

Geraldo Prado

Mestre e Doutor em Direito. Pós-doutor em História das Ideias e Cultura Jurídicas pela Universidade de Coimbra. Professor de Direito Processual Penal da UFRJ.

“A grande preocupação da lei deve ser a de não sujeitar ninguém ao arbítrio de outrem; há sempre o perigo de abuso de poder, do excesso de autoridade, por vezes até causado pela paixão da justiça.”

Hélio Tornaghi

Ref. Habeas Corpus nº 221.231

Paciente: PAULO ROBERTO KRUG

EMENTA: A imparcialidade do juiz e o processo acusatório. 1. Em sua feição contemporânea, a delação premiada brasileira filia-se às medidas oriundas da segunda fase da legislação de emergência italiana, no início dos anos 80, e carece de um devido processo legal que, identificando sua natureza, preserve direitos e garantias das partes no processo penal. 2. O carente regime de vínculos jurídicos relativamente à delação premiada no caso concreto não obsta a que se reconheça inserido o instituto no âmbito da investigação criminal, malgrado a realização de audiência judicial sigilosa de homologação. 3. Resulta que não é o “nome” que define a função do ato procedimental (concepção nominalista), mas a função se define em virtude de seu objeto, independentemente de quem seja o autor do comportamento concreto. 4. A delação que tem por fim a obtenção de elementos informativos insere-se na categoria geral da investigação criminal. 5. Quando o presidente do ato de homologação da delação é também o responsável pela inquirição de testemunhas na investigação e reinquirição no processo, configura-se o que a doutrina denomina de “aglomeração quântica de poder”, responsável por um crescente direito penal e processual penal preventivo, fenômeno que não pode ser ignorado pela doutrina e pelos tribunais em sua missão de garantir a fidelidade dos procedimentos penais à Constituição. 6. Uma acumulação de poderes ou forças processuais (*Gewaltenhäufung*) dessa ordem em um procedimento carente de publicidade, como a investigação criminal, funciona como campo fértil para a adoção de estratégias que

estimulam a cooperação dos investigados, entre as quais, salienta-se, a menção ao uso de cautelares que limitam a liberdade pessoal ou disponibilidade patrimonial. 7. A contribuição do juiz para tornar “efetiva” a delação afeta a imparcialidade do magistrado. 8. A imparcialidade do juiz é condição de validade do processo e resulta na produção de vigorosa proteção ao direito a um juiz subjetivamente imparcial, “aplicando standard que não reclama que a parte que se considere lesionada credite a existência de um prejuízo subjetivo que se projete em um resultado objetivamente contrastável”. 9. Reclama-se, assim, o afastamento concreto do magistrado da causa penal. 10. A jurisprudência dos tribunais de direitos humanos, na tutela do direito ao juiz imparcial, firma-se pela hipótese de afastamento, pois que é suficiente que a “imagem de imparcialidade do juiz tenha resultado, em termos sociais, afetada”. 11. O que caracteriza a imparcialidade do juiz é a verificação da “*distância legalmente determinada* entre o tribunal e as partes” que materialize substancialmente o caráter de árbitro, terceiro desinteressado, que grava a jurisdição nos tempos modernos. 12. No processo penal o jogo das aparências tem valor de regra de decisão. 13. A reiterada invocação dos tribunais internacionais de direitos humanos para deliberar sobre o tema revela a tensão por trás das iniciativas legais de fortalecimento e concentração dos poderes processuais em mãos dos juízes, para controlar a criminalidade (função preventiva), a reclamar periódico exame das novas formas procedimentais. 14. A política processual não está parada no tempo. É razoável que os tribunais atuem por princípios no exame dos casos de alegada violação da imparcialidade dos juízes. 15. Neste momento da história constitucional brasileira, não se trata, pois, de assegurar somente “as regras do jogo” e sim garantir “os valores em jogo”. 16. As modalidades procedimentais inexistentes ao tempo da redação original dos artigos 252 e 254 do CPP desafiam o tribunal a interrogar, nos dias atuais, até que ponto a delação premiada propicia a “acumulação funcional de competências” relevante para comprometer a imparcialidade do juiz. 17. A atitude inquisitória afeta de modo indelével a imparcialidade do órgão julgador, atingindo o direito fundamental ao juiz imparcial. 18. A iniciativa probatória, na fase de diligências, com a determinação *ex officio* de provas que a acusação não requereu, e que serviram de esteio para a condenação, confirma a hipótese de comprometimento psicológico do magistrado com a tese condenatória, internalizada na audiência administrativa de delação premiada. 19. Os esclarecimentos que o juiz pode ordenar de ofício, antes de emitir sentença, resultam da necessidade de tornar claras as provas produzidas pelas partes. 20. Ao contrário, quando o magistrado aproveita a oportunidade para produzir prova de fato relevante para o interesse da parte viola o princípio acusatório e o faz atingindo a garantia da imparcialidade.

1. A Consulta

Consulta-me o advogado José Carlos Cal Garcia Filho sobre questões atinentes ao regime jurídico-constitucional brasileiro do devido processo legal e sua relação contingente com o tema do impedimento do juiz, com especial ênfase à problemática da produção de prova de ofício e da violação da garantia da imparcialidade objetiva.

Esclarece o consulente que a indagação decorre do fato de o culto juiz federal da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba, Seção Judiciária do Paraná, ter tomado o depoimento de Alberto Youssef e Gabriel Nunes Pires Neto em procedimento de investigação autuado sob o nº 2004.70.00.002414-0, relativamente a fatos que diziam respeito à pessoa de Paulo Roberto Krug, paciente do *habeas corpus* impetrado perante o eg. Superior Tribunal de Justiça.

Depois disso e no processo principal o mesmo juiz tornou a ouvir Alberto Youssef e Gabriel N. P. Neto na qualidade de testemunhas arroladas pelo Ministério Público.

Além disso, o mencionado magistrado, na fase de diligências do processo criminal instaurado contra o paciente, determinou a juntada de vários documentos não requeridos pelas partes. Assinala o autor da consulta que os documentos em questão formam quatro volumes do anexo dos autos do processo e serviram de base à sentença condenatória proferida contra Paulo Roberto Krug.

Com efeito, a decisão condenatória foi mantida em julgamento da *apelação*, pela eg. Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF), malgrado o impedimento do juiz prolator da sentença.

Contra o acórdão da mencionada Turma do Tribunal Regional Federal foi interposto recurso especial pelo paciente e pelo Ministério Público,

impetrando, porém, o Consulente *habeas corpus* pelo qual reclama a nulidade do processo em decorrência da alegada violação da garantia da imparcialidade do juiz.

Salienta o Consulente que Paulo Roberto Krug foi denunciado e condenado como incurso nas penas dos crimes definidos nos artigos 4º da Lei 7.492/86 e artigo 1º, inc. VI, da Lei nº 9.613/98, a pena de 11 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 323 dias-multa, pena reduzida em grau de apelação para 10 anos, 4 meses e 20 dias de reclusão, e 370 dias-multa, em tese por depósitos em contas de interpostas pessoas, tidas na acusação como “laranjas”, supostamente transferidos para contas CC5 no período de junho de 1996 a dezembro de 1997 e por transferências internacionais, através da conta PACIFIC WAY, mantida junto ao *Merchants Bank*, em Nova Jersey, Estados Unidos da América, no período de novembro de 1999 a junho de 2002.

Destaca o culto advogado que oportunamente foi oposta exceção de impedimento do magistrado, não reconhecida pelo juiz e não acolhida pelo TRF. A questão voltou a ser suscitada em recurso de apelação e em embargos de declaração, igualmente sem sucesso.

O ponto sobre o qual o Requerente formula a consulta pode ser sintetizado da seguinte forma:

No contexto de partida da investigação criminal do conhecido caso Banestado, conduzido pela autodenominada Força Tarefa CC5, em operação conjunta da Polícia Federal e do Ministério Público Federal do Estado do Paraná, Alberto Youssef e Gabriel N. P. Neto tiveram a sua prisão preventiva decretada pelo juiz criminal Sérgio Moro, da 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba.

Executadas as ordens de prisão, Alberto Youssef e Gabriel N. P. Neto celebraram acordo de delação premiada com o Ministério Público. O objeto do acordo, sublinha o Requerente, consistiu na indicação de outros “participantes” do suposto esquema de evasão de divisas.

Frisa o Consulente que no procedimento administrativo-judicial de delação premiada as referidas pessoas foram ouvidas pelo magistrado Sergio Moro na qualidade de “colaboradores” ou “delatores”, em audiência em que revelaram ao juiz, na etapa de investigação, dados de contabilidade referentes ao paciente que vieram a ser manejados pelo juiz por ocasião da condenação do paciente e que serviram de lastro a decisão do TRF no julgamento da respectiva apelação.

As audiências administrativas foram realizadas em 16 de dezembro de 2003, 13 de fevereiro de 2004 (quando Alberto Youssef já havia firmado o acordo de delação) e 03 de março de 2004, esta relativamente ao investigado Gabriel.

Sublinha o Requerente que os procedimentos administrativos conexos que foram palco para as delações premiadas realizaram-se no mais absoluto segredo, malgrado presididos pelo referido juiz, que comprovadamente inquiriu de modo bastante ativo os colaboradores e buscou obter deles informações sobre o paciente.

Ademais, e já no curso do processo, com a instrução probatória basicamente concluída, o mesmo magistrado, atuando de ofício, ordenou a baixa do processo em diligência para que fosse suprida a ausência de “documentos relevantes” (fls. 35 da petição de interposição do *habeas corpus* e correspondente peça do processo principal). O extenso rol de documentos solicitados de ofício pelo mesmo juiz, salienta o Requerente, dizendo respeito ao núcleo das imputações dirigidas ao paciente, serviu de fundamento para a condenação de Paulo Roberto Krug.

As questões controvertidas sobre as quais o parecer é requisitado estão, pois, relacionadas à sindicância acerca do modo de atuação do juiz Sergio Moro relativamente aos parâmetros que o processo penal brasileiro requisita para a adequação ao modelo constitucional de devido processo legal em harmonia com o Sistema Acusatório.

Indaga, assim, o Consulente se à luz dos dados apresentados configura-se cenário de violação da imparcialidade do juiz, com aptidão para contaminar o conjunto dos atos processuais, convertendo o processo criminal em meio de indevida afetação dos direitos fundamentais do paciente.

Em perspectiva simplificadora a interrogação do consulente, a ser respondida neste parecer, conduz à seguinte questão: o juiz pode validamente presidir atos de investigação criminal e posteriormente o próprio processo sem que seja afetada a garantia da imparcialidade? E ao fim do processo, pode o juiz ordenar de ofício a produção de provas e condenar o acusado com base nelas?

É disso, pois, que tratará o parecer.

Para a análise foram fornecidas cópias em formato digital das peças que documentam o processo e compõem os autos principais e os do *habeas corpus*.

2. Os fatos.

A determinação dos fatos conforme a sua cronologia constitui premissa para a análise dos temas que são objeto da consulta, com o propósito de situar a discussão.

Vale salientar que não há controvérsia sobre a matéria fática.

Com efeito, em 16 de dezembro de 2003, o juiz federal da 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba homologou acordo de delação premiada entre o Ministério Público Federal e Alberto Youssef (proc. criminal diverso nº 2004.70.00.002414-0).

Na ocasião o eminente magistrado ouviu Alberto Youssef sobre elementos informativos que vieram a subsidiar a denúncia que deu origem ao processo criminal em face de Paulo Roberto Krug.

Consta expressamente deliberação do referido juiz, presidente do citado ato, que conjugou a homologação do acordo de delação premiada e a tomada de depoimento de investigado, no sentido de “suspender temporariamente as ordens de prisão preventiva” expedidas em face de Alberto Youssef.

Algo peculiar ao inusitado ato administrativo-judicial, que será examinado no curso do parecer em seu enquadramento teórico, o mesmo magistrado naquela ocasião acenou para o fato de que não prender Alberto Youssef resultava da confiança do juiz de que o delator, futura testemunha arrolada pelo Ministério Público no processo criminal, não decepcionaria o juiz.

Quando se avalia o termo de depoimento judicial de Alberto Youssef (autos principais) fica-se com a impressão, talvez equivocada, de que a presidência do ato de inquirição da testemunha, esteve todo o tempo envolvida pelo clima de confiança-desconfiança resultante da promessa no acordo de delação. Será visto no parecer que na Alemanha, consoante lição de Bernd Schünemann, semelhante comportamento é definido como *Vorhalt*, e se caracteriza pelo efeito inércia, que opera exclusivamente em desfavor do acusado, pelo qual confrontam-se as declarações da investigação (registro anterior) e do processo para validar as primeiras em detrimento do contraditório¹.

