

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DIREITO

Selton Dionísio de Melo

**A ATUAÇÃO DO JUIZ DE DIREITO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: raízes
autoritárias dos institutos penais e processuais e imparcialidade**

Trabalho de Conclusão de Curso

Volume I

Santa Rita/PB 2020

ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

Selton Dionísio de Melo

**A ATUAÇÃO DO JUIZ DE DIREITO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: raízes
autoritárias dos institutos penais e processuais e imparcialidade**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
curso em Ciências Jurídicas, como parte dos
requisitos necessários à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonam Baesso da Silva
Liziero

Volume I

Santa Rita/PB 2020
Selton Dionísio de Melo

**A ATUAÇÃO DO JUIZ DE DIREITO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: raízes
autoritárias dos institutos penais e processuais e imparcialidade**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
curso de em Ciências Jurídicas, como parte dos
requisitos necessários à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonam Baesso da Silva
Liziero

Trabalho aprovado. Santa Rita/PB:

Prof. Dr. Leonam Baesso da Silva Liziero
(Orientador)

Prof. Dr. Ronaldo Alencar dos Santos
(Membro da Banca Examinadora)

Maria Lucena Costa
(Membro da Banca Examinadora)

Dedico este trabalho, primeiramente, ao Grande Arquiteto do Universo, pois, sem sua permissão nada poderia existir.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao Grande Arquiteto do Universo que proporcionou e proveu tudo para que pudesse adentrar às fileiras da UFPB, bem como terminar esse curso tão distinto.

Agradeço ao Prof. Dr. Leonam Lizero que, pronta e gentilmente atendeu-me quando desesperado procurava um orientador. Sentou-se comigo para detalhadamente, discutirmos pontos do conteúdo. Colocou-me em contato com grandes nomes do direito para indicações de bibliografia e tantas vezes suportou-me quando excedi à gentileza. Muito obrigado, “Comadante”!

Agradeço à minha avó, a quem a chamo de mãe e ao meu tio, Severina Mota e Luís Mota, respectivamente. Sem vocês, sequer teria conseguido sobreviver ainda na primeira infância. Obrigado por me adotarem como filho. Meu eterno agradecimento e respeito.

Agradeço à minha amada namorada, Jennifer Marques, que me faz querer ser melhor e sempre me apoiou quando tudo parecia estar perdido. Amo você, meu bem!

Por fim, agradeço a todos aqueles que de forma direta ou indireta contribuíram para esse momento.

RESUMO

Este trabalho visa proporcionar noções introdutórias do cenário no qual foi elaborado e proposto o Código de Processo Penal brasileiro. Sendo assim, com o objetivo de identificar os institutos autoritários, oriundos do código da Itália fascista, recorreremos à análise concisa da história e, principalmente, como a doutrina jurídica deu novos significados para manter e aplicar tais institutos. A fim de melhor constatarmos a materialização do autoritarismo processual penal brasileiro, analisamos um dos casos mais famosos dos anais da Justiça Brasileira: O CASO LULA. Da quebra da imparcialidade ao livre convencimento -usado de forma arbitrária - do juízo de exceção ao juízo de garantias, tentou-se trazer uma panorâmica de como tem se comportado o processo penal nos dias atuais.

Palavras-chave: Autoritarismo no Processo Penal; Imparcialidade do Juiz de Direito.

ABSTRACT

This work aims to provide introductory notions of the scenario in which the Brazilian Penal Procedure Code was developed and proposed. Therefore, in order to identify authoritarian institutes, originating from the code of fascist Italy, we resort to a concise analysis of history and, mainly, how legal doctrine gave new meanings to maintain and apply such institutes. In order to better verify the materialization of Brazilian criminal procedural authoritarianism, we analyze one of the most famous cases in the annals of Brazilian Justice: THE CASE LULA. From the breach of impartiality to free conviction - used in an arbitrary way - from the exception judgment to the guarantees judgment, an attempt was made to provide an overview of how the criminal process has been going today.

Keywords: Authoritarianism in the Criminal Procedure; Impartiality of the Judge of Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	AUTORITARISMO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	10
	2.1 Elaboração do Código de Processo Penal brasileiro de 1941	11
	2.2 Projeto Vicente Ráo	11
3	APONTAMENTOS ESTRUTURAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	16
	3.1 A figura do juiz	16
	3.2 Institutos jurídicos de origem autoritária	17
4	A LINHA TÊNUE ENTRE IMPARCIALIDADE E NEUTRALIDADE	19
	4.1 Manifestação da imparcialidade	20
	4.2 Possibilidade de minimização do efeito parcial do juiz	22
	4.3 Entendimento jurisprudencial em sede do tribunal europeu dos direitos humanos (usar de forma comparativa)	23
	4.4 Da necessidade de aclarar o conceito de imparcialidade	24
5	O CASO LULA COMO EXEMPLO PRÁTICO	26
	5.1 Inconsistências na acusação de lavagem de dinheiro e corrupção passiva	26
	5.2 Suspeição e quebra da imparcialidade	28
	5.3 Argumentos na sentença e o livre convencimento do juízo	28
	5.4 É possível viver um estado de exceção na vigência de uma Constituição Democrática?	31
	5.5 Do ponto de vista dos Direitos Humanos	32
6	JUÍZO DE GARANTIAS: SOLUÇÃO OU INVENCIONISMO?	35
	6.1 Modelo Ibero-Américo	37
	6.2 Breves observações acerca do projeto de reforma do Código de Processo Penal brasileiro	38

