento por juiz cuja imparcialidade é posta em xeque? Convém acreditar que não.

Na verdade, tal fundamento não deveria possuir o condão de justificar o veto levado a cabo pela Presidência da República, senão que deveria autorizar, isto sim, a revisão da organização judiciária e a criação de novas vagas para ampliação do número de juízes à disposição da sociedade, com vistas à efetivação de uma prestação jurisdicional digna e devida.

Ademais, é bem verdade que a celeridade é princípio processual a demandar atenção e preocupação dos operadores do direito, aliás, corrija-se, melhor seria falar em razoável duração do processo. Todavia, a urgência pela razoável duração não pode significar um processo feito às pressas, com o sacrifício de garantias e direitos fundamentais. De nada adianta, é bom que se ressalte, um processo célere, mas defeso da tutela dos direitos individuais dos jurisdicionados, desenvolvido à margem do respeito necessário à dignidade do réu.

O evidente atropelo de garantias que se evidencia é típico da ideologia punitivista, efficientista e utilitarista que desponta já há tempos nos meios jurídico e social brasileiros. Enfim, é a típica postura fomentada e adotada por aqueles “que, julgando-se ‘do bem’, não têm pudores em fazer o mal (ao ‘outro’, é claro), custe o que custar”¹⁹¹.

Não custa, contudo, questionar a quem serve essa bondade e, ainda, com Agostinho Ramalho Marques Neto, “quem nos protege da bondade dos bons?”¹⁹².

A conclusão evidente é que se perdeu a oportunidade de solucionar um grave problema da maneira mais categórica possível, a via legislativa, mantendo-se a lacuna legal e a dúvida, geradores da conivência jurisprudencial. Alternativas são necessárias, então, e sobre elas se tratará na sequência.

¹⁹¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 605.

¹⁹² MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão**. In: Revista ANAMATRA. São Paulo, n. 21, p. 30-50, 1994.

4.3 O RECONHECIMENTO DE CAUSAS SUPRALEGAIS DE IMPEDIMENTO: UMA SOLUÇÃO NECESSÁRIA

Como se viu, o projeto de Lei n. 4.205/01, responsável por sugerir as alterações que culminaram na modificação efetivada pela Lei n. 11.690/08, continha em sua versão original disposição que determinava que o juiz que conhecesse da prova declarada inadmissível por ilicitude não poderia proferir sentença de mérito. Houve, entretanto, a rejeição desta solução, tendo sido determinado o veto pela Presidência da República, o que resultou na continuação da inexistência de solução legal para tal celeuma.

Em face da ausência de resposta legislativa, a que com mais segurança aplacaria a discussão, cresce a necessidade de surgirem na doutrina propostas voltadas ao preenchimento da lacuna. Desse modo, convém reforçar a premissa clara de que o conhecimento do conteúdo da prova inadmitida faz surgir situação apta a levantar suspeitas acerca da vinculação psíquica do magistrado. Evidencia-se, então, o temor do surgimento de pré-concepções que o façam antecipar o juízo acerca da materialidade ou autoria de eventual prática delitativa submetida a seu crivo.

Nesse contexto, esclareceu-se acima a distinção idealizada quanto ao conteúdo diferencial característico das hipóteses de impedimento e de suspeição¹⁹³. De fato, vale lembrar, consiste o impedimento na possível vinculação do julgador oriunda do próprio processo em que é arguida, enquanto a suspeição exsurge de situações que extrapolam o âmbito dos autos, encontrando a sua origem em situação externa ao processo.

A toda evidência, o conhecimento dos dados veiculados através de prova reputada ilícita e, por isso mesmo erradicada dos fólios, trata-se de hipótese ancorada em um processo específico, pelo que, a se seguir a lógica do Código de Processo Penal de 1941, deveria reclamar a incidência do artigo 252 daquele diploma, reputando-se como impedido o juiz que dela conhecesse. *De lege lata*, o procedimento deveria seguir este curso, resguardando-se a imparcialidade do julgamento.