A audiência administrativa funcionou como momento de recolha, como dizem os portugueses, de elementos informativos que subsidiaram a acusação contra Paulo Roberto Krug.

Em 03 de março de 2004 foi a vez de Gabriel N. P. Neto ser ouvido em procedimento investigatório pelo mesmo juiz (proc. criminal diverso nº 2004.70.008901-8). Também na oportunidade celebrou-se acordo de delação premiada

¹SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º Milênio, **in**: Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012, São Paulo-Barcelona, Marcial Pons, 2012, p. 642.

entre o Ministério Público Federal e Gabriel e foram colhidas informações para a investigação pelo juiz (autos principais).

Ultrapassada esta etapa e denunciado o paciente, o mesmo magistrado presidiu os atos processuais de instrução e julgou e condenou Paulo Roberto Krug.

No entanto, antes de proferir sentença condenatória, o culto juiz ordenou diligências relativamente ao esclarecimento quanto a existências dos crimes antecedentes, por conta da imputação de lavagem de ativos de origem ilícita.

Não havia tal prova nos autos e o Ministério Público Federal não a requerera na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal (CPP).

Com a introdução da prova no processo, por ordem do juiz, sem provocação das partes, aparentemente cumpriu-se a exigência que decorre da tipicidade própria deste injusto penal e a sentença condenatória pode ser proferida em face do paciente.

Instado a se manifestar sobre o conjunto de atividades de alegado caráter acusatório, o digno magistrado esclareceu que atuara orientado pelo propósito de garantir fidedignidade às informações, por meio do selo de jurisdicionalidade.

Isso convenceu o TRF, que pelo menos em duas oportunidades, a última no julgamento da apelação, chancelou com a nota de imparcialidade a conduta do juiz Sergio Moro.

Este é o quadro que justifica as considerações seguintes.

3. A estrutura acusatória de processo: realidade, aparência e expectativa

O problema: o processo penal brasileiro e a estrutura acusatória. Considerações iniciais.

O processo penal brasileiro é acusatório?

Não há resposta simples e direta para a que talvez seja a questão fundamental de nosso processo: como se estrutura? Que princípios o regem? Como estão definidos os estatutos jurídicos dos sujeitos processuais? A que fim se dirige?

É necessário salientar que se não há paz doutrinária quanto a tópicos essenciais para a legitimidade e racionalidade das intensas e profundas atividades estatais que interferem na vida das pessoas, canalizadas na persecução criminal, e que se a doutrina não responde hoje, como não o fez em passado recente, com absoluta segurança, quais são os arranjos fundamentais do processo penal, os tribunais tendem a passar ao largo da controvérsia.

A inevitabilidade da decisão, uma vez que a jurisdição é a um tempo inafastável e indeclinável, parece oferecer pouco espaço de manobra aos órgãos judiciais para construir, pela via jurisprudencial, um concreto “devido processo legal” que em sua totalidade seja respeitoso dos direitos fundamentais, mas também capaz de superar a tormenta dos julgamentos paralelos dos meios de comunicação² que pressiona o magistrado em determinada direção, cassando as alternativas supostamente contrárias à opinião que estes mesmos meios vocalizam³.

²Sobre o papel dos meios de comunicação na conformação das decisões judiciais em âmbito criminal, para além do insuperável escrito de Nilo Batista, “Mídia e sistema penal no capitalismo tardio” (Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 11, nº 42, jan/mar 2003, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 242-263) indicam-se as precisas obras de Simone Schreiber, “A publicidade opressiva de julgamentos criminais” (Rio de Janeiro, Renovar, 2008) e de Fábio Martins de Andrade, “Mídia e Poder Judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro” (Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007).

³Em seu clássico texto “Justicia Política: empleo del procedimiento legal para fines políticos” (México, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1961), Otto Kirchheimer alertará para o fato de que não há verdadeiro processo sem que as duas partes tenham reais condições de se sagrarem vencedoras. A tendência a cassar por completo as oportunidades de uma das partes – em geral as da Defesa – configura característica do denominado uso político do processo para reclamar

Compreende-se que os desafios impostos por esta realidade complexa e dominada pela reivindicação de pronta resposta judicial tenham influenciado os tribunais em uma busca natural pela posição de conforto que lhes oferece determinado sentido comum do processo – comum como algo compartilhado por porta-vozes autorizados da comunidade jurídica⁴ – que apoiado na tranquilizadora tradição não repudie práticas que em algum momento revelaram-se eficientes métodos de apuração e punição das infrações penais.

No caso submetido ao parecer, a solução encontrada pelo Tribunal Regional Federal sustenta-se com clareza no binômio tradição e “eficiência”, sem questionar ambas, que são tomadas como ponto de partida para a validade da sentença proferida contra Paulo Roberto Krug, e não como dados controvertidos que justificam a submissão ao teste de adequação constitucional.

Mesmo os tribunais superiores não estão imunes à tentação de simplificação do problema concreto gerado pela alegação de violação do preceito de imparcialidade objetiva pelo juiz nos casos em que há atuação judicial em um nível de investigação da verdade que prescindida da provocação da parte interessada (acusador ou defesa).

Assim, a relação de identidade funcional entre a autoridade policial, na prática de atos de investigação penal, e o juiz na prática dos mesmos atos, de ofício,

legitimidade ao exercício do poder. Trata-se do processo penal como “juízo político” e, se é frequente nos regimes autoritários, não é incomum nas democracias onde não existem mecanismos de controle dos poderes públicos e privados (como os que exercem os meios de comunicação). São palavras de Kirchheimer: “Durante la época moderna, cualquiera que sea el sistema legal que predomine, tanto los gobiernos como los grupos privados han tratado de allegarse el apoyo de los tribunales para sostener o cambiar la balanza de poder político. En forma disfrazada o no, los problemas políticos se presentan ante los tribunales, para ser confrontados y sopesados en las balanzas de la ley, por mucho que los jueces se inclinen a evadirlos, puesto que los juicios políticos son inevitables.” Obra citada, p. 48.

⁴Sobre o papel de porta-voz do saber jurídico, ostentado no campo jurídico por determinados autores, levando em consideração a constatação de que o “campo jurídico é constituído de um saber que é socializado a partir da formação universitária”, indica-se a leitura da tese de doutorado “Do princípio do livre convencimento motivado: legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros” de Regina Lúcia Teixeira Mendes (Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012 – texto citado p. 5).

durante o processo, com alguma frequência é negada pelas decisões dos tribunais superiores⁵, que se amparam na lição do eminente professor Tourinho Filho, que transcrevo:

“Não adotou nosso Código o Juizado de Instrução. Dele tampouco cogitou o projeto Frederico Marques. No Juizado de Instrução, a função da Polícia se circunscreveria a prender infratores e a apontar os meios de prova, inclusive testemunhal. Caberia ao “Juiz Instrutor” colher as provas. A função que hoje se comete à Autoridade Policial ficaria a cargo do “Juiz Instrutor”. Assim, colhidas as provas pelo citado Magistrado, vale dizer, feita a instrução propriamente dita, passar-se-ia à fase do julgamento. O inquérito seria suprimido.

*Em vários países da Europa há o Juizado de Instrução. É o próprio Juiz quem ouve o pretense culpado, as testemunhas e a vítima e, enfim, quem colhe as provas a respeito do fato infringente da norma e respectiva autoria. Concluída a instrução (que na França é inquisitiva), cumpre ao Magistrado (**Juge d’instruction**) proferir decisão (equivalente à nossa pronúncia), julgando acerca da procedência ou não do **jus accusationis**. Se se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, remeterá os autos ao Juiz competente, onde haverá lugar a audiência de julgamento.”⁶*

A menção aos paradigmas jurisprudencial e doutrinário tem o propósito de colocar em relevo e submeter à crítica respeitosa os critérios que, no lugar de enfrentar o questionamento sobre a parcialidade objetiva, deixam o problema intocado, contendo os efeitos internos e externos ao processo que adviriam da eventual declaração de parcialidade em virtude de o juiz adotar de ofício comportamento próprio da etapa preliminar de investigação criminal.

⁵A título de exemplo: HC 92.893/ES. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgamento em 02 de outubro de 2008.

⁶TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, vol. 1, 31ª edição. São Paulo, Saraiva, p. 289.

Note-se que as referências em geral estão inseridas na moldura da interpretação do papel do juiz criminal brasileiro relativamente ao inquérito policial e têm por objetivo, como se extrai dos julgados, sublinhar que “*o juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal*”.⁷

Para além do papel que o juiz por hipótese deve desempenhar no âmbito da investigação criminal, o que há de sensível em semelhante argumentação é o apelo subliminar ao estatuto de imparcialidade que adere ao juiz, quaisquer que sejam os atos que pratique ou a oportunidade da sua intervenção, porque seriada essência da atividade judicial comportar-se de modo imparcial. Essa seria a “fisiologia judicial” e somente desvios singulares, anormais e patológicos, comprometeriam a isenção do magistrado.

Tais desvios, resulta implícito no raciocínio, não guardam relação com o “ambiente procedimental”. À luz de tais considerações, a posição manifestada em alguns julgados a respeito da violação do dever de imparcialidade objetiva não trata do atuar do juiz *na* investigação criminal ou no exercício de função de *investigação criminal*, mas sim dele extrapolar determinados limites que se vislumbram na fronteira dos “juízos de valor sobre fatos ou questões de direito”.

Para isso a distinção entre o modelo de persecução penal que, em sua etapa preliminar, se caracteriza pela direção das investigações em mãos da autoridade judiciária ou da autoridade policial ocupa lugar de destaque na mitologia processual e está presente no discurso corrente dessas decisões, pois que no segundo caso, que coincide com a nossa realidade, em tese a presença do juiz estaria justificada pelo elogiável propósito de velar pelos direitos e garantias fundamentais do próprio

⁷HC 92.893/ES mencionado nas notas nº 5 e 61.

investigado, como aduziu o eminente Ministro Maurício Corrêa, em voto lapidar que sepultou a regra do art. 3º da Lei nº 9.034/95⁸.

De acordo com essa fórmula de compreensão da realidade processual, em grande medida adotada por parte da doutrina e assimilada pelos tribunais desde as origens do vigente Código de Processo Penal, com a ressalva feita ao antigo procedimento sumário das contravenções e dos crimes de lesões corporais e homicídio culposos, seria seguro afirmar que a estrutura processual penal em nosso país respeita o modelo acusatório no tocante à função do magistrado na investigação e, portanto, sob este ângulo, mesmo a despeito de muito pouco ter-se alterado de 1988 até a presente data, encontra-se em harmonia com a Constituição da República.

Por ostentar a qualidade de juiz, em tese o magistrado atuará mesmo na investigação criminal – ou na prática de atos de investigação no curso do processo, seu equivalente funcional – imparcialmente. Esta é a premissa da orientação que povoa o imaginário de parte do sistema penal brasileiro.

De ressaltar o simbolismo que adquire neste contexto a invocação do magistério do sempre lúcido Tourinho Filho, que remonta ao texto de 1989 (11ª edição da obra referida), mas captura a arquitetura jurídica da investigação criminal que antecede a Constituição democrática e que havia sofrido pesadas críticas de importantes processualistas, como será visto oportunamente.

Argumenta-se com o peso da tradição para a validação da regra do juiz imparcial, qualquer que seja a modalidade de sua intervenção na persecução penal, desde que de acordo com os contornos definidos pela lei infraconstitucional.

E neste caso a “tradição” desempenha o papel do “Mito”.

⁸ADIN nº 1.570-2. Requerente: Procurador Geral da República. Tribunal Pleno. D.J. 22 de outubro de 2004.

Não se ignora o poder do mito na formação das consciências, na constituição do patrimônio comum de conceitos e pré-compreensões, na consolidação de consensos alargados. É assim na vida em geral e não seria diferente no Direito⁹. Desconstituir um mito não é tarefa fácil, portanto, mas há de ser imperativo para a superação dos obstáculos ao reconhecimento das regras válidas na adjudicação de responsabilidade penal conforme o Estado de Direito.

Da desconstrução. A função de investigação criminal.

Apreender a facticidade sobre a qual incidem os juízos jurídicos constitui o primeiro passo para distinguir a teorização da realidade daquela que tem por objeto “*mitos*”, que por sua própria natureza são a-históricos, isto é, prescindem e diferenciam-se da realidade fenomênica.

