

PARECERES

SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná;
Professor Regente, em nível de pós-graduação, de Direito Processual Penal,
da Universidade Federal do Paraná.

1. O devido processo legal. 2. Abuso de poder. 3. Antecedentes do despacho abusivo. 4. Fundamento legal da suspeição. 5. Tempestividade da arguição. 6. Respostas.

Consulta

1. Os jornalistas Otavio Frias Filho, Nelson Blecher, Josias de Souza e Gustavo Krieger foram denunciados pelo Ministério Público Federal junto à 4ª Vara Criminal de São Paulo, no pressuposto de que teriam cometido crime contra a honra do Presidente da República através de reportagens publicadas entre os dias 27.7 e 2.8.90, no jornal *Folha de São Paulo*.

2. O apontado *corpus delicti* estaria caracterizado pelas notícias e comentários a respeito da contratação, pelo Governo Federal, de empresas de publicidade sem licitação beneficiando, principalmente, duas agências que produziram os programas eleitorais para o rádio e a televisão, do então candidato Fernando Collor de Mello.

Além da violação da exigência constitucional da livre concorrência, como princípio geral da atividade econômica (art. 170, IV) e da moralidade da Administração Pública (art. 37), teria também ocorrido ofensa às normas da legislação ordinária, como o Dec. lei 2.300, de 21.11.86 e o Dec. 99.296, de 12.6.90. Este baixado pelo próprio Presidente da República a quem as repor-

tagens atribuíram responsabilidade pelas contratações irregulares.

3. No entendimento de que se configurara abuso no exercício da liberdade de informação, o Ministro da Justiça Bernardo Cabral requisitou instauração de ação penal através do Aviso 568/90.

4. O agente do Ministério Público atribuiu aos denunciados o cometimento do ilícito previsto pelo art. 20 da Lei 5.250, de 9.2.67, c/c os arts. 14 e 29 do CP. No contexto da imputação e após pedir o recebimento da denúncia e seu processamento regular, o Procurador requereu a citação dos acusados para a apresentação de defesa prévia, desde logo, porém, "cientificando-os" de que não poderiam arguir a exceção da verdade do fato imputado, em face da proibição legal.

No final, pleiteou a condenação dos acusados bem como a publicação da sentença, por sete dias, com o mesmo destaque dados às notícias.

5. A denúncia foi recebida através do despacho que se desenvolve ao longo de 9 pp.

No entendimento de que o Presidente da República "foi vítima, sujeito passivo ou ofendido da eventual calúnia, em decorrência do que somente poderia ser

arrolado numa dessas 3 qualidades pelo Ministério Público Federal, ou ainda instado a depor pelo próprio Juízo, se necessário, mas não pela defesa”, o Magistrado excluiu do rol das testemunhas arroladas pela defesa, o suposto ofendido.

6. A defesa manifestou recurso em sentido estrito contra o despacho de recebimento da denúncia, pleiteando a colheita da prova negada e a admissão da exceção da verdade se a decisão recorrida fosse mantida.

O despacho foi sustentado pelo seu prolator em decisão de 36 pp.

7. O Presidente da República foi admitido como assistente do Ministério Público enquanto o Secretário da Presidência da República, Cláudio Francisco Vieira, ingressou com ação penal privada subsidiária, mediante queixa, recebida após a defesa dos acusados.

8. As ações penais desenvolviam seu curso, com atos de instrução já designados, quando o Juiz ordenou a autuação da reportagem publicada pela *Folha de São Paulo*, ed. de 11 do corrente mês (Caderno 1, p. 7), sob os títulos “Acerto de contas” e “Contrato mantido”. Determinou, também, o registro do expediente como “procedimento criminal diverso” e mandou que a distribuição se fizesse por dependência à Vara Criminal por onde tramitam os processos e que, com urgência, se abrisse vista dos autos ao Ministério Público Federal.

