

Standards probatórios para a suspeição: reflexões a partir do voto do Min Fachin no HC 164.493

Por Janaina Matida

“A Justiça frequentemente começa com os advogados” (Geraldo Prado, “Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos”, 2014)

Na última terça-feira (23/03), deu-se desfecho à novela da vida real de grande parcela dos advogados criminalistas brasileiros: sim, Sérgio Moro agiu com parcialidade contra o ex-Presidente Lula. Embora os processos contra Lula sejam acompanhados por toda a sociedade brasileira, não é exagero afirmar que tocam a advocacia criminal de modo especial. Os posts, no melhor estilo “eu avisei”, amplamente compartilhados, refletem o compromisso democrático de considerável parcela da advocacia criminal. De sua parte, não houve qualquer apagar das luzes, nem mesmo diante do contínuo agigantamento do Ministério Público, de sua confusão com o exercício da Jurisdição, do massivo desenvolvimento de métodos ocultos de investigação. Do início da Laja Jato até os dias atuais, os advogados mantiveram-se firmes na defesa das margens democráticas de nosso sistema de justiça, e é isso o que justifica a epígrafe do artigo de hoje. Ela foi a frase com a qual Geraldo Prado encerrou o livro que lançou em 2014 e é a partir dela que começo a Limite Penal desta semana histórica: sim, Moro agiu com parcialidade; sim, os advogados contribuíramativamente para que esta *novidade velha* fosse, finalmente, reconhecida.

Ainda que se trate de uma velha novidade, cabe registrar que o seu reconhecimento no bojo do julgamento do HC 164.493 não foi conseguido com facilidade. Gostaria de tecer algumas considerações a respeito do voto do Min. Fachin. Em primeiro lugar, ele vota pelo não conhecimento do HC em razão da inadequação da via escolhida à matéria. Em segundo lugar, ele percorre cada um dos eventos apontados pelos impetrantes como representativos da parcialidade de Moro para, em seguida, refutá-los. Nenhum deles seria, ao ver do Min. Fachin, conclusivos para a hipótese de suspeição. Estes dois grupos de razões revelam a preocupação quanto ao risco de se facilitar decisão injusta contra o ex-Juiz:

“O juízo de verificação ou não da parcialidade atribuída ao magistrado em tela na presente ocasião, se ocorrente, o seria em flagrante violação ao devido processo legal, que também deve ser garantido ao excepto, mormente em decorrência da responsabilidade pessoal advinda de eventual juízo de procedência da arguição de suspeição, conforme disciplina o art. 101 do Código de Processo Penal.

Nada obstante o não conhecimento da impetração que se impõe, cumpre examinar, um a um, os argumentos declinados pela defesa técnica para a verificação da possibilidade de atuação *ex officio* do Supremo Tribunal Federal, caso constatada flagrante ilegalidade, nos termos do art. 654, §2º, do Código de Processo Penal”.

Tanto a negativa de conhecimento do *habeas corpus*, quanto a linha argumentativa esboçada para concluir pela insuficiência de provas da suspeição, representam a cautela que o Min. Fachin pretende fazer valer quanto ao risco de falsos positivos para a hipótese de parcialidade – não quer ter, como premissa fática de sua decisão, uma hipótese falsa como se verdadeira fosse.

Por óbvio, nas diversas esferas de nossa existência, as decisões errôneas nos preocupam e devem mesmo preocupar, mas quando o assunto é processo penal, impõe-se distinguir *classes de erros*, de modo a lhes oferecer estratégias que representem as diferentes intensidades com a quais os pretendemos evitar. *Há erros que queremos evitar mais que outros*. Para garantir que tenham distribuição de riscos adequada, nem mesmo os falsos positivos podem ser todos agrupados juntos no processo penal: o risco de se decidir com base em uma hipótese falsa a suspeição do juiz *não equivale* ao risco de se decidir com base em uma hipótese falsa o cometimento de crimes por parte dos cidadãos. A presunção de inocência operante em democracias em favor de cidadãos requer tratamento assimétrico da dúvida quanto à hipótese de culpabilidade do réu e, neste sentido, é preciso reconhecer que as questões se relacionam. Uma elevada resistência quanto à hipótese da suspeição de juízes pode implicar menor zelo à presunção de inocência. Toda e qualquer pessoa tem direito a ser julgada por um juiz imparcial, não interessado no desfecho do processo. É isso que, em bom português, faz com que o resultado final possa ser aceito, tanto endoprocessualmente quanto extraprocessualmente.

Não por outra razão, uma série de decisões proferidas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos acabou por sedimentar a “teoria da aparência geral da imparcialidade”, de acordo com a qual, *não basta ser parcial, é preciso parecer imparcial*. A partir da década de 80, a melhor interpretação de imparcialidade passou a incorporar a distinção entre *imparcialidade subjetiva e objetiva*, de todo esquecida pelo Min. Fachin, a despeito de que tenha sido fartamente noticiada pela doutrina nacional.