Assim, acentua Juliano Maranhão

“Diferentemente de outros ramos do conhecimento, o direito é uma prática social que envolve valorações sobre as ações dos próprios participantes dessa prática. Tal condição coloca em questão a possibilidade de uma explicação adequada desse fenômeno a partir da mera correlação causal de eventos. Explicar a prática social chamada direito não significa descrever suas causas, mas compreender suas razões. E compreender razões de uma ação ou prática implica atribuir propósitos aos agentes (por qual razão ou para qual fim isso ou aquilo foi feito?).” (grifo do autor)¹⁰

⁹Sobre o tema impõe-se a leitura da bela tese de doutorado de Rubens Casara: Mitologia processual penal: do imaginário autoritário brasileiro à atuação dos autores jurídicos. 2011. Universidade Estácio de Sá. Orientador: Geraldo Prado.

¹⁰MARANHÃO, Juliano. Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo. Marcial Pons, São Paulo, 2012, p. 25.

Ora, como prática social o direito requisita o conhecimento das condições da suarealização concreta como pressuposto para o seu próprio entendimento. E também inquire sobre que propósitos orientaram estas ações quer no domínio da legislação, da doutrina ou da prática cotidiana.

Isso é desse modo, por evidente, quando se trata de interrogar sobre os contornos normativos da atividade de investigação, sobre a própria “função de investigação” e acerca do papel desempenhado pelo juiz neste contexto.

Assim, não basta, por exemplo, afirmar o caráter acusatório da etapa preliminar do processo penal brasileiro ou admitir que o inquérito policial, sem mais, é inquisitório. A declaração de que o processo penal brasileiro se caracteriza por uma fase antecedente inquisitória e um juízo acusatório de definição da eventual responsabilidade penal do acusado corre o risco de se transformar em mero argumento retórico, sem função prática, quando não se tem em mente que não é o “nome” que define a função procedimental (concepção nominalista), mas a função se define em virtude de seu objeto, independentemente de quem seja o autor do comportamento concreto¹¹.

Ainda que se trabalhe com determinada concepção, como juízo prévio, do que seja um processo de estrutura acusatória ou inquisitória, o contato com a realidade da investigação criminal, para que se fique no âmbito das questões de fundo do parecer, é indispensável.

Ilustrativamente, afinal, se a atuação judicial sempre, em regra, está dotada da marca da imparcialidade, com independência de onde opere o juiz – se no curso da investigação policial ou durante o processo – e do que faça, uma tal

¹¹Conhecido exemplo é a decisão judicial de arquivamento do inquérito policial. Não obstante proferida por juiz criminal é de natureza administrativa, pois que acompanha a natureza do próprio inquérito.

percepção do direito sugere que o papel que o magistrado desempenha nesta mesma investigação não altera a forma que toma o sistema processual.

É o que se extrai, subliminarmente, do precedente invocado e mesmo do raciocínio da doutrina que lhe está subjacente, ambos conservadores do *status quo* da atuação judicial em um contexto de apuração de fatos objetivando subsidiar o exercício da ação penal.

Abandonando-se o nominalismo, todavia, chega-se a outro resultado.

Com efeito, a investigação criminal mais tradicional – inscrita na nossa ordem jurídica pela primeira vez em 1871 – é o inquérito policial. O juiz não o preside, cabendo à autoridade policial dirigi-lo na busca de elementos informativos que, se for o caso, serão esgrimidos pelo Ministério Público ao propor a ação penal.

O desenho institucional do inquérito policial é praticamente o mesmo desde 1941/2. E o juiz, que na versão original do Código de Processo Penal (CPP) era o destinatário das investigações para repassá-las ao Ministério Público, sendo ainda titular da reserva constitucional de deliberação sobre as restrições a direitos fundamentais (liberdade, inviolabilidade do domicílio e das comunicações etc.¹²), de 1988 em diante viu-se privado da primeira tarefa, mas segue desempenhando a segunda com amparo no ordenamento jurídico.

Uma tal arquitetura jurídica do inquérito, com a preservação da posição central do juiz, ainda que a título de garante de direitos, não parece passível de

¹²Em respeito à memória convém recordar que até o advento da Constituição de 1988 a autoridade policial podia autorizar e expedir mandado de busca domiciliar. Art. 240 e seguintes do CPP. Somente com a nova ordem constitucional foi possível consagrar a reserva jurisdicional de função.

sofrer a acusação de inquisitorial a ponto de reclamar insistente transformação e ser denominada de “crise do inquérito policial”¹³.

No entanto e com razão, já em 1970, na Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Penal de sua autoria, José Frederico Marques advertia para o propósito de perseguir a supressão definitiva dos “resquícios de inquisitorialismo” que atormentavam – e atormentam – o CPP¹⁴ e centrava sua crítica no conjunto de atividades atribuídas ao juiz na etapa preliminar da persecução (investigação criminal). A função desempenhada pelo magistrado na investigação criminal era mais relevante e problemática que o discurso dominante a propósito da imparcialidade do juiz e justificava, na opinião abalizada do jurista de São Paulo, as críticas e a iniciativa legislativa de afastar ao máximo o magistrado do inquérito.

Para além de realmente indicar o completo alheamento do juiz da instrução preliminar, preservando-lhe a atuação relativamente às decisões sobre medidas cautelares, a crítica de Frederico Marques mirava muito mais a prática que, na promiscuidade do contato juiz-autoridade policial, contaminava a perspectiva que o primeiro deveria ter da causa por força da imparcialidade que é atributo da jurisdição.

Em um imaginário povoado de temores aos quais os sucessivos governos haviam respondido de forma autoritária – o da Era Vargas com o Código de Processo Penal de inspiração fascista e a ditadura civil-militar com a ampliação da competência da Justiça Militar, cassação de magistrados do Supremo Tribunal Federal, suspensão da garantia do habeas corpus e implementação da Lei de Segurança

¹³A respeito do tema, por todos, Aury Lopes Jr. *Direito Processual Penal*, 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 263 e seguintes.

¹⁴Anteprojeto de Código de Processo Penal (Publ. No DOU, suplemento, de 29-6-1970). São Paulo, Sugestões Literárias, 1970, p. 12 (Do Juiz Penal) e arts. 250 e seguintes.

Nacional¹⁵ - a proposição de Frederico Marques sustentava-se na ideia então pouco amigável de que o juiz criminal não era órgão auxiliar da segurança pública.

Neste ponto a citada proposta recebeu forte contestação de Hélio Tornaghi, que vale ser transcrita, pois que ao fazer profissão de fé em favor de determinada reserva de “inquisitorialismo” postulou e viu prevalecer seu ponto de vista apoiado na “tradição” do processo penal brasileiro, tradição que muitas vezes, confessadamente, como irá referir o professor Tornaghi, recorreu a práticas à margem ou em contradição com a lei.

“A Exposição de Motivos de 1970 dizia, no nº 8, que o Anteprojeto visava a ‘suprimir definitivamente os resquícios de inquisitorialismo’... ‘não transigindo com a pureza acusatória no procedimento que adota’.

*Ora, isso **nem foi conseguido nem seria desejável**. O procedimento inquisitório formou-se paulatinamente e para emendar as falhas do acusatório puro, que levava à impunidade dos criminosos, à facilidade da denúncia caluniosa, ao desamparo dos fracos, à deturpação da verdade, à impossibilidade de formar convicção, e assim por diante... É certo que o remédio também se revelou nocivo e houve necessidade de corrigi-lo. Mas o que proveio dessa correção não foi a volta à ‘pureza acusatória’, o que representaria um retrocesso! Na verdade o procedimento moderno é misto. Ele reúne todas as vantagens do acusatório e do inquisitório e elimina os inconvenientes tanto de um quanto de outro.” (grifo meu)¹⁶*

O ponto de vista vitorioso de Hélio Tornaghi, por um processo penal não acusatório – ou não totalmente acusatório -, que prevaleceu com o arquivamento do anteprojeto e a manutenção do regime jurídico do inquérito policial

¹⁵FRAGOSO, Heleno Claudio. *Advocacia da liberdade: a defesa nos processos políticos*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.

¹⁶TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, 1º vol. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, p. 14.

basicamente até os dias atuais, ademais de contradizer na questão de fundo a posição de Tourinho Filho, referida neste parecer¹⁷, fundava-se no citado binômio tradição-eficiência, mas com a admissão de que a tradição de nosso processo penal era inquisitorial, apesar da não adoção do instituto do Juizado de Instrução.

Na ocasião dos comentários de Hélio Tornaghi o “*desejável*” inquisitorialismo não parecia ser uma má escolha.

Interessante observar na réplica de Tornaghi a Frederico Marques¹⁸, no ponto em que este alvitrava a substituição do juiz pelo Ministério Público como destinatário e fiscal do inquérito policial, que o professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro invocou em defesa do *status quo* a intenção de preservar a “imparcialidade” do Ministério Público durante a investigação criminal, na tentativa de evitar o risco “*dopreconceito, da predisposição gerada no espírito do investigador pelos indícios, pelas aparências, pelas pistas falazes*”¹⁹.

¹⁷Ao menos, como foi visto, da maneira como a referida posição é manejada para erradicar as alegações de parcialidade dos juízes por conta de atos de investigação criminal, no inquérito policial ou no processo penal. Claro está, em ambos os casos de influência dos doutrinadores, que se está diante de algo que é peculiar ao sistema jurídico: o “poder dos juristas”. Eugenio Raúl Zaffaroni (e outros) assinalará que “*o podernão é algo que se tem, mas sim que se exerce*” Acrescenta o penalista argentino que uma das formas de exercício é a “discursiva”, manifestada tradicionalmente pelos juristas penais com o objetivo de legitimar o âmbito punitivo. [Direito Penal Brasileiro I, 2ª ed., Rio de Janeiro Revan, 2003, p. 63.

¹⁸O fortalecimento da estrutura acusatória no anteprojeto Frederico Marques opunha-se ao modelo “misto” consagrado no anteprojeto de Código de Processo Penal de 1965, de autoria do próprio Hélio Tornaghi.

¹⁹TORNAGHI, Hélio. Obra citada, p. 17. Para entender melhor os componentes do jogo de poder que se encontra por trás da decisão sobre o comando da investigação penal e as derivas autoritárias que mais que inescandíveis, pesaram na tomada de posição de Hélio Tornaghi, acerca da investigação criminal, convém reproduzir mais um significativo trecho de sua obra clássica: “*A verdade é que a disciplina legislativa da atividade policial e o exercício da função de polícia são matérias extremamente delicadas, em que é preciso perseguir o ideal sem fechar os olhos ao real... Cercar a atividade policial é fácil; mas não é eficaz! A Polícia não deve ser caprichosa nem despótica; mas também não pode ficar acocorada. Se a lei não lhe dá instrumentos de trabalho, uma de duas: ou ela falha em sua missão, ou a executa apesar da lei, ferindo a lei. Há casos em que a Polícia precisa deter suspeitos, ainda que submetida a um sistema qualquer de contraste posterior. Negar-lhe este poder é obrigá-la a cruzar os braços ou a agir fora da lei. No momento em que escrevo estas linhas, leio nos jornais que a Polícia acaba de descobrir o esconderijo dos assaltantes do Bamerindus, ou seja, dos autores do maior assalto a Banco já realizado no Brasil. Um deles é*

A preservação da “imparcialidade” do juiz criminal em relação a estes mesmos preconceitos, predisposição gerada por indícios e pelas pistas falazes, no entanto, não integrou as cogitações ou fez parte do conjunto de preocupações de quem se lançava em defesa de um modelo temperado de procedimento inquisitório.

Os comentários da nota de rodapé 19 elucidam este aparente paradoxo. Com efeito, assumindo que a ilegalidade na ação policial era, às vezes, inevitável e incontornável, o eminente professor da Faculdade Nacional de Direito reconhecia na mencionada prática policial algo próprio, segundo seu juízo, das atividades de controle da criminalidade a cargo da Polícia, no âmbito das investigações criminais, e sentia-se autorizado a cobrar dos juízes criminais, do lugar proeminente que ocupava, certa tolerância com as ilegalidades, sob pena de ineficiência do denominado *Police power*²⁰ (“hipocrisia e farisaísmo”).

Este ponto, que é revelador da tensão provocada no seio da atividade de investigação criminal, será retomado adiante.

Insta agora acentuar que se não é possível concordar com Hélio Tornaghi quanto a tolerância relativamente a prisões arbitrárias e ilegais de quem quer que seja, deve-se ao menos reconhecer que o culto processualista teorizava cenário das experiências de persecução penal, cuja existência prática não ignorava, experiências que em suas lições encontravam algum respaldo²¹.

autor de várias mortes. Que deve ela fazer? Esperar a decretação da prisão preventiva, dando tempo para que eles fujam e se escondam? Ou terá de prendê-los desde logo? Mas essa prisão seria ilegal! A verdade é que a Polícia não tem outro remédio, em casos como o citado, se não o de prender. Por que, então, não enfrentar a realidade em lugar de manter um legalismo hipócrita e farisaico? (grifo do autor – obra citada, p. 26-7).