9. O Procurador da República Mario Luiz Bosaglia ingressou com *correição parcial* contra o despacho mencionado, sustentando que a decisão era “aberrante e inusitada”, causando “enorme estranheza a iniciativa tomada pelo D. Magistrado corrigido que ingressou em seara constitucionalmente reservada ao Ministério Público, assim como passou ao largo do julgamento de conveniência política, no que toca à propositura de

nova ação, das autoridades que Sua Excelência entendeu tenham sido ofendidas”.

10. A *Correição Parcial* foi liminarmente deferida pelo Juiz Corregedor Homar Cais, sob o argumento da relevância do pedido e da constatação de que o Magistrado violou o princípio que veda a prestação da tutela jurisdicional sem provocação da parte ou do interessado, além de poder “causar dano irreparável aos jornalistas responsáveis”.

11. Os advogados Luís Francisco Carvalho Filho, José Carlos Dias e Antônio Carlos Penteado de Moraes, na condição de defensores dos jornalistas e à vista do quadro processual e, em especial, do último ato praticado pelo Juiz, dirigem *consulta* formulando os seguintes requisitos: “a) a decisão ordenando a abertura de novo procedimento criminal é violadora de princípios constitucionais e legais vigentes no processo penal brasileiro?”

“b) pela sua natureza, antecedentes e extensão, o referido ato judicial caracteriza atitude processual capaz de gerar a suspeição do Magistrado?”

“c) a oposição de exceção de suspeição é tempestiva?”

12. A consulta veio devidamente instruída e, na forma de Parecer passo a respondê-la.

1. O devido processo legal

13. Em antológica abertura de sua obra clássica, João Mendes de Almeida Júnior escreveu com simplicidade e sabedoria: “O *processo criminal* tem seus princípios, suas regras, suas leis: princípios fundamentalmente consagrados nas constituições políticas; regras cientificamente deduzidas da natureza das cousas; leis formalmente dispostas para exercer sobre os juízes um despotismo salutar, que lhes imponha, quase mecanicamente, a imparcialidade. Por

isso, todas as constituições políticas consagram, na declaração dos direitos do homem e do cidadão, o solemne compromisso de que — ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude da lei anterior e na forma por ela regulada.”

“As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as actualidades das garantias constitucionais. Si o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à discrição dos juizes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbitrios, seria uma ocasião constante de desconfianças e surpresas. É essa a razão pela qual, si os legisladores puderam, em algumas épocas, deixar as penas ao arbitrio dos juizes, nunca deixaram ao mesmo arbitrio as formalidades de suas decisões”. (*O Processo Criminal Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1920, I/8/9).

14. Na imagem muito expressiva de Faustin Helie, as formas do processo são destinadas “como pharões, a iluminar a marcha da acção judiciária”, posto assegurarem a liberdade dos indivíduos ao garantirem a defesa; dão força aos julgamentos e aos juizes, porque são o penhor de sua imparcialidade e revestem a Justiça de toda a majestade porque dão testemunho da prudência de seus agentes (*apud* João Mendes, ob. cit., p. 9).

15. A Constituição brasileira de 1988 consagra o princípio do *due process of law*, como instituição jurídica de notável relevo histórico e como garantia essencial para a dignidade do processo. Ao dispor que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV), a lei fundamental brasileira resguarda um dos mais generosos princípios do Estado Democrático de Direito.

Em sua peregrinação heróica, dos diplomas de garantia do regime anglo

saxão às *Petitions of Rights* de 1628; das Declarações de Direitos do final do século XVIII às Constituições a véspera do terceiro milênio, o princípio se manifesta em várias frentes de garantia.

16. Conforme Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, o *due process of law* assume dimensões que vão para muito além do caráter instrumental com que foi concebido na prática judiciária inglesa (direito a um processo ordenado).

Assim, dentro de uma concepção mais ampla e adequada, o devido processo legal compreende: “a) elaboração regular e correta da lei, bem como de sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (*substantive due process of law*, segundo o desdobramento da concepção norte-americana); “b) aplicação judicial da lei através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o *processo* (*judicial process*); e “c) assecuração, neste, da *paridade de armas* entre as partes, visando a igualdade substancial”. (*Constituição de 1988 e processo*, Ed. Saraiva, 1989, p. 15).