Tal posição, entretanto, implicaria em ver além das causas de impedimento expressamente previstas no art. 252, CPP, haja vista que no rol ali enumerado não

¹⁹³ Ver capítulo 2.4

existe situação que nitidamente àquela se assemelhe. Haveria a necessidade de encarar as hipóteses codificadas como *numerus apertus*, algo que poderia gerar – e de fato gera – certa oposição na doutrina e na jurisprudência, cuja posição mais tradicional tende a interpretar taxativamente o elenco ali contido.

Não é outro o posicionamento de Fernando da Costa Tourinho Filho, por exemplo, que, ao tratar especificamente das hipóteses de suspeição (art. 254), sustentar categoricamente que as causas que nela resultam não se fundam em razões extralegais, mas que se referem à matéria de direito estrito, e, portanto, somente podem ser invocadas com as situações previstas na lei¹⁹⁴.

Reiteradamente nesse sentido tem se manifestado o Supremo Tribunal Federal, que, por exemplo, no julgamento do ARE 813030 AgR/SP, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, assentou que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em sede de habeas corpus, é no sentido de que as hipóteses previstas no art. 252 do Código de Processo Penal são taxativas, não comportando ampliação”¹⁹⁵. Noutro momento, idêntica conclusão alcançou o Pretório Excelso: “As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*. [...] Não é possível, pois, interpretar-se extensivamente os seus incisos”¹⁹⁶.

Enfim, são fartos os exemplos na jurisprudência da Corte Constitucional em que se nega o reconhecimento à ampliação do rol legal disposto no art. 252 do Código Processual (o mesmo se dá com as hipóteses de suspeição, dispostas no art. 254)¹⁹⁷.

No Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, a postura é igualmente legalista, cegando-se o Tribunal da Cidadania à complexidade dos eventos reais e mundanos, e proferindo decisões da seguinte natureza: “a similaridade fática de origem dos

¹⁹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal. V. 2.** – 35. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 671.

¹⁹⁵ ARE 813030 AgR, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/09/2016, DJe-208 DIVULG 28-09-2016 PUBLIC 29-09-2016.

¹⁹⁶ HC 92893, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/2008, DJe-236 DIVULG 11-12-2008 PUBLIC 12-12-2008.

¹⁹⁷ São exemplos: RHC 98091, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 16/03/2010, DJe-067 DIVULG 15-04-2010 PUBLIC 16-04-2010; HC 97544, Relator: Min. EROS GRAU, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-234 DIVULG 02-12-2010 PUBLIC 03-12-2010; HC 112121, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-039 DIVULG 27-02-2015 PUBLIC 02-03-2015; entre outros.

processos administrativo e judicial não acarreta impedimento do juiz, por dar-se hipótese diversa da taxativamente indicada pelo art. 252, III, do CPP”¹⁹⁸. Esperava-se, aparentemente, do legislador ordinário capacidade a grandeza de tal monta que fosse capaz de prever absolutamente todas as hipóteses em que fosse possível, no caso concreto, verificar o comprometimento da imparcialidade do juiz, fora das quais não se a poderia reconhecer, ainda que atestada a “similaridade fática”.

Apartando-se do ideal adotado pelos Tribunais Superiores, contudo, dirá Gustavo Badaró que tal posicionamento não poderá prevalecer, afinal, o rol legal não deve superar em importância a finalidade da regra contida no art. 252 do Código de Processo Penal¹⁹⁹. A busca empreendida com a regra de impedimento não é outra, senão a manutenção da imparcialidade judicial, de sorte que “o dispositivo legal apenas prevê situações em que o legislador estabelece que o juiz fica impedido de julgar, por considerar que nelas sua imparcialidade estará em risco”²⁰⁰.

A se enfrentar a complexidade da vida, de fato, as situações que poderão influenciar a isenção esperada do magistrado na decisão do caso penal são assustadoramente mais abrangentes e, sendo assim, livrando-se do formalismo reducionista, a exigência indispensável é que o intérprete se abstenha do julgamento sempre que uma delas se lhe apresente. Não parece razoável anuir com julgamento por juiz parcial simplesmente em face da incompletude da redação legal. Em outras palavras, a forma não pode suplantar o propósito da norma, mormente em se tratando de dispositivo voltado, em última análise, ao resguardo da dignidade do réu.