²⁰TORNAGHI, Hélio. Obra citada p. 26.

²¹Assevera Zaffaroni que o direito penal (*lato sensu*) é uma programação, pois que projeta o exercício do poder dos juristas, o que não deve deixar de considerar as estratégias e táticas, limites e possibilidades, que incorporam dados da realidade. Direito Penal Brasileiro I, obra citada, p. 64. À primeira vista isso é mais evidente no pronunciamento de Hélio Tornaghi, mas deixar de ser aplicável – ainda que não se trate de efeito desejável por Tourinho Filho – ao se descontextualizar a diferenciação operada por Tourinho entre investigação a cargo da polícia, via inquérito policial

Discorda-se com veemência da “normalização” das condutas abusivas, mas não se deve deixar de reconhecer a existência delas e o ambiente que favorece o seu aparecimento.

Trata-se, portanto, de eloquente exemplo, de especial modo para o presente caso, de que a realidade (facticidade) deve se impor no momento da avaliação e julgamento dos comportamentos processuais. O alheamento à forma como os atores jurídicos operam tem facilitado aquilo que no passado recente, ditatorial, era viabilizado pela concordância prática entre parte da doutrina (porta-vozes do campo jurídico) e alguns operadores jurídicos – a minoria, certamente: o abuso de poder.

A alienação dos tribunais e de alguns doutrinadores, com insistência denunciada na atualidade por diversos teóricos²², produz efeitos perversos. É responsável por um processo penal invisível, ao menos aos olhos dos tribunais, com todas as graves consequências que disso resultam para o Estado de Direito e para a proteção das pessoas.

Como entre nós, Ennio Amodio, professor de processo penal da Universidade de Milão, sublinhará a existência, também na Itália, de um equivalente processo penal invisível, que não se lê em manuais ou nos repertórios jurisprudenciais, mas que se toca com a mão na prática judiciária²³. Processo cuja transformação em prol da acusatoriedade termina por deparar com obstáculos opostos que exprimem uma “cultura das corporações”, de matriz inquisitorial, que crê para além das mais

(Brasil), e no Juizado de Instrução (França) para concluir por estatuto absoluto de isenção do juiz criminal.

²²Ver Lenio Streck: Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, 4ª ed. São, Paulo, Saraiva, 2011 e Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito, 10ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

²³La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo, in: <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/roma20021114/amodio.html>, consultado em 13 de janeiro de 2013.

elementares objeções epistemológicas, em uma magistratura “depositária exclusiva da função de busca da verdade”²⁴.

A superação do “mito” e da tradição inquisitorial mesma de nosso processo penal, retratados na premissa de neutralidade das intervenções judiciais provocadoras do aparecimento de indícios de infrações penais (tarefa de polícia judiciária) e de provas não requeridas pelas partes acerca da responsabilidade penal dos investigados demanda a chamada análise funcional do direito.

Com efeito, a perspectiva funcionalista do direito auxilia sobretudo intérpretes e operadores em geral na tarefa de compreensão das múltiplas implicações e vinculações entre os sujeitos envolvidos em toda a sorte de relações jurídicas.

Assim, André Jean-Arnaud e Maria José Fariñas Dulce salientam que tomando à partida “*a natureza essencialmente contextual do direito e das interações necessárias entre os sistemas jurídicos e os diferentes elementos e subsistemas existentes na sociedade*”²⁵ interrogar as tarefas (funções) que o direito executa resulta necessário para a percepção da fisiologia ou desvios produzidas na prática jurídica.

Levar em consideração a análise funcional do direito é uma necessidade teórica e prática e auxilia no conhecimento da realidade jurídica em si. Objetivamente, a função pode ser entendida, na linha preconizada pelos referidos autores, como “*contribuição da parte ao todo*”, ponderando-se as necessidades e exigências do próprio sistema que se avalia. Subjetivamente, “*o conceito de ‘função’*”

²⁴*Idem.*

²⁵JEAN-ARNAUD, André e FARIÑAS DULCE, Maria José. Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos. São Paulo, Renovar, 2000, p. 138.

parte da categoria da ação dos indivíduos que participam das relações sociais e, assim fazendo, interagem num quadro comum preestabelecido.”²⁶

Zaffaroni acentuará que “*é impossível uma teoria jurídica, destinada a ser aplicada pelos operadores judiciais em suas decisões, que não tome em consideração o que verdadeiramente acontece nas relações sociais entre as pessoas*”²⁷.

Transpondo a lição ao caso submetido ao parecer, parece inevitável reconhecer que a contribuição de determinadas práticas e a adoção de certas atitudes enquadram-se no modelo jurídico da investigação criminal e tem por inspiração subsidiar a acusação, com independência de terem lugar em inquérito policial ou no curso do processo.

Ouvir testemunhas para subsidiar a futura ação penal e acenar para o fato de que não prendê-las (Alberto Youssef) resulta da confiança na subsistência das declarações em juízo, *sob pena* de decepcionar o juiz, e principalmente ilustra o propósito de assegurar a Vorhalt, que estabilizará a futura prova em favor da acusação.

Renove-se a advertência: isso ocorre sem embargo da seriedade profissional do magistrado e até, como alertado na epígrafe desta opinião consultiva, pela paixão por justiça.

A visibilidade deste enquadramento desafia a que se autonomize o conceito de investigação criminal do instituto do inquérito policial ou de quaisquer das investigações penais conhecidas (termo circunstanciado, peças de informação etc.)²⁸.

²⁶*Idem*, p. 140.

²⁷Zaffaroni e outros. Direito Penal Brasileiro I, obra citada, p. 65.

²⁸Sobre as modalidades de instrução preliminar: LOPES Jr., Aury. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005 e CHOUKR, Fauzi Hassan. As garantias constitucionais na investigação criminal, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

A investigação criminal, com efeito, consiste em procedimento oficial conhecido em praticamente todos os ordenamentos jurídicos originados no Common Law ou no direito europeu continental.

A referida etapa integra-se à estrutura geral do processo penal, como ressalta Peñaranda López²⁹, em um desenho que a rigor distingue as atividades de persecução penal em três grandes grupos: fase preliminar, fase preparatória e fase de juízo.

Vale dizer que a investigação criminal configura procedimento oficial de realização da fase preliminar naqueles ordenamentos, como o brasileiro, que não cometem ao juiz criminal tarefas de instrução e preparação. Quando é o caso de atribuir ao juiz a atividade – modelos espanhol e francês – as duas primeiras etapas praticamente se fundem e a autoridade judiciária, que *posteriormente não participará do julgamento*³⁰, comandará a referida instrução preliminar³¹.

Objetiva-se na etapa preliminar a averiguação da existência do delito, suas circunstâncias e autoria, e a aquisição e conservação dos elementos informativos que a posteriori serão introduzidos em juízo pelas partes para demonstração de suas respectivas alegações.

Nos ordenamentos jurídicos que distinguem a fase preliminar da preparatória, como é o caso brasileiro, mas também do modelo anglo-americano, a etapa é orientada para a prática das diligências que seguem à notícia da comissão de um delito. Assim é, leciona Gimeno Sendra, magistrado emérito do Tribunal Constitucional espanhol, porque à diferença do processo civil, no processo penal há de

²⁹PEÑARANDA LÓPEZ, Antonio. El proceso penal en España, Francia, Inglaterra y Estados Unidos: descripción y terminología. Granada, Comares, 2011, p. 37-42.

³⁰A propósito do impedimento de participação do juiz da investigação no processo cabe referir a decisão do Tribunal Superior Espanhol de 23 de novembro de 2005, caso Colmenero Menéndez de Luarca. Ver em Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, nº 18, Navarra, Thomson, 2007, p. 236-240.

³¹PEÑARANDA LÓPEZ, Antonio. Obra citada, p. 43-50.

se distinguir entre o exercício da ação e a reunião da base fática sobre a qual se funda a pretensão, investigando-se a idoneidade da notícia crime em si mesma³².

Ressalta Peñaranda, com acerto, que a etapa preliminar encerra-se com o convencimento do Ministério Público de que da investigação é possível depreender suficientes elementos para o exercício da ação penal (justa causa)³³.

Oportuno ressaltar um aspecto, relativamente ao modo como na atualidade o modelo acusatório tem sido interpretado em regimes processuais respeitosos da presunção de inocência no que concerne ao papel da investigação preliminar.

Na Itália, destaca Franco Cordero, a superação da herança pós-inquisitória, na medida em que o processo penal italiano se alheia daquele com duas etapas – ou misto – exige da acusação hipóteses acusatórias bastante prováveis de resistir ao debate oral e ultrapassar a presunção de inocência³⁴. O mesmo se passa na Alemanha, cuja investigação preliminar traça a rota das atuações probatórias em juízo, mas para iniciar o processo requisita-se alta probabilidade de condenação³⁵.

De toda maneira, é uníssono o reconhecimento do caráter necessariamente parcial da fase preliminar, da etapa de investigação criminal, porque o que se busca – conforme Gimeno Sendra, a “investigação da notícia crime” – estriba-se em uma hipótese acusatória³⁶.

³²GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal, 2ª reimpressão, Madrid, Colex, 2006, p. 267.

³³PEÑARANDA LÓPEZ, Antonio. Obra citada, p. 38.

³⁴CORDERO, Franco. Procedimiento Penal, vol. II, Bogotá, Temis, 2000, p. 141.

³⁵SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento, obra citada, p. 641.

³⁶Schünemann anotar que igualmente na Alemanha a investigação preliminar padece da unilateralidade inquisitorial que em reação gerou a reforma do processo penal europeu há 200 anos. SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Obra citada, p. 645.

No contexto de um sistema que depende do sucesso da investigação de elementos que confirmam idoneidade à notícia crime, a doutrina tende a relacionar os atos de investigação aptos a alcançar tal fim e o faz consoante antigos paradigmas de investigação que recolhem no mito de uma neutralidade do agente investigador o rol das atividades idôneas à descoberta da verdade.

Mesmo autores clássicos como o citado Franco Cordero em geral limitam o horizonte da investigação a atos de recolhimento de informações com dispensa da colaboração do investigado³⁷.

A realidade, todavia, da qual não se deve distanciar, como recordava Hélio Tornaghi, é que a cada dia a investigação requisita mais e mais a cooperação, nem sempre voluntária, do investigado, supostamente para compensar as mais severas exigências para a abertura do processo.

Assim, ao lado dos atos de investigação que formam o catálogo clássico, enunciado em alguns manuais de processo penal (oitiva de testemunhas, apreensão de documentos, exames em objetos etc.), há a concreta antecipação para a etapa preliminar dos momentos decisivos da causa penal e isso, cuja origem nas quatro últimas décadas está localizada no processo penal de emergência, quase sempre conta com a introdução de meios que estimulam ou até constroem o investigado a colaborar com a investigação, recuperando a lógica e os procedimentos inquisitoriais que aparentemente o processo penal abandonara na Europa há duzentos anos, como salientou Schünemann.

À ressurreição de atos de investigação dirigidos a obter a cooperação voluntária ou involuntária do investigado (quebra de sigilo das comunicações, delação premiada etc.) é a causa de novas necessidades e exigências funcionais a que devem corresponder, realisticamente, distintas formas de atuação dos agentes envolvidos na investigação, cuja transcendência processual de seus

³⁷CORDERO, Franco. Procedimiento Penal, vol. II, obra citada, p. 144-200.

comportamentos não pode ser ignorada pela doutrina e, principalmente, pelos tribunais em sua missão de garantir a fidelidade dos procedimentos penais à Constituição.

E a realidade, neste caso, tem-se revelado por meio da “aglomeração quântica de poder”³⁸ nas mãos dos sujeitos processuais que enfeixam as tarefas preventivas, o que com alguma frequência descamba para o abuso, em um crescente direito penal e processual penal preventivo de que é uma das mais vigorosas ilustrações a delação premiada.

Assinala Schünemann que a transformação das formas de criminalidade, principalmente nos últimos vinte e cinco anos, na Alemanha, tem gerado reações difíceis de desenredar, que colocam em relevo um tipo de processo penal caracterizado pelo fortalecimento das posições processuais de poder das autoridades de prevenção, como referido, ao custo das posições do investigado e da defesa³⁹.

Uma acumulação de poderes ou forças processuais (*Gewaltenhäufung*)⁴⁰ dessa ordem em um procedimento carente de publicidade, como a investigação criminal, independentemente da realização de audiências judiciais, funciona como campo fértil para a existência do dilema que a rigor seria próprio de outra estrutura processual: estratégia e descobrimento da verdade.