6.3	Interpretação conforme os direitos humanos	40
6.4	Questões recursais	41
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
8	REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

A tarefa de identificar formas de melhor compreender as possíveis entrelinhas entre os sistemas inquisitório e acusatório permanece, hodiernamente, árdua. As indagações quanto aos sistemas processuais penais fomentam debates pelos mais variados ângulos inerentes a qualquer sociedade que diz ser ou pretender ser um Estado Democrático de Direito.

O professor Ricardo Jacobsen, norte deste ponto, traz uma indagação interessantíssima: “Seria o sistema um espaço de deslocamento do Processo Penal ou o próprio processo?”.¹

A partir deste questionamento, não é difícil perguntar-se como se daria a imparcialidade do Juiz de Direito. Sabendo-se que o Processo Penal deveria, em tese, ensejar um meio de garantia àqueles a que submetem - tendo em vista a constitucionalização do direito processual penal -, deveria dispor sem seu quadro de institutos, mecanismos capazes de garantir imparcialidade real ou potencial - ainda que o Estado- Juiz insistisse em conduzir a marcha processual ao seu bel prazer. Ainda que não seja o objetivo deste trabalho, convém acostar as ricas lições de renomados doutrinadores. Para Jacinto Coutinho todo sistema tem em sua cariz o que lhe denomina de princípio unificador.² Mais incisivo, Montero Aroca afirma não ser possível se ter um “processo” em moldes inquisitoriais.

Destarte, sabendo-se do caráter misto do sistema processual penal brasileiro, cabe a nós indagarmos - levando-se em conta o nosso cenário político-jurídico: é possível que na fase processual, o réu, tenha suas garantias mitigadas em detrimento de uma atuação inquisitorial do magistrado? Caso seja sim nossa resposta - e o é-, necessário é buscarmos explicações sobre o que permite que tal malfeito exista, funcione e permaneça.

¹http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11367/2/Processo_Penal_Pos_Acusatorio_Resignificacoes_do_Autoritarismo_no_Processo_Penal.pdf> Acessado em 06/12/2019

² ibidem p. 381

ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

2 AUTORITARISMO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A Constituição Brasileira é enfática na tentativa de fomentar ou criar um Estado Democrático, pois, o traz tanto em seu preâmbulo quanto em seus princípios fundamentais (art. 1º). Contudo, como poderemos melhor compreender como práticas autoritárias são toleradas nos moldes de um Estado Democrático? A resposta está na ressignificação de categorias, conforme Ricardo Jacobsen Gloeckner (2018, p. 186), cuja origem remonta à sociedade fascista italiana.

Apesar de uma tentativa de interpretar o Código Processual Brasileiro (1941) com a novíssima Constituição, percebe-se que não há nenhuma cisão significativa com o que Ênio Amodio denomina de “ garantismo inquisitorial “. Em miúdos, o “garantismo inquisitorial” é “a oferta de ténues corretivos de fachada a processo inquinado pelas velhas estruturas inquisitoriais” (2018, p. 181).

O modo pelo qual fora executado tais ressignificações é o tecnicismo, ou seja, o uso abusivo de aspectos técnicos. Resumidamente, poder-se-ia inferir dois resultados da prática tecnicismo, que são o “invencionismo”, ou seja, crítica advinda da academia e a de causa óbice à necessidade da mudança, baseando-se numa consolidação perfeita dos conceitos (2018, p. 193).

Decerto possa ser conveniente trazer à mesa, que o Estado Fascista Italiano não encontrou a necessidade de desnudar-se da legalidade para atingir seus objetivos. Inclusive foi tal situação usada como argumento por juristas. Não é difícil fazer uma rápida comparação com os discursos políticos e jurídicos da maioria das autoridades brasileiras. Em nome da lei e, pela lei, descumprem as leis ou direitos fundamentais dos mais desabonados. Portanto, caracterizando-se em um Estado Fascista nos moldes descritos por Pietro Costa (1999, p. 86) “Esta característica autolegitimadora e autorreferencial do direito penal é um traço inequívoco do seu fundamento autoritário” (PALIERO, Carlo Enrico. 2001, p 160)³.