“Embora a imparcialidade seja um atributo eminentemente subjetivo, dizendo respeito à pessoa do julgador e ao seu posicionamento psíquico em relação ao objeto do processo e às partes, a partir do julgamento do Caso Piersack vs. Bélgica, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ganhou espaço na doutrina a distinção entre imparcialidade objetiva e imparcialidade subjetiva”. (Badaró, Gustavo. “Processo Penal”, 2016, p. 45)

“Segundo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, principal fonte de inspiração da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, a contaminação resultante dos ‘pré-juízos’ conduz à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva”. (Aury Lopes Jr. “Direito Processual Penal”, 2019, p. 326)

“Para a jurisprudência do TEDH ‘o jogo das aparências tem valor de regra de decisão’. Claus Roxin colocará em relevo este aspecto da garantia e destacará que um juiz pode ser recusado por temor de parcialidade quando exista uma razão para justificar a desconfiança sobre sua imparcialidade. Acrescenta: para isso não se exige que ele seja imparcial, antes bem, alcança com que possa introduzir-se a suspeita disso, segundo uma valoração razoável”. (Prado, Geraldo. “A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro”, In Malan, Diogo; Prado, Geraldo (coord). Processo Penal e Direitos Humanos, 2014, p. 136)

“Ao lado do princípio da igualdade, a Constituição realçou a necessidade de um juiz imparcial. Aqui vale se apropiar do princípio do direito inglês -- justice must be not only done, it must also be seen to be done -- para afirmar que em um regime democrático não basta ao Judiciário ser imparcial, deve parecer imparcial (...).” (Nicolitt, André. “Manual de Processo Penal”, 2019, p. 143).

“A imparcialidade, no decorrer do tempo, desde ao menos o julgamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), no caso Piersack vs. Bélgica, distinguiu-se entre objetiva e subjetiva. Também deve-se valorizar a ‘estética da imparcialidade’ (...).” (Morais da Rosa, Alexandre. Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos, 2020, p. 553).

Em síntese, a cautela quanto a decisões errôneas deve beneficiar réus, e não juízes. De tal maneira que, os fatos então atribuídos ao excepto, deveriam ter sido bastantes para que o

entendimento do magistrado fosse justamente o contrário, isto é, *para conhecer do habeas corpus*, porquanto via adequada ao exame desta séria hipótese de constrangimento ilegal.

E mais do que isso, aqui também encontrarão uma análise do trajeto argumentativo realizado no referido voto, que pretende dar conta de demonstrar que houve equívoco quanto ao *standard probatório* aplicado à hipótese de suspeição. Mesmo “não conhecendo do HC”, o Min. Fachin ofereceu as inferências que realizou para concluir que ex-Juiz Moro não agiu com parcialidade e, sendo assim, tornou possível algumas considerações críticas a respeito de seu raciocínio probatório as quais passo a seguir:

- a) O primeiro dos fatos parciais atribuído ao excepto é a condução coercitiva do paciente. Em 04/03/2016, o então Juiz Sérgio Moro ordenou a condução coercitiva do paciente para depor, em que tivesse havido qualquer tentativa prévia de intimação para tal ato. De acordo com o Min. Fachin, é inviável afirmar que o deferimento da medida seja indicativo, por si só, de qualquer parcialidade do magistrado. Cita decisão emitida pelo TRF4, quando afirma que “No sistema brasileiro, a jurisdição é una, de modo que não se separa [sic] o juízo que conduz o inquérito ou instrui a causa daquele que julga. Tal circunstância, todavia, não lhe retira a imparcialidade”. Diz ainda que o comportamento do excepto deu-se antes de decisão do STF (ADPF’s 395 e 444), que entendeu pela não recepção constitucional do art. 260 que trata precisamente da matéria, oferecendo-lhe efeitos *ex nunc*. Daí infere que, ter agido como agiu, à época, não é suficiente para inferir que agiu com parcialidade. A argumentação do Min. Fachin dá a entender que, se há inferência probatória compatível com a hipótese de imparcialidade, é ela que deve ser preferida.
- b) Quanto à autorização da interceptação telefônica das linhas telefônicas relacionadas ao paciente (sua, de seus familiares e, inclusive, de seus advogados), o Min. Fachin afirma ter sido “exarada a partir dos indícios produzidos no decorrer da investigação policial que justificaram a necessidade da medida invasiva, não se verificando teratologia apta a denunciar a parcialidade sugerida”. De novo, cita a Corte Regional, para reforçar a compatibilidade do comportamento do excepto à hipótese de preservação de atuação

imparcial. Tampouco o vasculhamento do paciente, que de tão intenso transbordou à violação das prerrogativas de seus advogados, foi capaz de demover o Min. Fachin da hipótese fática de preservação da imparcialidade.

c) A seguir, sobre fato de o ex-Juiz ter providenciado o vazamento do áudio do paciente com a ex-Presidente Dilma, o Min. Fachin também consegue ofertar inferência probatória conforme à hipótese da imparcialidade.