17. Diante de tais perspectivas, afirma-se o princípio como fenômeno indissociável de um tipo de processo penal comprometido com a descoberta da verdade e a realização da Justiça.

Frente às coordenadas do Estado Democrático de Direito — assim como se propõe a República Federativa do Brasil no primeiro artigo da Constituição — o processo penal deve desempenhar antes de tudo uma *função comunitária*.

Como salienta Jorge de Figueiredo Dias, o processo penal é uma “*parte da ordenação comunitária*, logo ficando prejudicada, por unilateral, a sua caracterização como mero aparelho de força estadual ou como simples ordem de proteção do indivíduo face àquela força” (*Direito Processual Penal*, Coimbra Editora Ltda, 1974, 1º/69).

18. Em síntese: o processo penal é um *assunto da comunidade* em nome da qual se busca a verdade e se distribui a Justiça. Fora de tal perspectiva, o processo é um instrumento de terror político e social, a Justiça uma abstração da realidade e a pena é uma forma cruel para satisfação de antigos ou novos deuses e o seu universo de mistérios.

2. Abuso de poder

19. O ato do Magistrado, interferindo diretamente na autonomia ética de um meio de comunicação regularmente instituído e funcionando legalmente, configurou manifesto abuso do poder jurisdicional posto caracterizar censura proibida pela Constituição.

20. O pedido de Correição Parcial expõe com clareza e precisão o episódio, extraindo as devidas consequências jurídicas. O ato judicial pretendeu retirar do Ministério Público o exercício de uma de suas funções institucionais privativas (CF art. 129, I).

21. Não existe paralelo entre a referida decisão e o dever processual estabelecido pelo art. 40 do CPP, *verbis*: “Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes e tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia”.

Com efeito. Em primeiro lugar, o *material proibido* não se encontrava em “autos ou papéis” submetidos ao conhecimento do Magistrado, mas, sim, em edição regular de um meio de comunicação. Não se tratava, portanto, de repassar ao órgão do Ministério Público material probatório que veio ao processo ou se continha num papel ou que se formou durante a dilação probatória.

Em segundo lugar, o Magistrado não se limitou a encaminhar expediente ao Ministério Público, contendo a matéria existente fora de autos ou papéis de que

conheceu — fato que também caracteriza *sviamento de potere* em face da natureza pública *condicionada* da ação penal correspondente (CP, art. 100, § 1º c/c o art. 24 do CPP).

22. O sistema processual penal veda o início de inquérito nos crimes em que a ação pública depender de representação (ou requisição) do ofendido, antes de satisfeita tal formalidade (CPP, art. 5º, § 4º).

Com tal orientação, fica resguardada a autonomia ética da pessoa e sua liberdade de proteção dos bens jurídicos disponíveis. A propósito, salienta Jorge de Figueiredo Dias que “um dos valores prevalentes no processo penal é o asseguramento da esfera dos direitos da personalidade da pessoa” (ob. cit. p. 131). Considerando que entre os *direitos da personalidade* se encontram os relativos à intimidade da vida privada e à honra, não se admite a instauração de procedimento criminal à revelia ou em oposição à vontade do titular do bem jurídico afetado, quando este bem constitui o quinhão disponível do patrimônio da pessoa.

23. O despacho atacado pela Correição Parcial não se restringiu a encaminhar material supostamente delituoso ao Ministério Público. Ele foi mais adiante quando: a) classificou tecnicamente a reportagem sob o ângulo da adequação típica, atribuição especificamente reservada ao Ministério Público, salvo as exceções mitigadas dos arts. 383 e 384 e parágrafo único do CPP; b) mandou autuar a reportagem e encaminhá-la à Sudis para registro como “procedimento criminal diverso”; c) mandou distribuir o expediente por dependência à mesma Vara Criminal por onde correm os feitos sob a sua direção; d) mandou abrir vista “com urgência”, ao Ministério Público Federal; e) orientou a estratégia para os eventos processuais futuros, com a indicação de arestos que tratam da hipó-

tese de delitos intercorrentes; f) proferiu juízo de mérito sobre a (suposta) criminalidade do fato novo.