Isso se dá, funcionalmente, no território da investigação criminal. Neste espaço, no lugar de as autoridades policiais investigarem, o sistema investe na simbiose entre o juiz e os órgãos de investigação, substituindo-se a busca da verdade material pela estratégia de obter diretamente do investigado os meios para a afirmação da responsabilidade penal dele próprio ou de outrem.

³⁸Expressão empregada por Bernd Schünemann acerca da rede de persecução penal estabelecida nos marcos das chamadas “Leis de Luta” contra a criminalidade, na Alemanha. SCHÜNEMANN, Bernd. La reforma del proceso penal. Madrid: Dykinson, 2005, p. 30.

³⁹SCHÜNEMANN, Bernd. La reforma del proceso penal, obra citada, p. 43.

⁴⁰SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Obra citada, p. 634.

Ao examinar empiricamente esta situação na Alemanha, ao fim dos anos 80, Schünemann observará que estatisticamente entre um quarto e umterço dos processos penais naquele período foram resolvidos mediante acordo e que ao menos na metade deles teria havido prévia prisão preventiva⁴¹.

A ameaça da prisão preventiva associada a estratégias que, designadas como “efeito hidra”, sufocam o investigado e inviabilizam a sua vida econômica, tende a produzir um ambiente de frágil legalidade⁴².

É incontornável a associação ao retratado episódio da audiência de delação premiada de Alberto Youssef.

Semeia-se uma nova função para o procedimento da investigação criminal: obter a colaboração de algum ou de todos os investigados. Não raro o sucesso desta função adicional da investigação criminal depende não apenas da simbiose juiz e autoridades investigadoras, mas também da expansão dos poderes judiciais acumulados na forma de “forças processuais” capazes de manejar a prisão preventiva, busca e apreensão e indisponibilidade de bens como estratégias de convencimento das vantagens do acordo ou da delação.

Ignorar esta realidade na delação premiada importa enfraquecer as bases do devido processo legal em relação a um de seus pilares, a imparcialidade do juiz, condição para que a estrutura acusatória preconizada na Constituição não seja mera aparência.

4. A delação premiada e a imparcialidade do juiz

⁴¹SCHÜNEMANN, Bernd. La reforma del proceso penal, obra citada, p. 44-5.

⁴²*Idem*, p. 32. O efeito “hidra” se caracteriza por manter as medidas cautelares invasivas atuando permanentemente, em aberto, em busca de fatos delituosos comprováveis mediante os “achados” das cautelares anteriores.

Nos dias atuais é um tanto fora de dúvida de que a imparcialidade do juiz configura um dos atributos da jurisdição.

Em seu famoso “Dos delitos e das penas” o Marquês de Beccaria advertia para as situações em que

*“o juiz torna-se inimigo do réu, desse homem acorrentado, à mercê dos tormentos, da desolação, e do mais terrível porvir; não busca [o juiz] a verdade do fato, mas busca no prisioneiro o delito, e o insidia, e se considera perdedor se não consegue, e crê estar falhando naquela infalibilidade que o homem se arroga em todas as coisas. Os indícios para a captura estão em poder do juiz; para que alguém seja provado inocente deve antes ser considerado culpado; chama-se a isso **processo ofensivo**, e são esses, quase por toda parte da Europa ilustrada do século dezoito, os procedimentos criminais. O verdadeiro processo, o **informativo**, a investigação imparcial do fato, aquele que a razão manda, que as leis militares utilizam, usado até mesmo pelos déspotas asiáticos nos processos tranquilos e indiferentes, é pouquíssimo utilizado nos tribunais europeus”* (grifo do autor)⁴³.

O juiz não pode ser um *inimigo* do réu, um seu adversário. Para isso, ser imparcial é absolutamente essencial.

Em sua luminar tese de Livre Docência, apresentada na Universidade de São Paulo, sobre a garantia do juiz natural no processo penal, Gustavo Badaró, a par de dar ampla notícia da história do princípio do juiz natural, realçará aspecto raramente mencionado pela doutrina brasileira, ao menos pelo ângulo do citado princípio: a condição essencial do elemento imparcialidade do juiz em sua configuração⁴⁴.

⁴³Dos delitos e das penas. São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 77.

⁴⁴BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação da

São suas palavras:

“Em suma, é fácil perceber que, se houver a intenção séria de se assegurar um juiz de cuja parcialidade não se possa duvidar, por certo, a garantia do juiz natural não pode se limitar a definição do órgão jurisdicional competente, mas deve incluir, também, a pessoa do juiz, que irá concretamente exercer a jurisdição no caso concreto. Ou seja, o juiz natural não deve ser apenas uma garantia de prévia definição do órgão jurisdicional competente, mas também da pessoa do juiz que irá julgar” (grifos do autor)⁴⁵.

Segue também por esta trilha Adelino Marcon, que malgrado extraia o dever de imparcialidade da regra constitucional da isonomia (“todos são iguais perante a lei”), assinala que não há como desvencilhar a garantia do juiz natural daquela da imparcialidade do juiz⁴⁶.

Em homenagem a Julio Maier, importante processualista penal argentino, o autor deste parecer destacava, já em 2001, que “o princípio do juiz natural nunca poderá estar desvinculado da pessoa do juiz”, pois que “sem que o identifique na pessoa de um juiz que concretamente presidirá o processo e decidirá a causa, fica totalmente esvaziado”⁴⁷.

competência no direito processual penal brasileiro. Tese de Livre-Docência em Direito Processual Penal apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010.

⁴⁵ *Idem*, p. 44.

⁴⁶ MARCON, Adelino. O princípio do juiz natural no processo penal. Curitiba, Juruá, 2004, p. 95-101. E também: CHUMBINHO, João. A Constituição e a Independência dos Tribunais. Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 106; e MAYA, André Machado. Imparcialidade e Processo Penal: da prevenção da competência ao juiz das garantias. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011. Para o exame da garantia e seu esboço histórico no direito anglo-americano: LANGBEIN, John H. e outros. History of the Common Law: the development of Anglo-American Legal Institutions. Aspen Publishers, 2009, p. 208 e 560 e seguintes.

⁴⁷ PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em homenagem às ideias de Julio B. J. Maier, in: Em torno da jurisdição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 38. É igualmente o entendimento de Alberto Binder, outro extraordinário processualista penal argentino (Introducción al derecho procesal penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999).

Apesar de uma longa história de limitação da garantia do juiz natural exclusivamente a aspectos associados à proibição de juízes e tribunais *ad hoc* e/ou vedação de julgamento por juiz incompetente (art. 5º, incisos XXXVII e LIII da Constituição da República)⁴⁸, a posição dominante nos principais tribunais de direitos humanos integra à citada garantia a imparcialidade do juiz que concretamente haverá de julgar a causa.

Assim, a Corte de Estrasburgo assinala que é sobre o princípio da imparcialidade judicial que está baseada, em boa medida, a confiança do cidadão nos Tribunais de Justiça. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem assentado, a partir da doutrina da análise de casos, que há de se produzir vigorosa proteção do direito a um juiz subjetivamente imparcial, “aplicando standard que não reclama que a parte que se considere lesionada credite a existência de um prejuízo subjetivo que se projete em um resultado objetivamente contrastável”, mas que é suficiente que a “imagem de imparcialidade do juiz tenha resultado, em termos sociais, afetada”⁴⁹.

Com efeito, para a jurisprudência do TEDH “o jogo das aparências tem valor de regra de decisão”⁵⁰. 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 realmente seja *parcial*, antes bem, alcança com que possa introduzir-se a *suspeita* disso segundo uma valoração razoável” (grifo nosso)⁵¹.

⁴⁸Por todos, valem os comentários à Constituição Portuguesa por J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira: Constituição da República Portuguesa anotada, vol. 1. 1ª ed. Brasileira. São Paulo, RT, 2007, p. 525.

⁴⁹GARCÍA, Javier Hernández. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a un proceso penal equitativo in: Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos. Estudios de Derecho Judicial 155 2009. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 328-9.

⁵⁰*Idem*, p. 329.

⁵¹Tradução livre. ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal, 3ª reimpressão. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 43.

No mesmo sentido tem se pronunciado a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), para a qual a parcialidade, sem embargo de observada apenas objetivamente, invalida por completo o processo penal⁵².

O que caracteriza a imparcialidade do juiz, segundo Enrique Bacigalupo, é a verificação da “*distância legalmente determinada* entre o tribunal e as partes” (grifo nosso), que materialize substancialmente o caráter de árbitro, terceiro desinteressado, que grava a jurisdição nos tempos modernos⁵³.

Salienta o catedrático de Direito Penal e juiz do Tribunal Supremo espanhol que, de acordo com pacífico entendimento esposado pelo TEDH, a imparcialidade deve ser garantida objetivamente, mediante a determinação legal das causas de incompatibilidade, e de modo subjetivo, excluindo-se do processo o juiz que nutre sentimentos especialmente adversos relativamente a alguma das partes⁵⁴.

Sem dúvida que o direito processual brasileiro em tese de longa data acolhe a ideia da incompatibilidade, versada, nas palavras de Tornaghi, como “causa da suspeição”, que se retira de um quadro em que, necessariamente, não se duvida da honradez do juiz, mas de sua condição psicológica⁵⁵.

Ao contrário do que afirma em algum momento parte da doutrina brasileira, a preocupação dos tribunais europeus, inclusive o TEDH, com a concentração de poderes em mãos do juiz capaz de macular objetivamente a sua

⁵²Caso Durand y Ugarte vs Perú, in: Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, compilador César Landa Arroyo, Lima, Palestra, 2005, p. 512-3.

⁵³BACIGALUPO, Enrique. El debido proceso penal. Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 93. Aragonese Alonso advertirá que a imparcialidade, como princípio superior do processo, serve para assegurar a heterocomposição e implica em duplo dever do juiz: a) exige-se que observe de forma criteriosa o princípio da audiência bilateral (*audita et altera pars*); b) e que aplique a lei com abstração de tudo o que não seja o material aportado ao processo, demitindo-se de toda consideração subjetiva que influa no resultado (*apud* Augustín-Jesús Pérez-Cruz Martín e outros. Derecho Procesal Penal, 2ª ed., Navarra, Civitas, 2010, p. 57).

⁵⁴*Idem*.

⁵⁵TORNAGHI, Hélio. Instituições de Processo Penal, 1º vol. 2ª ed., obra citada, p. 432-3. Em semelhante quadro a afetação da condição psicológica do juiz é consequência da internalização da certeza da responsabilidade penal do acusado.

parcialidade não é algo peculiar a certos ordenamentos jurídicos (Espanha, França etc.).

Em verdade, a preocupação e conseqüente invalidade dos processos penais cujo arco da persecução haja sido dominado pela atuação do juiz, quando esta atuação deve estar reservada à tarefa fundamental de decidir, decorre do direito fundamental das partes ao juiz imparcial e isso é invariável qualquer que seja a ordem jurídica, desde que realmente comprometida com o modelo acusatório de processo.

É neste quadro que deve ser interpretada a reação do Tribunal Constitucional espanhol às mudanças que em 1967 colheram o processo penal daquele País. Em síntese apertada, a reclamação de falta de juízes e demora nos julgamentos penais levou o legislador espanhol, em 1967 (Lei nº 3, de 08 de abril de 1967), durante a ditadura Franco, a modificar o comando das etapas prévias ao juízo estabelecido pelo Código de 1882, e concentrar em mãos do juiz instrutor, ao menos hipoteticamente, as funções de investigação e admissibilidade da acusação (preparação do juízo).

Mesmo com alterações pontuais, em 1980, a extraordinária concentração de poderes do juiz instrutor, propiciada pela lei espanhola, levou ao questionamento acerca da capacidade de um procedimento semelhante ensejar condições ideais de imparcialidade.

E todo o fundamento da decisão do Tribunal Pleno (Sentença de 12 de julho de 1988, proc. nº 145/1988) estribou-se no reconhecimento da *inaptidão* daquela estrutura procedimental para *distanciar* o juiz dos interesses em jogo e assegurar a sua imparcialidade⁵⁶.

⁵⁶Para a exata compreensão do caso espanhol: OLIVA SANTOS, Andrés. Jueces Imparciales, fiscales “investigadores” y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal. Barcelona, PPU, 1988.

Cuidou-se no caso de examinar as condições de possibilidade do *território* onde se exercita a persecução penal, no que toca às atividades que nele o juiz desempenha, para *objetivamente* avaliar se a imparcialidade do juiz poderia estar comprometida.