Ainda que revele a atuação do referido magistrado em desbordo às normas de regência, a merecer a crítica adequada e a remediação prevista em lei, tal fato, mesmo visto no contexto dos anteriores elencados pelos impetrantes, não detém o condão de externar eventual intenção de atuação parcial (...)".

O emprego da estrutura adversativa “ainda que” expressa esforço argumentativo um pouco mais elevado, mas não a ponto de, a seu ver, abalar a compatibilidade entre o comportamento do excepto e o dever de imparcialidade.

d) O conteúdo da sentença condenatória também foi indicado pelos impetrantes como fato de parcialidade do excepto. A sentença a mais de 9 anos e 6 meses do Paciente teria se dado a partir da verdadeira mentoria do magistrado aos procuradores, trabalho coordenado que culminou com o desprezo de provas de inocência bem como valoração probatória acrítica da versão dos fatos ofertada por corréu com pretensões extremamente interessadas em se tornar colaborador. Para dar cabo de, mais uma vez, inferir imparcialidade, o Min. Fachin cita o Min. Gilmar Mendes para afirmar que “não se pode considerar um magistrado suspeito por decidir de acordo com a tese que considera correta, pois se estaria atingindo o exercício da atividade jurisdicional”. Ora, sem sombra de dúvidas, o desgosto com o advento de um desfecho condenatório não dá azo à parcialidade, isso é evidente. Mas o que é apontado pelos impetrantes é algo mais sério do que isso: a hipótese aventada na impetração do *habeas corpus* é de que a condenação se deu por força de fisiologismo entre acusação e julgador, a partir do qual provas da inocência foram desprezadas enquanto narrativas desacompanhadas de necessária corroboração foram acriticamente aproveitadas. É bem verdade que a defesa do paciente faz menção a mensagens recentemente vazadas pelo *Intercept* e que, portanto, têm

sua licitude discutível. Ou seja, aqui sim, o Min. Fachin poderia ter valorizado mais a impossibilidade de concluir pela parcialidade. Se o que é trazido para comprovar a parcialidade é considerado ilícito, há quem defenda que não pode ser admitido. Tivesse sido esta a argumentação do Min. Fachin para continuar a concluir pela insuficiência de provas de parcialidade, ainda assim, diria que é plausível admitir provas consideradas ilícitas quando capazes de beneficiar o réu.

e) A continuação, a atuação do magistrado no sentido de impedir o cumprimento da ordem de soltura exarada pelo Desembargador Federal Rogério Favreto também é interpretada como compatível com a hipótese da imparcialidade. Para tanto, o Min. Fachin traz o que chamou de “embate entre magistrados”, cujo desfecho foi a confirmação da manutenção da privação de liberdade do paciente, por parte do Presidente do TRF4. Sobre isso, o Min. Fachin diz:

“Não há como se afirmar que a manutenção da privação de liberdade do paciente tenha ocorrido *exclusivamente* por força do ato praticado pelo ora excepto, sendo fruto de uma série de divergências sobre a competência verificadas entre autoridades judiciais diversas, as quais se encontram sob análise da instância disciplinar com atribuição definida na Constituição”.
(grifei)

Pergunto: para ser parcial é preciso que o resultado deva-se *exclusivamente* à atuação do excepto? A resposta é evidentemente negativa. O fato de que uma pluralidade de decisões culminou na manutenção da privação de liberdade do ex-Presidente não apaga a parcialidade que motivou ao menos uma destas decisões. A execução tramitava em vara distinta à de Moro, quem, aliás estava de férias quando atuou para obstar o cumprimento da decisão. Diante destas circunstâncias, a tese da imparcialidade revela-se, como mínimo, implausível. Mas há mais.

f) Por fim, os impetrantes indicam como também representativos da parcialidade o adiamento do interrogatório do paciente para momento posterior às eleições do ano de 2018, bem como a juntada ao autos do processo contra o paciente da delação do ex Min. Antonio Palocci, apenas uma semana antes do pleito eleitoral do qual o atual Presidente da República sairia

vencedor. Segundo argumentação dos impetrantes, a parcialidade teria se dado a partir da utilização do processo contra o paciente para gerar benefício próprio, uma vez que, após eleito, o atual Presidente de fato lhe nomeou Ministro da Justiça. Para manter linha argumentativa compatível com a imparcialidade, o Min. Fachin cita o próprio excepto:

“(...) O Juiz Federal Sérgio Moro ressaltou que a aceitação do convite em nada se relacionaria com o caso do ex-Presidente, condenado em 2017, quando não havia expectativa de que o então Deputado Federal fosse eleito Presidente”.