24. Quanto a este último aspecto, o emprego de expressões como “*em tese*, nova infração penal” e “*fins eventualmente ilícitos*” não socorre a aparente imparcialidade do ato, posto não se adequarem ao contexto da decisão, toda ela inspirada pela marca psicológica da prevenção.

25. O ato desnuda a parcialidade na medida em que transpira a convicção do Magistrado. A suspeição e o abuso de poder são *vasos comunicantes* e a condenação dos réus está sendo digitada pelas fímbrias dos arestos. A sentença, em tais circunstâncias, constituirá apenas o *desdobramento lógico* de uma sucessão “de atos de que se entrelaçam” em inequívoca “relação de conexidade”, para usarmos as expressões constantes do despacho.

26. A respeito do procedimento acusatório *ex officio*, censurado pelo ilustre Procurador da República e pelo e. Corregedor Geral, vale transcrever a doutrina imorredoura de José Antonio Pimenta Bueno. Com sua fecunda sensibilidade e a notável experiência de Magistrado, Deputado Provincial e Senador por São Paulo, Presidente das Províncias de Mato Grosso e do Rio Grande do Sul, Presidente do 24º Gabinete do Império, Diplomata e jurista de visão universal, disse ele em seus clássicos *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*: “É essencial combinar o que a ordem pública reclama com as garantias das liberdades individuais. O que faz um juiz, quando procede *ex officio*? Constitue-se simultaneamente julgador e parte adversa do delinquent; dá a denuncia a si proprio, escolhe as testemunhas e inquire-as perguntando o que julgar conveniente, e por fim avalia as provas que elle creou, e pronuncia, ou não, como entende! Ha nisto garantia alguma? “O

juiz não deve ser sinão juiz, arbitro imparcial, e não parte. Ainda mesmo prescindindo dos abusos que essa accumulção facilita, uma tal confusão tende por si mesma a desvairar o espirito do julgador. Em verdade, quando elle é obrigado a crear em seu proprio espirito as primeiras suspeitas de quem seja o autor do crime, em vez de somente apreciar as que lhe são apresentadas, essas impressões influirão depois por modo perigoso. O amor proprio de sua previdencia convidará a que não aprecie bem as contradicções ou razões oppostas, a que faça triumphar sua penetração: elle julgará antes de ser tempo de julgar”. (Edição Empreza Nacional do Diario, Rio de Janeiro, 1857, p. 87).

3. Antecedentes do despacho abusivo

27. O despacho que transgrediu os limites constitucionais e legais assinalados para o exercício do poder jurisdicional não deve ser tratado somente no âmbito da correição parcial. Em princípio, o simples encaminhamento de elementos indiciários de um delito ao órgão do Ministério Público — em crime perseguível mediante ação pública incondicionada, frize-se — não conduziria à convicção de suspeição do seu autor. A propósito, decidiu o Supremo Tribunal Federal, que tal iniciativa não constitui ilegalidade (RTJ 84/830) e nem caracteriza situação de impedimento do juiz (RTJ 48/321).

Neste último paradigma, a Corte suprema deu ao assunto a orientação mais adequada ao decidir que: “O *estrito* cumprimento do disposto no art. 40 do CPP não acarreta o impedimento do julgador que dá a *noticia criminis* e *sugere* a abertura de processo regular”. (Grifos nossos).

No entanto, além das características inusitadas do procedimento de ofício como já se analisou, existem antecedentes que revelam a inequívoca compulsão

do Magistrado em dirigir a ação penal de modo temerário, não obstante a erudição jurídica das *linhas de ação* e a freqüente companhia de acórdãos fincados aqui e ali como guias de seu pensamento exterior.