Neste ponto não há diferença entre o exame abstrato e genérico, no plano do controle de constitucionalidade exercitado pelo tribunal (espanhol), daquele mesmo exame abstrato – e prévio – do legislador brasileiro que em 1941 apreciou as condições de operação dos procedimentos penais e estipulou, à vista dos procedimentos então existentes, os casos objetivos (impedimento, art. 252 do CPP) e subjetivos (suspeição, art. 254 do CPP) de incompatibilidade para o exercício da jurisdição.

A técnica processual é a mesma e é indiferente a circunstância de o objeto da verificação da imparcialidade tratar-se de juizado de instrução ou de alguma outra atividade do magistrado.

Com efeito, o que se deve indagar é se, nas condições concretas demonstradas, é razoável supor que a imparcialidade do juiz possa estar comprometida ou de fato esteja afetada por algum comportamento dele porventura estimulado pela própria estrutura procedimental.

Este é o significado da decisão paradigmática do TEDH, sempre citada (Sentença Piersack, de 01 de outubro de 1982, proc. 1982/6), e reafirmada em várias oportunidades, como, por exemplo, no caso Cubber contra a Bélgica (Sentença de 26 de outubro de 1984), reconhecendo que o fato de o magistrado instrutor possuir também a qualidade de oficial de polícia judicial comprometia objetivamente sua imparcialidade⁵⁷.

⁵⁷Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Compilador: Francisco Javier Días Revorio. Lima, Palestra, 2004, p. 496 e seguintes.

A reiterada invocação do TEDH para deliberar sobre o tema revela a tensão por trás das iniciativas legais de fortalecimento e concentração dos poderes processuais em mãos dos juízes, para controlar a criminalidade (função preventiva), a reclamar periódico exame das novas formas procedimentais.

A política processual não está parada no tempo. Daí que é razoável exigir dos tribunais que atuem por princípios no exame dos casos de alegada violação da imparcialidade dos juízes⁵⁸. É o que se deve esperar no presente caso.

Neste momento da história constitucional brasileira, não se trata, pois, de assegurar somente “as regras do jogo” e sim, como frisa Ibáñez, garantir “os valores em jogo”⁵⁹.

⁵⁸Também aqui poderia se colocar de forma indireta o debate – que se projetará para a garantia constitucional de ser julgado por juiz imparcial – sobre se há distinção entre princípios e regras, que seriam distintas espécies normativas (ou não). A estrutura acusatória de processo penal decorre de princípios constitucionais e talvez seja a tradição de lidar basicamente com regras em sentido estrito, recusando normatividade aos princípios, a razão da resistência à admissão de uma nova feição processual. Para as distintas posições sobre a dicotomia das espécies normativas remeto a: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Hermenêutica Jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007; e o prefácio de Lenio Luiz Streck à obra *Hermenêutica Constitucional*, de Laurence Tribe e Michael Dorf, intitulado *Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermenêuta. Um manifesto de Laurence Tribe e Michael Dorf em favor da proteção substantiva dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Reconhece-se há tempos, como destaca Souza Cruz, que não há norma desconectada da sua facticidade (obra citada, p. 282), sua condição de possibilidade. O modelo dos princípios, sustenta, “*é um modelo hermenêutico e não uma forma de classificação de espécies normativas em que se distinguem princípios de regras. A nosso ver, seria mais consentâneo reconhecer que todo o ordenamento jurídico contém tão-somente normas **prima facie** vinculantes e, como tais, **sempre dependentes do caso concreto para se tornarem uma norma jurídica definitiva.***” (*idem*, p. 318 – grifo meu). A existência de procedimentos como a delação premiada que estimulam o juiz a abandonar a posição de imparcialidade, incentiva a concretização de normas jurídicas de índole constitucional tendentes à proteção destes valores, em um cenário em que os princípios são modelos hermenêuticos. Lenio Streck, por sua vez, conclui que atrás de cada regra é possível pensar em um princípio (obra citada, p. xxviii), que ocupará campos para os quais não fora dimensionado (*idem*, p. xxxiii) em um contexto de defesa dos direitos humanos. Este é o olhar que deve dominar o tribunal no momento em que decide sobre a alegação de quebra da parcialidade pelo julgador.

⁵⁹ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Garantismo y Proceso Penal*, in: Garantismo y Derecho Penal, Coord. Juan Oberto Sotomayor Acosta. Bogotá, Temis, 2006, p. 140. Interessante observar, com Ibáñez, que na prática, quanto mais “ofensivo” (e não informativo) é o processo, mais surgem vozes defendendo seu caráter instrumental (“adjetivo”), como que a pretender sanar todas as máculas

O TEDH, que amiúde trata do tema, insiste na dimensão constitutiva do valor da imparcialidade do juiz, ressaltando com contundência a “necessidade de os ordenamentos estatais garantirem eficazmente princípios do processo justo tais como a imparcialidade, igualdade de armas e o contraditório”⁶⁰.

O agravo à idoneidade do processo penal causado pela parcialidade objetiva ou subjetiva é de tal ordem que, nas palavras do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal (STF), “se, no curso de uma ação penal, surge questionamento sobre suspeição ou impedimento do relator, este questionamento pode desafiar o *habeas corpus*”⁶¹.

Dirá Roxin que o temor de parcialidade será observado em várias atitudes do juiz, tais como: criticar a negativa de prestar depoimento, recusar a nomeação de advogado de confiança do acusado ou *anunciar prevenções enérgicas para o processo*⁶². E acrescenta o ilustre professor alemão: “*Las violaciones jurídicas cometidas por el juez en el desarrollo del proceso sólo fundan el temor de parcialidad cuando la medida adoptada por el juez es arbitraria y contradice todo fundamento procesal*”⁶³.

Em sua pesquisa Schünemann registrou o fato: o emprego da prisão preventiva e das medidas cautelares patrimoniais como estratégia de convencimento do acusado a colaborar. Outro autor alemão (Roxin) aduz que há violação jurídica da garantia da imparcialidade quando o juiz anuncia (promete) prevenções enérgicas contra o acusado no processo. É o caso.

geradas pelo comprometimento do juiz com funções executivas de repressão penal (parcialidade) Ver na obra citada p. 139.

⁶⁰Ver GARCÍA, Javier Hernández. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a un proceso penal equitativo, obra citada, p. 326.

⁶¹Voto emitido no habeas corpus nº 92.893-5 Espírito Santo, Tribunal Pleno. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, publicado em 02 de outubro de 2008. Na mesma linha decidiu o Supremo Tribunal espanhol (Sentença de 23 de novembro de 2005, caso Colmenero Menéndez de Lurca): Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, nº 18, Navarra, Thomson, 2007, p. 239.

⁶²ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal, obra citada, p. 43.

⁶³*Idem*.

Evidentemente que tudo isso é facilitado pela constituição de formas procedimentais que, atuando no “território” da investigação penal, influenciam comportamento judicial de apego à repressão, transformando o magistrado, às vezes inconscientemente, em cooperador ou coadjuvante da acusação.

As modalidades procedimentais inexistentes ao tempo da redação original dos artigos 252 e 254 do CPP desafiam o tribunal a interrogar, nos dias atuais, até que ponto a delação premiada propicia a “acumulação funcional de competências” relevante para comprometer, no presente caso, em alguns ou na maioria dos casos, a imparcialidade do juiz⁶⁴.

Não custa lembrar a lição de Gimeno Sendra: a atitude inquisitória compromete seriamente a imparcialidade do órgão julgador, atingindo o direito fundamental ao juiz imparcial⁶⁵.

É preciso, pois, entender se *funcionalmente* o procedimento de delação premiada “contribui para o todo” do sistema na ótica do julgamento por juiz imparcial, quando no âmbito do inquérito policial, ainda que em audiência judicial, o juiz tem participação no acordo e, por outro lado, quando há violação da garantia da imparcialidade em virtude do comportamento do magistrado.

Uma breve notícia da delação premiada colaborará para a compreensão do problema.

Sabe-se que no Brasil de modo direto não há previsão para a transação penal, exceto no caso das denominadas infrações de menor potencial ofensivo ou para certos delitos tipificados no Código de Trânsito.

⁶⁴Expressão significativa que se extrai do Convênio Europeu de Direitos Humanos e fundamenta as decisões dos tribunais europeus acerca do assunto. Ver: Augustín-Jesús Pérez-Cruz Martín e outros. *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Navarra, Civitas, 2010, p. 57.

⁶⁵GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*, obra citada, p. 267.

Existem, todavia, portas abertas ao acordo sobre a pena, em situações mais graves, mas que não podem levar o juiz a reduzir automaticamente a sanção, com a dispensa do devido processo legal e ampla atividade probatória.

O artigo 14 da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, assim expressa:

“Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá a pena reduzida de um a dois terços”.

O artigo 13 da mesma lei distingue da colaboração voluntária aquela “efetiva e voluntária” e promete o perdão judicial para a “efetiva e voluntária”.

A Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas em verdade segue a trilha das pioneiras Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990) e do Crime Organizado (Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995), por sua vez inspiradas no paradigma italiano a respeito do qual – e para o que diretamente interessa neste parecer – justifica que se evoque o magistério de Luigi Ferrajoli.

Releva destacar o antecedente histórico estrangeiro, pela combinação de práticas do subsistema policial e o de exceção (ou emergência), que influem na ideologia inspiradora da atuação de muitos magistrados, em todos os lugares, quando se trata de implementar técnicas como a delação premiada.

Com efeito, o culto professor italiano recordará que o primeiro pressuposto da função de garantia do direito e do processo penal consiste no monopólio legal e judicial da violência repressiva. São palavras dele: “O direito e o

processo garantem contra a arbitrariedade enquanto representam técnicas exclusivas e exaustivas do emprego da força”⁶⁶.

Por isso todo empenho institucional deve ser dirigido à redução da divergência entre o nível normativo da legalidade e o efetivo da realidade, canalizando-se o emprego da força para as margens legitimadas no Estado de Direito de sorte a evitar o abuso (arbítrio).

Neste cenário, a questão que se coloca tem a ver com a disfunção sistêmica verificada em duas situações extremas e, essas sim, indesejáveis: quando não há respeito à legalidade ou, o que é tão grave, sublinha Ferrajoli, quando é a própria legalidade, em que pese respeitada formalmente, que concede às forças de polícia autorização legal para o uso da violência.

Na Itália semelhante situação ensejou a criação do denominado subsistema penal de polícia e ordem pública, ancorado nas demandas de defesa social⁶⁷, transferindo à polícia parte do monopólio legal da violência. Ressalta Ferrajoli que a Polícia mescla duas espécies de violência: a que restaura e a que conserva o direito.

De todo modo, situa o mestre, a violência empregada pela Polícia tem como alvo os direitos fundamentais das pessoas, razão pela qual o controle dessa força é indispensável e é latente a sua ilegitimidade, como no triste exemplo referido por Tornaghi linhas atrás.

Para o cumprimento de suas funções a Polícia recorre a um conjunto de medidas para dar conta das três atividades principais a que se dedica:

⁶⁶FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*, 9ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 763..

⁶⁷FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...* obra citada, p. 764.

investigação de infrações, prevenção de infrações e colaboração com a jurisdição e a administração⁶⁸. Raramente os corpos policiais distinguem as referidas atividades.

Mesmo no Brasil, a função preventiva, incumbida à Polícia Militar, funde-se com as investigações penais rotineiramente desempenhadas nos quartéis, ainda que relativamente a casos que não se enquadram na competência da Justiça Militar, enquanto a Polícia Civil é convocada para tarefas preventivas. O Rio de Janeiro é talvez o exemplo mais eloquente desta simbiose.

Escreve Ferrajoli no início da década de 90 que a promiscuidade de aparelhos e funções desorienta e tampouco colabora para controlar a violência gerada no interior do sistema, que passa a ser tolerada como algo inevitável.

Conclui o citado jurista sobre este tópico que os traços substanciais das funções de polícia podem ser percebidos não somente no interior dos aparelhos policiais, mas são igualmente detectados nos corpos definidos por Ferrajoli como “*magistratura con funciones para-policiales*”⁶⁹.

Historicamente esta forma de contaminação dos corpos judiciários penais teria sido superada no século XX, em seguida ao fim dos regimes fascista e nazista na Europa.

No entanto, a emergência do fenômeno do terrorismo, nos anos 60 e 70, na Itália, fez ressurgir a prática sob a modalidade de medidas de exceção, emergenciais, e recolocou para a magistratura funções para-policiais, com especial relevância para atuação o âmbito da delação premiada, recuperada dos velhos esquemas substancialistas pré-modernos que empregavam técnicas judiciais inquisitivas⁷⁰.

⁶⁸*Idem*, p. 768.