Para o Min. Fachin, os elementos probatórios trazidos pela defesa “não se revelam idôneos e suficientes para a escorreita perscrutação sobre eventual vício de parcialidade na prática dos atos questionados”. O Min. Fachin argumenta que o adiamento do interrogatório teria alcançado não apenas o paciente, mas todos os demais corréus, o que não permitiria a interpretação de que tenha sido realizado com parcialidade contra o paciente. A juntada da colaboração de Palocci tampouco permitiria chegar à conclusão diversa de que, não por isso, o excepto teria agido com parcialidade.

“(...) Não se pode extrair qualquer intenção do então magistrado em prejudicar os interesses do paciente, porque, insisto, amparado em previsão legal e praticado visando proporcionar o contraditório constitucionalmente às partes”.

A relutância em se preservar incólume a tese da imparcialidade do excepto expressa a preocupação com a decisão errônea de que falei nas páginas iniciais deste artigo. Isso porque, tal como destacado pelo Min. Gilmar Mendes, o acordo com o ex-Min. Palocci já havia sido homologado cerca de três meses antes. Essa informação plausivelmente nos leva a crer que a demora tenha sido “cuidadosamente planejada pelo magistrado para gerar verdadeiro fato político na semana que antecedia o primeiro turno das eleições”, como asseverou o Min. Gilmar Mendes.

O trajeto argumentativo traçado pelo Min. Fachin faz parecer que somente entenderia como suficientemente corroborada a hipótese de parcialidade se escutasse confissão vindas diretamente do próprio excepto. A parcialidade demandaria, nesta reconstrução argumentativo-probatória, o que tradicionalmente a dogmática processual já apelidara de

“prova plena”, algo que inspirasse intimamente no julgador uma espécie de certeza absoluta de que os fatos são tais como lhe afirmam (o entendimento merece revisão e o elevado grau de exigência imposto a uma hipótese de juiz parcial para que seja considerada verdadeira já foi tema de excelente artigo publicado no ConJur)¹.

Digo isso porque quando se afirma que a distribuição dos riscos de se condenar inocentes e de absolver culpados deve pender para a evitação da condenação de inocentes, é preciso entender as consequências lógicas que sistematicamente devemos esperar desta tão importante afirmação. Por um lado, não bastará que a hipótese acusatória seja a mais provável, senão que terá de ser capaz de afastar hipóteses fáticas compatíveis com a inocência do réu. Por outro, será preciso enxergar que a hipótese da parcialidade consiste precisamente em uma destas hipóteses fáticas que são compatíveis com a inocência do réu. Logo, na hipótese de se fazerem presentes, devem significar insuficiência da hipótese acusatória. Juízes parciais se tornam íntimos dos acusadores e passam a perseguir réus. *A tolerância com o risco de termos decisões judiciais tomadas por juízes parciais equivale ao rebaixamento do standard probatório da condenação penal.* Não há outra conclusão possível.

Sendo assim, no caso em tela, a hipótese do juiz parcial não teria de superar um *standard probatório* tão alto como o interpretado como necessário pelo Min. Fachin. Como desdobramento lógico necessário do fato de que é o paciente quem tem o direito de ser condenado apenas se sua defesa mostra-se incapaz de oferecer hipóteses alternativas compatíveis com a inocência, é preciso ter olhos para ver as hipóteses que têm potencial de explicar os fatos provados no decorrer do processo mantendo-lhes compatíveis com a hipótese da inocência do impetrado. Ter sido julgado por um juiz que autorizou devassas de toda sorte à sua vida, de seus familiares e advogados, que adiou momento de seu interrogatório, que vazou o teor de suas conversas, que investiu esforços para evitar a sua soltura, é uma destas hipóteses que joga por terra a legitimidade do resultado, ultrapassando, em muito, a suspeita de parcialidade que deveria ser capaz de produzir.

1. Biazi, Roberto Portugal. “É urgente jurisprudência que reveja standard probatório para recusa de juiz”. Acesso por: https://www.conjur.com.br/2020-ago-04/roberto-biazi-imparcialidade-judicial-standard-probatorio#_ftn2

Tal como bem dito por Ferrajoli, não há espaço para *ambíguas solidariedades*² em um processo penal democrático – se ambíguas forem, devem ser interpretadas como parciais. Por isso mesmo, o *standard probatório* da suspeição precisa refletir o reduzido risco que estamos dispostos a correr de que os processos sejam julgados por juízes parciais, justamente porque queremos assegurar a preferência por evitar o risco de condenar inocentes. Já é tempo de vitórias para a democracia; a sociedade precisa e a advocacia criminal, depois de dar notícia de tanta novidade velha, bem que está a merecer.

2. Ferrajoli, L. Derecho y Razón, p. 583.