As hipóteses de suspeição e impedimento se destinam a impedir que haja decisão judicial emanada por magistrado de cuja imparcialidade se possa suspeitar, algo, inclusive, a ser aferido objetivamente, sem a necessidade de se imiscuir na subjetividade ou no sentimento pessoal do julgador acerca do caso (imparcialidade objetiva, tal qual idealizada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos).

¹⁹⁸ REsp 1171973/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 25/03/2015. Em idêntico sentido: HC 162.491/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 15/08/2016; AgRg no REsp 1518218/ES, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 26/08/2016.

¹⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. **Direito Ao Julgamento Por Juiz Imparcial: Como Assegurar A Imparcialidade Objetiva No Juiz Nos Sistemas Em Que Não Há A Função Do Juiz De Garantias**. Disponível em <http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em: 19 de jan. 2017.

²⁰⁰ *Ibidem*.

Não é outra a hipótese do intérprete que tem acesso aos dados coletados através de prova ilicitamente obtida, situação não contemplada pelo art. 252, CPP, mas que possui o condão de atrair sobre si a sua disciplina, impedindo o julgamento por tal juiz. Ainda que o julgador, após ter conhecido da prova desentranhada, tenha a intenção (e até a capacidade) de proferir sentença sem levá-la em conta, o enfrentamento deve ser objetivo e, nesses termos, pululam as razões para suspeitar da isenção desse julgamento²⁰¹.

Noutro giro, tratando das hipóteses de suspeição, mas aplicando raciocínio com facilidade transportável para o âmbito do impedimento, André Machado Maya, antecipa que “sustentar a taxatividade do rol do artigo 254 do Código de Processo Penal significa, por via transversa, afirmar a prevalência da lei ordinária sobre o Pacto de San José da Costa Rica, que eleva o direito a um julgamento imparcial à condição de direito fundamental”²⁰². Irá adiante o autor:

Aliás, sobre essa questão, entende a Corte Interamericana de Direitos Humanos que a recusa de magistrados por impedimento ou suspeição é “um instrumento processual destinado a proteger o direito de ser julgado por um órgão imparcial”, e a vedação desse direito às partes é indicativo de um sistema processual que carece de salvaguardas necessárias a outorgar credibilidade à função desenvolvida pelo Poder Judiciário²⁰³.

A propósito da limitação da interpretação dos dispositivos em comento, afirma Aury Lopes Jr. que efetivamente, tal postura “remonta a uma racionalidade moderna e superada, em que se busca a redução da complexidade criando uma ilusão de plenitude do sistema jurídico”²⁰⁴. É momento de superá-la, enfim.

Diante da lacunosa disciplina legislativa, em suma, a efetivação da garantia constitucional do julgamento por juiz imparcial reclama que se reconheça o impedimento do magistrado que teve conhecimento do conteúdo do material probatório ilícito, porque, objetivamente avaliado, não transmitirá a aparência de

²⁰¹ Observa Jorge de Figueiredo Dias que “são várias, na verdade, as razões que, perante um caso concreto, podem levar a pôr em dúvida a capacidade de um juiz para se revelar imparcial no julgamento; e o que aqui interessa – convém acentuar – não é tanto o *facto* de, a final, o juiz ter conseguido ou não manter a imparcialidade, mas sim *defende-lo* da *suspeita* de a não ter conservado, não dar azo a qualquer *dúvida* por esta via reforçando a *confiança* da comunidade nas decisões dos seus magistrados”. DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Processual Penal**. V. 1. – Coimbra: Coimbra, 2004, p. 315.

²⁰² MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal: Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. – 2. Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 89.

²⁰³ *Ibidem*, *loc. Cit.*

²⁰⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional v. I**. – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 474.

imparcialidade que dele se espera. Repita-se: não basta que a justiça seja feita, ela deve ser vista sendo feita.

Ademais, não havendo o afastamento do juiz e tendo ele proferido sentença de mérito nos autos, não poderá ser outra consequência além da decretação da nulidade do ato, nos termos do que dispõe o art. 564, I, do Código de Processo Penal^{205/206}.