28. Alguns exemplos, extraídos do itinerário processual podem ser indicados como *elos da cadeia de suspeição*: a) a violação do princípio de isonomia, traduzido no processo judicial pela igualdade entre as partes; b) a violação da garantia do *equilíbrio de armas*; c) a violação do princípio do contraditório; e d) a violação do princípio a ampla defesa. Vejamos cada um deles:

a) Igualdade entre as partes

29. Relativamente a este aspecto, o tratamento dispensado nos atos judiciais ao ofendido, bem revela a superposição de hierarquia de uma parte sobre a outra, fenômeno incompatível com o princípio constitucional de isonomia (art. 5º, I) que se reflete no processo penal como uma das garantias exigidas do juiz (CPC, art. 125, I c/c o art. 3º do CPP). Trata-se de um dos pressupostos indispensáveis da “regularidade do processo” (CPP, art. 251) a ser provida pelo Magistrado.

30. Sem embargo da consideração que merece o titular do cargo da presidência da República, forçoso é reconhecer que S. Exa., na espécie, despe-se de prerrogativas formais quando vem litigar em seu nome pessoal. Esta situação ficou explicitamente caracterizada pelo seu empenho em atuar como assistente do Ministério Público. É o cidadão Fernando Affonso Collor de Mello, brasileiro, casado, Economista... (no exercício da presidência da República) quem atua como acusador particular. Trata-se, portanto, de um litígio que, se por um lado, tem como parte supostamente atingida o Presidente da República, por outro tem a figura pes-

soal do exercente do alto cargo. E dentro desta perspectiva, ação penal envolve contedores no mesmo plano da cidadania que é um dos fundamentos da República (CF. art. 1º, II) e antítese de privilégios e desigualdades.

Conforme consta da autuação, a (suposta) vítima é “O Exmo. Sr. Presidente da República” e assim também se verifica no despacho de notificações dos acusados (fls.) e no despacho de recebimento da denúncia (fls.).

31. No ofício de fls., contendo as informações ao Relator do Mandado de Segurança, o nome do se dizente ofendido foi gravado com pompa e circunstância: “Exmo. Sr. Presidente da República, Fernando Collor de Mello”. E assim se fez por 3 vezes (fls.) enquanto nas demais, a referência o foi à pessoa do “Exmo. Sr. Presidente da República” (fls.) lembrando, de certa forma, a discriminação social e política do Livro V das Ordenações do Reino de Portugal ao instituir as penas em correspondência com a “graveza do caso e qualidade da pessoa” e a imunidade conferida ao Príncipe, na Constituição do Império do Brasil.

Sob o advento da Carta Política liberal de 1946, foi sancionada a Lei 1.079, de 10.4.50, que permite a qualquer cidadão denunciar o Presidente da República, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados.

É o exemplo vigente da *ação penal popular* como virtude do regime democrático e negação da inviolabilidade e da santificação da pessoa do governante.

32. Enquanto o advogado do suposto ofendido refere-se adequadamente ao “Presidente da República” (fls.), o Magistrado volta a reverenciar o “Exmo. Sr. Presidente da República, Fernando Affonso Collor de Mello” (fls.) mesmo quando ele comparece como acusador particular para requerer a sua habilitação nos autos. A *sacralização* de uma das partes no processo penal, de forma

continuada e expressiva, deixa de constituir mero gesto de homenagem para assumir os contornos da suspeição quando o Magistrado procura desobrigar o (suposto) ofendido do dever processual de testemunhar, violando, assim, regras claras do processo (CPP, arts. 201, 202 e 221, § 1º).

b) Violação da garantia do "equilíbrio de armas"

33. O *equilíbrio de armas* (*paridade de armas, equalianza delli armi, égalité des armes, equality of arms, waffengleichheit*) constitui uma das garantias essenciais do processo penal conduzido pelos rumos do Estado Democrático de Direito.

Tal equilíbrio é o aval do contraditório e a fiança da ampla defesa sem os quais o processo penal assume a conformação de pânico e a Justiça a imagem do terror.

34. O Magistrado excluiu do rol das testemunhas o Presidente e o cidadão Fernando Collor de Mello, no pressuposto de que: "S. Exa., na verdade, foi vítima, sujeito passivo, ou ofendido da eventual calúnia, em decorrência do que somente poderia ser arrolado numa dessas 3 qualidades pelo Ministério Público Federal, ou ainda instado a depor pelo próprio Juízo, se necessário, mas não pela defesa". (fls. do despacho de recebimento da denúncia, grifos do original).