⁶⁹*Ib idem*, p. 768-9.

⁷⁰FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...* obra citada, p. 807.

Para os fins deste parecer basta lembrar que a delação premiada ressurge, pois, na Itália, na segunda fase da legislação de emergência, veiculada no Decreto Lei nº 304, de 29 de maio de 1982, que assegurava reduções de pena significativas e medidas de indulgência, especialmente relacionadas à liberdade de locomoção, aos imputados arrependidos e colaboradores⁷¹.

A delação premiada como forma de cooperação do imputado a um tempo revelou-se capaz de alcançar vários resultados: indiciar a responsabilidade penal de coautores ou partícipes dos delitos; e exprimir, como de pena se tratasse, em seu procedimento de confirmação (homologação), a “conversão” do imputado às fileiras do campo anticriminal⁷².

Este quadro mental inquisitório – meta de conversão de criminosos em não criminosos – terminou por afetar muitos juízes italianos, que beneficiando-se da expansão do subsistema emergencial, cuja nota de destaque consiste no crescimento da discricionariedade nas fases *ante* e *post iudicium*, empregavam estratégias de convencimento flagrantemente parciais e tendenciosas.

Também a Alemanha incorporou a prática, a partir da legislação antiterrorismo, com modificação de sua legislação ordinária (§§ 129, VI e 129, a, V, StGB)⁷³. O resultado aparece na tantas vezes mencionada pesquisa do prof. Schünemann!

⁷¹*Idem*, p. 818-9.

⁷²*Ib idem*, p. 822.

⁷³MONTOYA, Mario Daniel. Informantes y técnicas de investigación encubiertas: análisis constitucional y procesal penal, 2ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, p. 239.

Como dito no início deste tópico, a partir dos anos 90 o Brasil paulatinamente introduzirá a legislação de emergência, cujos contornos normativos débeis culminam por favorecer desvios funcionais⁷⁴.

5. A violação da imparcialidade objetiva no caso

Evidente que a existência por si só da delação premiada não é suficiente para caracterizar a perda da imparcialidade. Esta, todavia, não tem como sobreviver se surge em um ambiente hostil ao distanciamento que o juiz deve reservar no tocante às partes.

O inquérito policial como *território* por excelência da investigação criminal não é propício a que o juiz que tenha atuado no procedimento de homologação da delação veja preservada a sua imparcialidade⁷⁵.

Mais ainda quando o “compromisso” do delator é assegurado mediante promessa de aplicação de medidas repressivas ao beneficiário da delação, em busca da manutenção do pacto.

A manifesta parcialidade do juiz no caso de Paulo Roberto Krug é realçada pela prática de atos probatórios que, em verdade, constituem iniciativa genuinamente acusatória.

⁷⁴Sobre a delação premiada no Brasil: GOMES, Rodrigo Carneiro. O crime organizado na visão da Convenção de Palermo. Belo Horizonte, Del Rey, 2008; CALLEGARI, André Luís (org.). Crime Organizado: tipicidade – política criminal – investigação e processo. Brasil, Espanha e Colômbia. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

⁷⁵A mesma conclusão parece ter chegado o eminente Ministro Dias Toffoli, no julgamento do habeas corpus nº 97.553- PR, Primeira Turma STF, impetrante Carlos Alberto Farracha de Castro e outros, ao sinalizar que, avaliando questionamento sobre parcialidade do juiz em delação premiada, afirmou: “note-se que no caso **sub examine**, inclusive, não houve propriamente instauração de expediente administrativo tendente à obtenção de informações relevantes que pudessem ensejar a concessão de eventuais benefícios decorrentes de lei em razão de delação, mas reinterrogatório que se processou no curso da ação penal, a requerimento dos réus (fls. 504 do apenso 3), como facultado pelo art. 196 do CPP”. Na hipótese deste parecer, no entanto, a atuação judicial pela homologação da delação premiada antecedeu o exercício da ação penal e foi decisiva para o seu exercício!

No preâmbulo do capítulo 3 deste parecer foi destacado que pode ser constatada violação do preceito da imparcialidade objetiva do juiz nos casos em que há atuação judicial em um nível de investigação da verdade que prescindida da provocação da parte interessada (acusador ou defesa).

Parece fora de dúvida, como mencionou a e. Ministra Maria Thereza de Assis Moura⁷⁶, que nem toda iniciativa probatória do magistrado é repudiada pela Constituição. Aquelas, porém, que ultrapassam a atividade supletiva, em relação às partes, e transformam o juiz em autor da atividade probatória, em nome próprio, como se previamente interessado na condenação, são reveladoras da falta de isenção, de que talvez o próprio magistrado não tenha se dado conta.

No referido voto a culta Ministra menciona posição conhecida do autor deste parecer, que a bem da verdade, ao se reproduzir neste tópico, retrata os argumentos pelos quais a simbiose investigador-juiz (ou, nas palavras de Ferrajoli, o magistrado com funções para-policiais) termina ferindo de morte a imparcialidade objetiva que é condição de validade da própria sentença.

“A primeira e mais importante observação deriva da necessária distinção entre as ações de introduzir e avaliar as provas no processo penal condenatório.

A propósito, salienta Gomes Filho que, em um modelo processual duelístico, como o *adversary*, existente na Inglaterra, por exemplo, a iniciativa da atividade probatória incumbe *preponderantemente aos próprios litigantes*, daí decorrendo o papel de mero moderador e mediador, desempenhado pelo juiz que preside o julgamento, o qual raramente intervém, como os jurados.⁷⁷

⁷⁶Habeas corpus nº 143.889 – SP. Voto-vista. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Impetrante: Cristiano Avila Maronna e outros.

⁷⁷ Gomes Filho, Antonio Magalhães. *O Direito à Prova no Processo Penal*, São Paulo: RT, 1997, pp. 59-60.

Nessa direção, fundamenta-se uma estrutura processual preocupada em evitar injustificadas e errôneas privações de direitos e em garantir *a participação e o diálogo dos interessados no processo de decisão*.⁷⁸

Por outro lado, convém assinalar que, no modelo inquisitório, o princípio é justamente o oposto, refletindo *a proeminência da figura do juiz e a subalternidade das partes na tarefa de obtenção do material probatório, o dogma da verdade real, a preocupação com a economia processual e, sobretudo, uma concepção peculiar de livre convencimento*, visto, consoante precisamente remarca Gomes Filho, *como liberdade absoluta na própria condução do procedimento probatório, e não na sua real e histórica dimensão de valoração desvinculada de regras legais, mas incidente sobre um material constituído por provas admissíveis e regularmente incorporadas ao processo*.⁷⁹

Ora, se estamos convencidos, o que é certo, da vinculação entre direito de ação (e, naturalmente, também de defesa) e direito à prova, é razoável supor que haja mais do que uma simples relação jurídica, pela qual o segundo seja considerado consequência do primeiro.

A ordem das coisas colocadas no processo permite, pragmaticamente, constatarmos que a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material possa determinar, se efetivamente incorporado ao processo.⁸⁰

Ao tipo de prova que se pesquisa corresponde um prognóstico, mais ou menos seguro, da real existência do *thema probandum*, e, sem dúvida, também das consequências jurídicas que podem advir da positivação da questão fática.

⁷⁸ *Idem*, p. 60.

⁷⁹ *Idem*, p. 63.

⁸⁰ Ver críticas à investigação direta pelo Ministério Público, texto acrescentado a esta edição.

Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.

Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação, ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, aqui igualmente se verificará o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao processo, por considerar importantes para o deslinde da questão. Isso acabará afastando o juiz da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição essa apta a permitir a melhor ponderação e conclusão.

Entre os poderes do juiz, por isso, segundo o princípio acusatório, não se deve encontrar aquele pertinente à investigação judicial, permitindo-se, quando muito, pela coordenação dos princípios constitucionais da *justiça material*⁸¹ e *presunção da inocência*, que moderadamente intervenha, durante a instrução, para, na implementação de poderes de assistência ao acusado, pesquisar de maneira supletiva provas da inocência, conforme a(s) tese(s) esposada(s) pela defesa.

Neste caso, assimila-se a real natureza do princípio acusatório como garantia que comporta para a defesa do imputado conforme assinala

⁸¹ O princípio de *justiça material*, conforme o magistério de Canotilho, remete à Constituição um fundamento de “*reserva*” e “*garantia*” da justiça, pelo que se assinala a intencionalidade do Direito Constitucional não esgotar a positividade das normas da Constituição na mera edição formal, mas sim na correspondente justiça deste direito. Portanto, a função de “*reserva de justiça*”, mencionada pelo mestre português, sugere a fundamentação dos princípios que se constituem em *favor rei*, desde o da presunção da inocência, justificando a compressão de outros princípios, como, por exemplo, o acusatório, em vista da referida *reserva de justiça* (Canotilho, J. J. Gomes. Direito Constitucional, p. 3).

Grau.⁸² O destinatário da posição jurídica favorável não pode ser prejudicado pela aplicação, contra si mesmo, daquele benefício instituído pela Constituição.

Ao mesmo tempo, incrementa-se, por meio desta excepcional e restrita iniciativa judicial, o princípio da paridade de armas de modo efetivo, tal seja, garantindo, pela intervenção mediadora do juiz, tratamento desigual aos desiguais, sobretudo em face da ausência de identidade entre as partes, agindo assim em busca do equilíbrio no processo, razoavelmente justificado à luz de critérios de reciprocidade e evitação de um dano irreparável.

Teresa Armenta Deu pensa, todavia, diferentemente, defendendo a tese da possibilidade da introdução de elementos de prova, pelo juiz, de forma limitada, mesmo na fase de debates, visando completar o panorama sobre o qual recairá o juízo⁸³. Giza a referida autora que, nas circunstâncias, a importação de elementos de prova pelas mãos do juiz será controlada pelo sucessivo contraditório e pela impossibilidade de interdição da defesa.

Em que pesem o respeito e admiração que merece a doutrinadora, que profundamente estudou o princípio acusatório, não é possível concordar com ela porque o contraditório é medida de duelo, como categoria processual que reúne a ciência do ato praticado *pela parte contrária* à possibilidade de uma atitude em sentido contrário ou objetivando contrariar o prefalado ato. Difícil será, a nosso juízo, estabelecer-se um duelo entre o acusado e o juiz, pois este último detém o poder de decidir a causa, elegendo, como assinalou Carnelutti, a alternativa de solução que lhe pareça mais viável.

⁸² Grau, Joan Verger. *La Defensa del Imputado y el Principio Acusatorio*, Barcelona: Bosch, 1994, p. 13.

⁸³ Teresa Armenta Deu defende ponto de vista diverso em *Principio Acusatorio y Derecho Penal*, Zaragoza: Bosch, 1995, pp. 27-28.

Há de se acrescentar, por oportuno, que, se o princípio da paridade de armas não integra o princípio acusatório, reduzido este à divisão tricotômica de funções, é, todavia, importante para a implementação da justa solução do caso penal, a ponto de ser considerado integrante de um sistema cuja base é a acusatoriedade (novamente aí a distinção entre sistema e princípio, entre continente e conteúdo).

Por isso, cabe destacar, com Chiavario⁸⁴, que a *parità fra le armi* fornece um critério resoluto fundado não no sentido de simetria das situações das partes, porém justamente na dissimetria de posições, observável na prática, de tal sorte que não é razoável admitir um Ministério Público despreparado para o exercício dos direitos de ação e prova, enquanto, lamentavelmente, acontece de se encontrar defensores inaptos para a melhor forma de representação dos interesses do imputado.

Para ser assimilada pelo princípio acusatório, a estrutura de cooperação do processo jurisdicional penal moderno, de que nos fala Ada Grinover,⁸⁵ há de ser filtrada pelo contraditório, que opõe de forma dialética as teses da acusação e da defesa, levando em consideração a desigualdade real entre as partes e a necessidade imperativa de equilíbrio técnico e de posições jurídicas visualizadas reciprocamente⁸⁶.

A hipótese submetida ao parecer, por qualquer ângulo que se pretende examinar a estrutura acusatória do processo, aponta para o desrespeito aos critérios básicos de constituição do referido modelo.

⁸⁴CHIAVARIO, Mario, *Processo e Garanzie Della Persona*, Milano: Giuffrè, 1984, pp. 27-28.

⁸⁵GRINOVER, Ada P. *O Processo Constitucional em Marcha*, São Paulo: Max Limonad, 1985, pp. 8-9, 14-15 e 19-21.

⁸⁶PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das Leis Processuais Penais*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 158-9.