Finalmente, é importante ressaltar que a melhor solução, porque mais apta a gerar segurança jurídica, deveria vir do Poder Legislativo. Todavia, o panorama, em face da nova omissão presente no projeto de novo Código de Processo Penal, não desperta esperanças. Na verdade, são manifestos o descuro e a convivência dos Poderes Legislativo e Judiciário com a tutela da imparcialidade no julgamento em que exsurja nos autos prova ilícita (hodiernamente, na verdade, o próprio tratamento geral da prova ilícita deixa a desejar).

Não se pode, todavia, aquiescer com a indiferença dos tribunais e dos legisladores, aceitando-se o hiato da lei e a resposta reducionista e cartesiana de que a fundamentação das decisões judiciais é mecanismo hábil a propiciar o controle da imparcialidade em todas as hipóteses, porque, como visto, existem razões de sobra para suspeitar de tal solução. Enfrenta-se a problemática, então, a partir de outro viés: a possibilidade de interpretação não restritiva do rol disposto no artigo 252, como forma de se afastar o juiz contaminado (ou potencialmente contaminado, já que desnecessário – além de impossível - o enfrentamento da subjetividade do magistrado) e, deste modo, garantir o direito ao julgamento imparcial.

²⁰⁵ Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz.

²⁰⁶ Poder-se-ia cogitar que o dispositivo citado se restringe à hipótese de suspeição do magistrado, dela excluindo-se eventual impedimento, todavia não seria essa a interpretação mais acertada, como esclarecem Eugênio Pacelli e Douglas Fischer na obra **Comentários ao Código de Processo Penal e Sua Jurisprudência**. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. -4. Ed. rev. e atua. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 998, *et. seq.* Igualmente, Gustavo Badaró: “Embora não haja previsão da nulidade dos atos praticados por juiz impedido, é evidente que não se poderá admitir a validade de tal processo. Se o vício de suspeição gera a invalidade do processo, com maior razão o feito deve ser considerado viciado no caso de impedimento do juiz” BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. **Direito Ao Julgamento Por Juiz Imparcial: Como Assegurar A Imparcialidade Objetiva No Juiz Nos Sistemas Em Que Não Há A Função Do Juiz De Garantias**. Disponível em <http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em: 19 de jan. 2017.

Malgrado a, ainda existente, resistência dos tribunais quanto a tal proposta, acredita-se que se trata da solução possível diante da insuficiência do Código, afinal, inequivocamente, as hipóteses de substituição judicial por contaminação da imparcialidade não podem ser interpretadas restritivamente, pois que algo dessa natureza somente impediria a efetividade do propósito da norma, qual seja, preservar o devido processo legal e a legitimidade da prestação jurisdicional. Digase mais, beira a insensatez imaginar a enumeração *ex ante* de todas as hipóteses em que se poderia deparar com a perda da imparcialidade necessária ao julgamento, motivo pelo qual referido cartesianismo precisa ser imediatamente abandonado.

5 CONCLUSÃO

O processo penal brasileiro ainda engatinha quando o assunto é aproximar-se de um modelo democrático. O Código de Processo Penal doméstico, de 1941, foi gestado e concebido em época notadamente autoritária, à imagem e semelhança do Código Processual Penal italiano de 1930, chamado Código Rocco (porque de autoria de Arturo Rocco), de reconhecido teor fascista²⁰⁷. Assim, sem que se deixe de considerar a qualificada divergência²⁰⁸, acredita-se ser mais adequado reconhecer que a normatização processual penal brasileira é predominantemente inquisitória, possuindo núcleo informado pelo princípio inquisitivo, ainda que

²⁰⁷ PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: A Quebra da Cadeia de Custódia das Provas Obtidas Por Meios Ocultos**. 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 16, *et. seq.*

²⁰⁸ Por todos, PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

cravejado de disposições mais aproximadas ao modelo acusatório²⁰⁹, insuficientes para lhe transfigurar a essência, contudo.