35. Nada mais equivocado. Além da possibilidade legal de se ouvir o ofendido (CPP, art. 201) a teoria e a prática do processo judicial, de modo geral, extraem das declarações da vítima ou do depoimento da parte, conforme se trate de prova no processo criminal ou no processo civil, as mais importantes consequências. Impedir que a defesa produza prova através das declarações do se dizente ofendido caracteriza manifesto abuso de poder e flagrante violação da garantia da igualdade de armas

que vale tanto para os domínios da prova como da situação e relações dos sujeitos do processo.

36. Como epílogo das considerações em torno deste tema, valem duas reflexões: a) a posição do ilustre Procurador da República e autor da denúncia, no sentido de que não existe impedimento legal para que seja ouvido o Presidente da República como ofendido; b) a orientação da legislação processual penal para os crimes contra a segurança nacional (Dec.-lei 898, de 29.9.69, arts. 65 e 66 e parágrafo único) cerceando flagrantemente o direito à *igualdade de armas*.

c) Violação do princípio do contraditório

37. A Constituição Federal assegura "aos acusados em geral" o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV).

Conforme a lição de Figueiredo Dias, a moderna tendência é no sentido de conferir verdadeira autonomia substancial ao contraditório perante o princípio da verdade material e perante o direito de defesa do acusado (ob. cit. p. 153).

38. Na espécie o contraditório se exerce pela possibilidade jurídica do acusado ouvir o acusador, mesmo sob a restrição ditada pela Lei 6.416, de 24.5.77, que deu a atual redação ao § 1º do art. 221, do CPP.

d) Violação do princípio da ampla defesa

39. Trata-se de corolário lógico embora de formulação autônoma, do princípio anteriormente exposto (CF, art. 5º, LV).

A ampla defesa é um instituto de feição liberal e que se afirma, na atualidade, como exigência inafastável do processo penal de feição acusatória em oposição ao processo penal de natureza inquisitorial.

Com muita propriedade acentua José Cretella Junior que a ampla defesa abrange o contraditório, “completando-se os princípios que as informam e que se resumem no postulado da liberdade integral do homem diante da prepotência do Estado” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Ed. Forense Universitária, 1990, 2ª ed., 1/534).

4. Fundamento legal da suspeição

40. A suspeição do Magistrado que vem dirigindo os processos criminais contra os jornalistas Otavio Frias Filho, Nelson Blecher, Josias de Souza e Gustavo Krieger, é uma imposição da essência e da circunstância do interesse público inerente à Administração da Justiça e das exigências do devido processo legal.

41. Uma perspectiva literal e restritiva do art. 254 do CPP impediria a oposição de exceção de suspeição. Com efeito, o Juiz da causa não se acomoda formalmente a nenhuma das hipóteses ali descritas. Não é amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes e inexistem evidências a propósito de situações ou relações que a lei processual penal enumera (ns. I a VI).

No entanto, mesmo sem a roupagem formal de qualquer um dos modelos legais, os atos processuais analisados, pelo seu “inegável entrelaçamento” e “relação de conexidade”, demonstram ser o Juiz, *data venia* “interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes” (CPC, art. 135, V, c/c o art. 3º do CPP).

42. Existe uma inegável cadeia de atos reveladores da inclinação do Magistrado pela condenação dos acusados como ofensores da honra do “Exmo. Sr. Presidente da República Fernando Collor de Mello”, conforme o tratamento grafado tantas vezes nos despachos e decisões.

43. A *cláusula salvatória* constante do inc. V do art. 135 do CPC é o *gênero*

de que são *espécies* as hipóteses arroladas pelos outros incisos.

Sendo assim, pode-se afirmar que as relações e as situações descritas pelo art. 254 do CPP são *modalidades* através das quais o Juiz revela o seu interesse no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Por outro lado, a disposição de caráter geral, isto é, o interesse na decisão em favor de uma das partes, está indicada como hipótese clássica de suspeição nos diplomas processuais brasileiros. A propósito, o Código de Processo Criminal do Império (art. 61) e o CPP do Distrito Federal (art. 43).