Assim, com independência do fato de não se poder atribuir ao significante “acusatório” um significado consensual, ao nível da doutrina processual penal imperante nos mais diversos lugares, como salientou Mirjan Damaska⁸⁷, igualmente é certo que não se pode ocultar nas variações de sentido “uma identidade de propósito e significado”⁸⁸.

Com efeito, há semelhança estrutural entre justiças fundadas na tripartição escrupulosa das principais funções processuais (acusar, defender e julgar), que se projeta na previsão, quase sempre constitucional, de estatutos jurídicos autônomos reguladores do exercício da ação penal, da defesa e do julgamento.

A descendência histórica concreta comum dos modelos acusatórios, inspirados no signo do caráter adversarial, herança referida por Damaska, os filia à tradição que deriva da Inglaterra e que tem no devido processo legal sua pedra angular, sob a acentuação de um processo equitativo⁸⁹. Afirma o referido autor que:

“El modelo procesal ‘adversarial’ surge a partir de una contienda o disputa: se desarrolla como el compromiso de dos adversarios ante un juez relativamente pasivo, cuyo deber primordial es dictar un veredicto.”⁹⁰

Em uma primeira aproximação, que somente tem sentido pelo entendimento de que organizações de justiça criminal reunidas sob rubricas comuns, portanto ideais, compreendem-se em oposição dicotômica (acusatório *versus* inquisitório), pode-se assinalar a partir da experiência histórica que os modelos

⁸⁷Com efeito, Damaska afirma que há variação de forma sobre o que em cada ordenamento jurídico é considerado “sistema acusatório”. DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la Justicia y el Poder del Estado: Análisis comparado del proceso legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 20.

⁸⁸DAMASKA, Mirjan R. *Obra citada*, p. 20.

⁸⁹Sobre as garantias do devido processo legal: GRINOVER, Ada P. *Igualdade de partes e paridade de armas: a posição do MP no Superior Tribunal Militar*, in: *O processo em evolução*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 312-6. Sobre o conceito de devido processo legal, formal (procedimental) e material no direito norte-americano: CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*. 4th Ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 557-9; e HALL, Daniel E. *Criminal Law and Procedure*. 6th Ed. Delmar Cengage Learning, p. 283-4.

⁹⁰DAMASKA, Mirjan R. *Obra citada*, p. 13.

acusatórios de processo compartilham algumas características, desdobradas da referida tripartição.

A rigor a iniciativa para o processo não cabe ao juiz; o acusador, público ou privado, encontra-se diante da tarefa de remover a presunção de inocência e, portanto, tem o direito de produzir prova dos fatos que fundamentam a sua pretensão; não está, todavia, sistematicamente vinculado ao propósito de punir, porque sua atuação está orientada pelo princípio da legalidade; por sua vez, cabe à defesa resistir à pretensão acusatória, sendo esta sua função primordial, extraída da Constituição. Nas palavras de Claus Roxin, o defensor é o “*garante jurídico-constitucional de la presunción de inocencia para el inculpado*”⁹¹.

De sua parte, o juiz da causa deve atuar *imparcialmente*.

As linhas gerais do sistema acusatório no processo penal brasileiro resultam assim das regras do artigo 5º, inc. LIII e LV, e do artigo 129, inciso I, ambos da CR, este último incorporado ao nosso ordenamento com o específico propósito de afastar o juiz (e outros agentes públicos distintos do Ministério Público) da tarefa de acusar⁹².

O cenário constitucional propício à acusatoriedade não ignora, no entanto, singularidades e contingências que com frequência indesejável afetam praticamente todos os sistemas de justiça criminal e têm reclamado a intervenção ora da jurisdição constitucional, ora da atuação típica dos tribunais internacionais de direitos humanos (Corte Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Europeu de Direitos Humanos) para definir critérios mais específicos **do que se deve efetivamente** considerar como modelo acusatório de processo.

⁹¹ROXIN, Claus. Presente y futuro de la defensa en el proceso penal del estado de derecho in: Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 39.

⁹²Malgrado sua flagrante inconstitucionalidade, até 2008 o Código de Processo Penal (CPP) contemplava a previsão de procedimento acusatório iniciado por acusação da autoridade policial ou do juiz (arts. 531 e seguintes).

Evidente que o recorte histórico funciona como pano de fundo das intervenções dos tribunais para interpretar/configurar a noção de processo acusatório e quase sempre isso ocorre por negação de determinadas práticas como enquadráveis no marco jurídico da acusatoriedade, que se inspira na máxima proteção da dignidade da pessoa humana atingida pelo processo penal.

Assim, por exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), provocado pela expansão das ações de repressão penal, tem dado resposta de contenção dessa tendência de invasão no âmago dos direitos fundamentais por meio da fixação do entendimento de que a matriz processual consentânea com o modelo acusatório, estrutura básica para a realização de um processo equitativo, pressupõe: o direito ao juiz ordinário preordenado por lei, independente e *imparcial*, em um processo com as garantias da publicidade, presunção de inocência, conhecimento da acusação (**com a ciência de meios e fontes de prova existentes**), tutela contra a autoincriminação compulsória, direito à paridade de armas, à audiência, à prova, à inquirição de testemunhas, a conhecer as razões do tribunal e ao processo em prazo razoável⁹³.

À vista deste quadro, o olhar a distância e de maneira global para o processo permite compreender como se conjugaram as duas intervenções judiciais questionadas, articulando-se em um programa prévio de criminalização que – remetendo ao magistério, igualmente invocado neste parecer, de Otto Kirchheimer – não ofereceu ao acusado a mínima possibilidade de se defender com êxito, confrontando a matriz acusatória.

A atitude judicial frente ao imputado delator – ao frisar que os poderes processuais do juiz poderiam ser acionados a qualquer tempo, na hipótese de retratação da delação – e a busca de evidências sequer cogitadas pela acusação

⁹³GARCÍA, Javier Hernández. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a un proceso penal equitativo obra citada, p. 309-372.

demonstram ausência de distanciamento crítico do juiz que, a juízo do autor deste parecer, comprometeu a jurisdição, afetada que estava a imparcialidade do magistrado.

O caso submetido a exame retrata, portanto, de maneira exemplar a conclusão do *Sistema Acusatório*:

“Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.

Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação, ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, aqui igualmente se verificará o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao processo, por considerar importantes para o deslinde da questão. Isso acabará afastando o juiz da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição essa apta a permitir a melhor ponderação e conclusão.”⁹⁴

6. Considerações finais.

Ao cabo da análise é inevitável a conclusão de que desde o princípio da persecução penal envolvendo Paulo Roberto Krug o juiz federal Sergio Moro praticou atos que são típicos de investigação penal.

O citado juiz, mostram os documentos, inquiriu testemunhas em procedimento investigatório e buscou obter delas informações que em concreto

⁹⁴O voto-vista do eminente Ministro Cezar Peluso, no Habeas Corpus nº 96.641 – BA, Segunda Turma STF, impetrante Djalma Eutímio de Carvalho, citado pelos consulentes, traduz com perfeição o esquema epistemológico comprometedor da imparcialidade do juiz no caso deste parecer.

possibilitaram ao Ministério Público deduzir a pretensão acusatória em face do paciente.

As citadas práticas, em procedimento sigiloso, originaram-se da proposta de delação premiada formulada pelo Ministério Público Federal a Alberto Youssef e Gabriel N. P. Neto, que estavam sendo igualmente investigados.

Em sua feição contemporânea, a delação premiada brasileira filia-se às medidas excepcionais oriundas da segunda fase da legislação de emergência italiana, no início dos anos 80, e carece de um devido processo legal que, identificando sua natureza, preserve direitos e garantias das partes no processo penal.

O carente regime de vínculos jurídicos relativamente à delação premiada no caso concreto contribuiu para a realização de uma audiência judicial sigilosa, em âmbito administrativo, presidida pelo juiz Sergio Moro, em que a um dos “colaboradores” o magistrado alertou para a fidelidade futura de suas declarações, tomadas pelo próprio magistrado, que se sugeriu condicionar a suspensão da prisão preventiva decretada.

Resulta das considerações do parecer que não é o “nome” que define a função procedimental (concepção nominalista), mas a função se define em virtude de seu objeto, independentemente de quem seja o autor do comportamento concreto.

Tratou-se de ato de investigação e os elementos informativos que surgiram neste contexto, obtidos diretamente pelo juiz Sergio Moro, subsidiaram a acusação (e posterior condenação de) contra Paulo Roberto Krug.

O caso revela, neste cenário, o que a doutrina denomina de “aglomeração quântica de poder” nas mãos dos sujeitos processuais que enfeixam as tarefas preventivas, fenômeno responsável por um crescente direito penal e processual penal preventivo.

Funcionalmente, concorda-se que a ressurreição de atos de investigação dirigidos a obter a cooperação voluntária ou involuntária do investigado é a causa de novas necessidades e exigências funcionais a que devem corresponder, realisticamente, distintas formas de atuação dos agentes envolvidos na investigação, cuja transcendência processual de seus comportamentos não pode ser ignorada pela doutrina e, principalmente, pelos tribunais em sua missão de garantir a fidelidade dos procedimentos penais à Constituição.

Uma acumulação de poderes ou forças processuais (*Gewaltenhäufung*) dessa ordem em um procedimento carente de publicidade, como a investigação criminal, funciona como campo fértil para a adoção de estratégias que estimulem a cooperação dos investigados, entre as quais, salienta-se, a menção ao uso de cautelares que limitam a liberdade pessoal ou disponibilidade patrimonial.

A contribuição do juiz para tornar “efetiva” a delação afeta a imparcialidade do magistrado.

E a imparcialidade do juiz é condição de validade do processo, daí que a produção de vigorosa proteção ao direito a um juiz subjetivamente imparcial, “aplicando standard que não reclama que a parte que se considere lesionada credite a existência de um prejuízo subjetivo que se projete em um resultado objetivamente contrastável”, reclamava o afastamento concreto do magistrado Sergio Moro da referida causa penal.

Não se trata de duvidar da honestidade intelectual do juiz, mas a jurisprudência dos tribunais de direitos humanos, na tutela do direito ao juiz imparcial, firma-se pela hipótese de afastamento, pois que é suficiente que a “imagem de imparcialidade do juiz tenha resultado, em termos sociais, afetada”.

O que caracteriza a imparcialidade do juiz é a verificação da “*distância legalmente determinada* entre o tribunal e as partes” que materialize

substancialmente o caráter de árbitro, terceiro desinteressado, que grava a jurisdição nos tempos modernos.

No processo penal o jogo das aparências tem valor de regra de decisão.

A reiterada invocação dos tribunais internacionais de direitos humanos para deliberar sobre o tema revela a tensão por trás das iniciativas legais de fortalecimento e concentração dos poderes processuais em mãos dos juízes, para controlar a criminalidade (função preventiva), a reclamar periódico exame das novas formas procedimentais.

A política processual não está parada no tempo. Daí que é razoável exigir dos tribunais que atuem por princípios no exame dos casos de alegada violação da imparcialidade dos juízes.

Como dito, neste momento da história constitucional brasileira, não se trata, pois, de assegurar somente “as regras do jogo” e sim garantir “os valores em jogo”.

As modalidades procedimentais inexistentes ao tempo da redação original dos artigos 252 e 254 do CPP desafiam o tribunal a interrogar, nos dias atuais, até que ponto a delação premiada propicia a “acumulação funcional de competências” relevante para comprometer, no presente caso, em alguns ou na maioria dos casos, a imparcialidade do juiz.

Afinal, a atitude inquisitória afetada modo indelével a imparcialidade do órgão julgador, atingindo o direito fundamental ao juiz imparcial.

E a iniciativa probatória do juiz Sergio Moro, na fase de diligências, com a determinação *ex officio* de provas que a acusação não requereu, e que serviram de esteio para a condenação de Paulo Roberto Krug, confirma a hipótese

de comprometimento psicológico do magistrado com a tese condenatória, internalizada por ocasião da audiência administrativa de delação premiada.

Releva destacar, na companhia da jurisprudência dominante em nossos tribunais superiores, que os esclarecimentos que o juiz pode ordenar de ofício antes de emitir sentença resultam da necessidade de tornar claras as provas produzidas pelas partes.

Ao contrário, quando o magistrado aproveita a oportunidade para produzir prova de fato relevante para o interesse da parte, o juiz viola o princípio acusatório e o faz atingindo a garantia da imparcialidade.

Neste cenário, confirmado por todos os documentos que acompanharam o requerimento de parecer, conclui-se pela nulidade do processo contra Paulo Roberto Krug.

São estas, pois, as considerações que me cabiam.

Ressalvado melhor entendimento, é o parecer.

Rio de Janeiro, 17 de janeiro de 2013.

Geraldo Prado