Nessa ordem de ideias, o objetivo fulcral do trabalho que ora se conclui girou em torno de investigar a realidade brasileira, especificamente no tocante aos reflexos potencialmente deletérios à imparcialidade judicial, esses resultantes do contato do magistrado com a prova ilícita gerada no processo. Após, intentou-se o estudo das possíveis soluções diante do panorama com que se deparou, a saber, a efetiva inviabilização do julgamento pelo juiz que conheceu dos elementos maculados pela ilicitude.

Com vistas à concretização desse escopo, buscou-se, inicialmente, avaliar e aprofundar determinados conceitos basilares à temática. Deveras, se procedeu à fundamental diferenciação entre imparcialidade e neutralidade, de modo a fixar qual característica do magistrado se punha em debate. Referida investigação possibilitou a conclusão de que somente é possível exigir do julgador uma postura imparcial, jamais neutra. Demanda-se, na atividade judicante, comportamento equidistante em relação aos atores processuais e verdadeiro alheamento, ou seja, indiferença em relação ao objeto posto em discussão. Descabe, portanto, ao juiz, decidir o caso penal quando possua comprometimento seja com alguma das partes ou, ainda, com o objeto em disputa.

Nesse contexto, imprimiu-se esforço com vistas a determinar a base normativa do direito ao julgamento por juiz imparcial, tendo-se exposto, para tanto, a interface dessa garantia com o devido processo legal, afinal, não se há falar em processo justo e devido quando haja decisão final por magistrado de cuja imparcialidade se possa suspeitar. Tratou-se também de demonstrar a relevância do julgamento imparcial no âmbito dos Tratados Internacionais subscritos pelo Brasil, os quais, acredita-se, foram incorporados ao ordenamento doméstico com status de norma constitucional. Tudo isso precisamente com o desiderato de demonstrar que, malgrado o legislador constituinte não tenha inserido dispositivo constitucional voltado expressamente à tutela do julgamento imparcial, o Brasil contém em seu ordenamento forte proteção desse direito fundamental, indispensável que é ao princípio democrático.

²⁰⁹ Por todos, LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. – 9. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

Há, inclusive, na legislação infraconstitucional mecanismos direcionados à tutela, no caso concreto, da imparcialidade do julgador. Tratam-se do impedimento, suspeição e incompatibilidade, consagrados nos artigos 252 e 253, 254 e 112, respectivamente.

Assunto de especial relevância para o desenrolar do trabalho que se pretendeu desenvolver diz respeito à virada paradigmática proposta pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos quando sugeriu a bipartição da garantia da imparcialidade em duas faces distintas, com o objetivo de conferir efetividade ao seu resguardo. Passou-se, então, a falar em imparcialidade objetiva, cujo significado pode ser sintetizado na expressão “aparência de imparcialidade”. Assim o é, pois o que se pretende com a objetivação da avaliação do juiz imparcial é identificar se ele, na sua atividade, fornece as garantias suficientes para afastar toda e qualquer suspeita de que julga estando contaminado, ou seja, parcialmente. Foi o que o TEDH pretendeu resumir ao afirmar que não basta que a justiça seja feita, mas ela deve ser, mais que isso, vista sendo feita, a fim de que possa provocar a adesão e a confiabilidade da sociedade na jurisdição.

Com o estabelecimento das premissas comentadas, emerge a seguinte pergunta: é possível crer na manutenção da imparcialidade do magistrado a quem é franqueado acesso a prova ilícita, de modo que sejam, por ele, fornecidas garantias suficientes de que julga sem levar em consideração o material desentranhado (por força do artigo 157 o Código de Processo Penal)?

A fim de descobrir a resposta para tão intrigante questão, propôs-se, a princípio, uma avaliação a partir de uma aproximação subjetiva, tendo-se deparado, então, com conceitos como contaminação psíquica e tendências confirmatórias.

O panorama identificado fez ver que não se pode convir com a ideia de que o juiz, quando se põe a exercer a jurisdição, passa a deter a capacidade de despir-se de seus pré-conceitos, ideologias, além de suas influências culturais e religiosas. A essa quantidade de indefinida e desconhecida de fatores externos ao processo se somam os elementos produzidos no contexto da disputa forense, levados ao conhecimento do julgador pelas partes, a fim de que seja viabilizada a decisão do caso penal.