44. Nenhuma dúvida existe quanto à possibilidade jurídica do sistema do processo penal brasileiro acolher a cláusula geral de hipóteses de suspeição, trasladando o texto do Código de Processo Civil, diante de dois — entre outros — argumentos: a) a lei processual penal admite aplicação analógica (CPP, art. 3º); e b) a doutrina registra precedente como se poderá verificar em José Frederico Marques, ao sustentar que a suspeição por motivo íntimo (art. 119, § 1º do CPC/39) embora não prevista expressamente no Código de Processo Penal se estende à Justiça criminal (“Da suspeição”, em *Estudos de Direito Processual Penal*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1960, pp. 203, 204).

45. Tratando do tema da suspeição, Jorge de Figueiredo Dias se reporta ao § 24, II do CPP da então República Federal da Alemanha (ou Alemanha Ocidental) contendo uma cláusula geral dizendo poder ser acusado o *judex suspectus* “quando exista qualquer fundamento capaz de gerar desconfianças sobre a sua imparcialidade” (ob. cit. p. 319).

E prossegue o lúcido processualista — e notável penalista — com a lição que merece ser transcrita: “É, em conclusão, um verdadeiro *princípio geral de direito*, actuante no domínio da política judiciária, que se esconde atrás de toda a

matéria respeitante aos impedimentos e suspeições do juiz: o de que é tarefa da lei velar por que, em qualquer tribunal e relativamente a todos os participantes processuais, reine uma *atmosfera de pura objectividade e de incondicional juridicidade*. Pertence pois a cada juiz evitar, a todo o preço, quaisquer circunstâncias que possam perturbar aquela atmosfera, não — uma vez mais o acentuamos — enquanto tais circunstâncias possam fazê-lo perder a imparcialidade, mas logo enquanto possam criar nos outros a convicção de que ele a perdeu. “Deste modo, muitas atitudes do juiz incompatíveis com a manutenção daquela atmosfera e que tradicionalmente só são passíveis de censura em via de recurso (quando o são), por representarem violações dos princípios da forma próprios da audiência de discussão e julgamento, deviam ser atalhadas e remediadas logo através de uma exacta compreensão legal da matéria de impedimentos e suspeições do juiz. Assim, por *exemplo*, os casos do juiz que adormece durante a audiência, do que escreve já a sentença durante as alegações, do que, durante a audiência, usa um tom próprio de que já fixou o seu convencimento, etc.” (ob. cit. p. 319 e 320, grifos do original).

E numa das notas de rodapé do aludido texto, Figueiredo Dias se refere à orientação do Supremo Tribunal de Justiça ao conceder uma razoável e necessária amplitude das hipóteses legais de suspeição: “Deste ponto de vista bem se compreenderá o aplauso merecido por toda a interpretação que *estenda* o âmbito de averiguação de qualquer impedimento ou suspeição. É de se louvar, portanto, a doutrina decorrente do Ac. do STJ, de 7.2.73 (BMJ 224/113), segundo a qual “das decisões proferidas nos incidentes de suspeição é admissível recurso até o STJ, ainda que o processo principal seja um processo de polícia correcional” (ob. cit. p. 320, nota 48, grifo do original).

46. O interesse do Magistrado em decidir a causa em favor do suposto ofendido deduz com *clareza de sol mediterrâneo* para usar de uma das expressões vigorosas de Nelson Hungria. A inequívoca direção dos atos no rumo da condenação dos acusados é identificável assim como é possível reconhecer os sentimentos de amor e ódio que comprometem a serenidade e conduzem à injustiça. O Padre Antonio Vieira já dizia: “se os olhos vêem com ódio, a pomba é negra; se, com amor, o corvo é branco”.

47. Referindo-se ao *judex suspectus*, Manzini reserva estas palavras que bem retratam a natureza e o alcance da exceção de suspeição: “Gli institui processuali, di cui imprendiamo a trattare, non hanno soltanto lo scopo di prevenire decisioni ingiuste, ma altrèsi quello di evitare situazioni imbarazzanti per il giudice, e di mantenere la fiducia della popolazio ne nell’amministrazione della giustizia, eliminando cause che potrebbero dare adito a critiche o a malignazione. Anche le apparenze devono essere curate, quando si tratta della giustizia”. (*Trattato di diritto processuale penale italiano*, Ed. UTET., Torino, 1968, II/200).

5. Tempestividade da arguição

48. Dispõe o art. 96 do CPP que “a arguição de suspeição precederá a qualquer outra, salvo quando fundada em motivo superveniente”.

Existem precedentes no sentido de que a iniciativa deve ocorrer antes do interrogatório do réu. Se após a defesa prévia, é intempestiva (1ª CCrim. do TJSP, RT 455/359-360).

A linha do aresto indicado se orienta na conclusão de que se a parte fizer qualquer alegação perante o juiz estará, implicitamente, reconhecendo a sua isenção e perderá a oportunidade de excepcioná-lo.

Em outro caso, a Câmara Criminal do TJMS decidiu que é intempestiva a arguição após encerrada a instrução. O aresto ressalva não ser hipótese de iniciativa fundada em motivo superveniente (RT, 564/365 à 367).

49. A espécie em exame é distinta das situações anteriores. O fato gerador da arguição se contém no despacho proferido pelo Magistrado em data de 11 do corrente cujo abuso de poder se procurou demonstrar, à exaustão.

Trata-se, conseqüentemente de arguição “fundada em motivo superveniente”.

Foi a decisão imputando novo delito aos acusados à revelia do suposto ofendido, do Ministro da Justiça e do Ministério Público e adotando medidas de perseguição, a *face visível* da suspeição. Os atos anteriores, embora *indiciários* da parcialidade ainda não haviam assumido a característica de vinculação à vontade que se exteriorizou no despacho cassado pela Correição.

A propósito, convém chamar à colação um dos mais prestigiados intérpretes do Código de Processo Penal. Comentando o art. 96, Eduardo Espínola Filho, escreve: “Há casos, em que o impedimento ou a suspeição só se apresenta ou vem à ciência das pessoas afetadas ou interessadas, quando já em curso o processo. Então, deve o impedido ou suspeito declarar-se tal, de ofício, logo que saiba da sua situação, e, se não o fizer, cumpre à parte interessada levantar a exceção, imediatamente” (*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 4ª ed., II/254).

50. A arguição, diante das observações anteriores, é tempestiva na fase atual do processo, ou seja, quando após o ato abusivo a defesa não compareceu nos autos para manifestar, de uma forma ou outra, o assentimento na permanência do Magistrado contra o qual poderá opor a suspeição.

6. Respostas

51. Diante do exposto, são respondidos os quesitos na forma seguinte:

a) “a decisão ordenando a abertura de novo procedimento criminal é violadora de princípios constitucionais e legais vigentes no processo penal brasileiro?”

Resposta. Sim, conforme a análise procedida.

b) “pela sua natureza, antecedentes e extensão, o referido ato judicial caracteriza atitude processual capaz de gerar a suspeição do Magistrado?”

Resposta. Sim, conforme a análise procedida. Aproveitando a imagem de Pimenta Bueno, pode-se afirmar que o Magistrado “julgou antes de ser tempo de julgar”.

c) “a oposição da exceção de suspeição é tempestiva?”

Resposta. Sim, conforme a análise procedida.

52. Vale arrematar com a observação de que arguição de suspeição é providência de extrema necessidade e resultante de fatores inequívocos e irresistíveis para o Advogado frente aos compromissos éticos que assume perante o cliente e a sociedade. E, por isso mesmo, trata-se de providência excepcional.

Afinal, com fervor religioso e reiteradas demonstrações de conveniência pacífica nos corredores do fórum, nas salas de audiência ou nos gabinetes dos Magistrados, os procuradores têm não somente lembrado como, também, cumprido um dos primeiros mandamentos inscritos no *Elogio dei giudici* de Piero Calamandrei: “Da confiança nos juízes, primeiro dever do advogado”.

É o Parecer

S.M.J.

Curitiba para São Paulo, 23 de abril de 1991.