Sucedem que tudo aquilo que o indivíduo passa a conhecer, não será facilmente desconsiderado quando do instante culminante do processo. Em outras palavras, não se confia que os juizes detenham uma capacidade tal que lhes seja possibilitado o controle integral do objeto de conhecimento e que lhe permita o julgamento em termos absolutamente objetivos. Tudo aquilo que perpassar a sua cognição poderá (e deverá) ser transposto no momento da criação do édito final, inclusive as provas ilicitamente produzidas (ainda que desentranhadas).

A situação se torna ainda mais alarmante no contexto normativo brasileiro, em que é dada ao julgador, pela legislação processual, a faculdade de perscrutar de ofício outras provas além daquelas trazidas pelas partes.

Dá-se, então, ao juiz que já teve acesso a provas ilícitas, o direito e, para alguns, o dever de buscar elementos que irão, ao cabo, fundamentar a sua decisão meritória. Sobressai, nesse contexto, a importância das, assim denominadas, *confirmation bias* ou tendências confirmatórias. Tal expressão pode ser definida como o surgimento de inclinações no magistrado (ainda que de maneira inconsciente) à busca daquelas provas aptas a confirmar uma versão pré-concebida em si, muitas vezes pelo conhecimento obtido com as provas ilícitas, em prejuízo de meios que possam infirmá-la.

Desse modo, transparece que as pré-concepções desenvolvidas no juiz através do contato com provas reputadas ilícitas já seriam o bastante para exigir o seu afastamento do processo.

Entretanto, tendo-se evoluído na conceituação da imparcialidade, passando-se a tratar dela num contexto objetivo, a verdadeira dúvida deixa de ser se o juiz restou efetivamente contaminado ou não, algo que de difícil (melhor seria dizer impossível) aferição no caso concreto, diante da impossibilidade de investigação das razões íntimas do julgador. A pergunta correta agora é se, desde uma perspectiva de análise objetiva, o juiz que conhece de provas espúrias detém a capacidade de despertar nos justicáveis a confiança de que julgará imparcialmente. Acredita-se, realmente, que a resposta deverá ser negativa, de modo que a autorização para decisão final pelo magistrado do qual se desconfia põe em xeque a própria legitimidade de todo o sistema de administração da justiça.

Deixa de ser necessária a investigação quanto ao subjetivismo do julgador, pois a situação que emerge porá em foco a ruptura da confiança nesse juiz, impedindo-o de julgar.

Na ambiência apresentada exsurge, enfim, a necessidade de identificar no ordenamento jurídico brasileiro as possíveis soluções para o problema que se apresentou. Realmente, a resposta mais evidente seria no sentido de que o controle das sentenças criminais poderá ser feito através da fundamentação das decisões judiciais, exigência imposta pela própria Constituição Federal, em seu artigo 93, IX.

Entretanto, a saída apresentada, não se pode deixar de notar, parece ignorar detalhes importantes do processo de construção das sentenças, sobretudo a sua faceta retórica. Soa insuficiente confiar na indispensabilidade de fundamentação das decisões, quando se percebe a viabilidade de seleção por parte do seu editor daqueles argumentos e provas que melhor sirvam aos seus objetivos pessoais, ou melhor, à sua versão pré-concebida.

Deveras, não se pode deixar de considerar que, desde que manejados habilmente, a linguagem jurídica, as técnicas de argumentação racional e a organização da demonstração do raciocínio do intérprete terão o condão de acobertar as reais motivações do magistrado, preferindo-se expor elementos que farão o édito derradeiro aparentar legitimidade. Enfim, buscar-se-á convencer o auditório da racionalidade da decisão, ainda que ela de racional tenha muito pouco.

Depara-se, então, com a falta de solução expressa para o problema da perda de imparcialidade do juiz contaminado pelas provas ilícitas. Volta a fazer sentido, nesse momento, a lembrança dos conceitos de suspeição e impedimento, mecanismos já comentados de preservação do julgamento imparcial.

Tratando-se o impedimento das hipóteses de abstenção ou recusa do juiz que tenha, desde uma aproximação objetiva, sua imparcialidade posta em dúvida em decorrência de situações emergentes do próprio caso em julgamento, a conclusão a que se chega é que a aplicação do referido instituto constitui a solução possível para o preocupante obstáculo que se buscou averiguar.

De fato, não se pode aceitar, como aparenta ser a praxe da jurisprudência nacional, a limitação das hipóteses de impedimento ao rol legal previsto no artigo 252 do Código de Processo Penal. Afinal, não é razoável pretender que o legislador seja

capaz de prever abstratamente todas as hipóteses de comprometimento da imparcialidade, as quais se darão no plano do concreto, emergentes de inúmeras situações da vida, a qual, nada obstante se teime em buscar simplificar, é demasiado complexa. Notadamente mais complexa que as construções legislativas podem antever.

A relevância da garantia da imparcialidade não pode ser limitada pela mesquinhez de uma interpretação restritiva das hipóteses de recusa dos juízes parciais e disso depende mesmo a legitimidade do Poder Judiciário.

Aliás, pretender barrar a ampliação do rol contido no artigo 252 significaria ignorar Tratados Internacionais subscritos pelo Brasil e com status constitucional. Seria impor a prevalência de lei infraconstitucional ante normas equiparadas à Constituição Federal.

Já é passado o momento de deixar de interpretar a Constituição e os Tratados a ela equiparados em conformidade com o Código de Processo Penal e passar a conformar a legislação adjetiva às normas e princípios democráticos a que buscou dar proeminência a Carta da República de 1988.

Somente assim será viabilizada a democratização processual que deve reclamar o direito brasileiro, com a proteção das garantias individuais e, em última análise, da liberdade e da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **O Ato de Decisão Judicial: Uma Irracionalidade Disfarçada**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz Natural no Processo Penal**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Direito Ao Julgamento Por Juiz Imparcial: Como Assegurar A Imparcialidade Objetiva No Juiz Nos Sistemas Em Que Não Há A Função Do Juiz De Garantias**. Disponível em <http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>.

BARROS, Marco Antônio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. - 3. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CABRAL, Antônio. **Imparcialidade e Impartialidade: Por Uma Teoria Sobre Repartição e Incompatibilidade de Funções nos Processos Civil e Penal**. *In*

Revista de Processo, ano 35, n. 186. Coord: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CALAMANDREI, Piero. **O Processo Como Jogo.** *In:* Genesis: Revista de Direito Processual Civil. – Ano 7, n. 23, 2002.

CALHAU, Lélío Braga. **O Devido Processo Legal no Processo Penal: Da Antígona ao Garantismo.** *In:* O Direito em Movimento, v. 1. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** – 19. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COÊLHO, Yuri Carneiro. **Princípio do Devido Processo Legal e a Admissão de Provas Ilícitas no Processo Penal Brasileiro.** *In:* Revista Baiana de Direito, n. 2. Coord: Fredie Didier Jr. – Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** – 2. Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal.** Disponível em <http://emporiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais.** – 2. Ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** – 4. Ed. – Salvador: JusPodivm, 2010.

DEU, Teresa Armenta. **A Prova Ilícita: Um Estudo Comparado.** Trad: Nereu José Giacomolli. – São Paulo: Marcial Pons.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Processual Penal.** V. 1. – Coimbra: Coimbra, 2004, p. 315.

DUARTE, Ronnie Preuss. **Prejulgamento e a Garantia de Imparcialidade Objetiva do Julgador.** *In:* Processo Civil: Aspectos Relevantes. Coord: Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte. – São Paulo: Editora Método, 2006.

DUCLERC, Elmir. **Prova Penal e Garantismo: Uma Investigação Crítica sobre a Verdade Fática Construída Através do Processo Penal.** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito.** – 7. Ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: Introdução Princiológica à Teoria do Ato Processual Irregular.** Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. **Prisões Cautelares, Confirmation Bias e o Direito Fundamental à Devida Cognição no Processo Penal. In Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em Homenagem ao Professor Michele Taruffo.** Coord. Flávio Cardoso Pereira. – 1. Ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Juiz e o Direito: O Método Dialógico e a Magistratura na Pós-Modernidade.** Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

GOMES, Décio Alonso. **Prova e Imediação no Processo Penal.** Salvador: JusPodivm, 2016.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do direito.** – 2. Ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Verdade Real e Verdade Formal? Um Falso Problema. In Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em Homenagem ao Professor Michele Taruffo.** Coord. Flávio Cardoso Pereira. – 1. Ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **A Parcialidade do Controle da Motivação das Decisões.** –Florianópolis: Conceito Editorial.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo.** - Parte I. 2. Ed. - Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1988.

KHALED JR., Salah H. **O Caráter Alucinatório da Evidência e o Sentido da Atividade Probatória: Rompendo Com a Herança Inquisitória e a Filosofia da Consciência.** *In Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em Homenagem ao Professor Michele Taruffo.* Coord. Flávio Cardoso Pereira. – 1. Ed. – Brasília: Gazeta Jurídica.

KINCHESKI, Cristiano. **A Supraconstitucionalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos Fundamentais: O Caso do Pacto de San José da Costa Rica.** – Brasília: OAB Editora, 2006.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. v. I -** 7. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. _____ – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal.** – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **O Problema da “Verdade” No Processo Penal.** *In Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em Homenagem ao Professor Michele Taruffo.* Coord. Flávio Cardoso Pereira. – 1. Ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão.** In: Revista ANAMATRA. São Paulo, n. 21.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal: Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias.** – 2. Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** – 6. Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, Nelson Camatta. **A Interpretação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos a Partir da Emenda Nº 45.** *In Revista de Estudos Criminais, ano VII, n. 25.* – Porto Alegre: Editora Fonte do Direito, 2007.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Regra da Obrigatoriedade da Ação Penal Pública e as Suas Exceções no Direito Brasileiro.** Disponível em:

<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/121939017/a-regra-da-obrigatoriedade-da-acao-penal-publica-e-as-suas-excecoes-no-direito-brasileiro>.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. – 18. Ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 300.

_____. **Verdade Judicial e Sistema de Prova no Processo Penal Brasileiro**. *In Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em Homenagem ao Professor Michele Taruffo*. Coord. Flávio Cardoso Pereira. – 1. Ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. -4. Ed. rev. e atua. – São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no Processo Penal**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. – 15. Ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2015.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial**. – 6. Ed. – São Paulo: LTr, 2013.

PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: A Quebra da Cadeia de Custódia das Provas Obtidas por Métodos Ocultos**. – São Paulo: Marcial Pons.

_____. **A Imparcialidade e os Poderes de Instrução no Caso Lava Jato: Para Além da Iniciativa Probatória do Juiz**. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 24, v. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **O Dever de Fundamentação Reforçada das Decisões no Âmbito das Medidas Cautelares Penais**. *In: Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em Homenagem ao Professor Michele Taruffo*. Coord.: Flávio Cardoso Pereira. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. – 24. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2016.

RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. **A Prova Ilícita e a Interceptação Telefônica no Direito Processual Penal Brasileiro**. – Rio de Janeiro: Forense.

ROCA, Javier García; ZAPATERO, José Miguel Vidal. **El Derecho a un Tribunal Independiente e Imparcial (Art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos)**. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. - 10. Ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. **Prova Ilícita no Processo**. – Curitiba: Juruá, 2011.

SOSA, Angél Landoni. **La Motivación de las Decisiones Judiciales**. *In: Argumentación Jurídica y Motivación de las Resoluciones Judiciales*. Coord: Giovanni Priori Posada. Lima: Palestra, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. – 2. Ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARUFFO, Michele. **La Prueba de Los Hechos**. Madrid: Trotta, 2002.

_____. **Apuntes Sobre Las Funciones de la Motivación**. *In: Argumentación Jurídica y Motivación de las Resoluciones Judiciales*. Coord: Giovanni Priori Posada. Lima: Palestra, 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. – 7. Ed. – Salvador: JusPodivm, 2012.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **O Princípio da Imparcialidade do Julgador Como Garantia Fundamental e Seus Efeitos no Processo**. *In Revista de Processo, ano 35, n. 186*. Coord: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal. V. 2**. – 35. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos. V. I** – Brasília: Axis Mvndi, 2003.