Evidente que os desenvolvimentos estruturais penais e processuais penais brasileiros foram influenciadas por canais semelhantes aos italianos, cujas águas desagüam nos institutos tornando-os eivados de intenções políticas disfarçados em análises de juristas convidados para

³ PALIERO, Carlo Enrico. Legitimazione Democratia Versus Fondamento Autoritario: due paradigmi di diritto penale. In STILE , Alfonso Maria. Democrazia e Autoritarismo nel Diritto Penale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p.160

ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

tal. Por conseguinte, o Estado de Direito autolimitado por força dos direitos subjetivos dos indivíduos não alcança seu fim como sugere Ferrajoli (2010, p. 03-05).

2.1 Elaboração do Código de Processo Penal brasileiro de 1941

Até o presente momento, tornou-se possível perceber o quanto a área processual penal pode ser incrustada de vieses políticos. Adiante, portanto, convém que olhemos novamente aos projetos e suas possíveis implicações que, se aplicadas, poderiam nos dar um código processual penal com uma roupagem constitucional.

Segundo demonstrou cirurgicamente Jacobsen, (2018, p. 334), os motivos pelos quais o processo penal brasileiro encontra-se deformado: “A inconsistência, a precariedade técnica, a destruição de qualquer tentativa de organização sistemática desfiguram o processo penal brasileiro, mantendo-lhe as feições autoritárias”.

2.2 Projeto Vicente Ráo

Significantes extraídas da exposição de motivos, clareiam nossa percepção. A começar pelo intento que se queria dar àquele projeto: concepção social. Uma das características, segundo JACOBSEN (2018, p. 339 apud REZENDE, 1939. p. 1939) extraídas desses anos idos, por é que buscava-se o tão citado, à época, “equilíbrio entre direitos sociais e individuais”.

Foi nos anos 30, que se fomentou a criação do juizado de instrução. Queriam, ao final, a extinção do inquérito policial, pois, a autoridade policial assumiria funções que lhe eram estranhas como interrogar e colher elementos informativos sem aptidão probatória. Ao que tudo indica, não logrou êxito tal intento e permanece o inquérito ladeado pela mais nova produção legislativa: figura do juízo de garantias (atuante antes do recebimento da denúncia). Entretanto, a extinção do inquérito policial não produzia em consequência a extinção polícia investigativa. Esta, portanto, passaria a atuar ao lado do poder Judiciário.

Infere-se, também, que em algumas partes do projeto Ráo notava-se certa liberalidade e em outras, certo conservadorismo. Interessante mencionar que o uso de algemas só era autorizado quando houvesse resistência ou tentativa de fuga, conforme o art. 32. O dispositivo não foi recepcionado pelo Código de Processo Penal de 1941. Convém lembrar que a incomunicabilidade do preso também fora mantido. Sabe-se que a figura do advogado é indispensável à administração da justiça e que a este é dado o direito de comunicar-se com seu cliente ainda que seja considerado incomunicável.

Contudo, como ficam os presos hipossuficientes, assistidos pelas Defensorias Públicas, as quais muitas das vezes não dispõem de quadro que proporcione a ida do Defensor Público à Delegacia de Polícia na fase do inquérito? Na praxe, o Defensor terá contato na audiência de custódia e, após o recebimento da denúncia. Institutos jurídicos como atipicidade e absolvição sumária tornam-se infrutuosos pelo encontro tardio entre cliente e defesa.

Malgrado a não receptividade pelo código de 41, o Supremo Tribunal Federal⁴ fez produzir a Súmula Vinculante de nº 11. Entretanto, apesar da redação proporcionar esperança de tempos em que garantias individuais, dignidade da pessoa humana serão, finalmente, preservadas, o sentimento logo se esvai ao analisarmos uma decisão na qual o juiz indeferindo o pedido da defesa para soltura das algemas, a deixou cargo da discricionariedade da autoridade policial de escolta a motivação do indeferimento.

Constatada a ausência, pelo juiz do caso, dos elementos suficientes a ensejar sua decisão, a medida excepcional não deveria encontrar guarida e ser de pronto atendido o pedido da defesa. Institutos como livre convencimento do Juiz, logo mais analisado, fora transferido pelo livre convencimento da autoridade policial no caso concreto.

A conclusão de Jacobsen (2018. p. 345) merece destaque, pois, “não houve a criação de um novo código com regras inexistentes no passado brasileiro”.

A influência que a constituição de 1937 trouxe ao processo de elaboração do Código de Processo Penal foi tamanha, que os debates que deveriam ocorrer a fim de que se aperfeiçoasse o projeto, foi indiscutivelmente substituído pelo que Duarte Gill definia como “laboratório de manufatura legal” (1941, p. 40). Dessa forma, não houve participação do povo por meios dos seus representantes de forma que fizessem jus às suas competências.

⁴ [Rcl 14.434, rel. min. Ricardo Lewandowski, dec. monocrática, j. 28-8-2012, *DJE* 172 de 31-8-2012.]. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220> acesso em 11-01-2020
ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

Certo de que, indubitavelmente, a codificação italiana exerceu sua influência - seja por meio doutrinário, político e jurídico - externados por aqueles que ficaram responsáveis pela elaboração do Código Processual Penal.

Alguns debates em torno das significantes dos conceitos do novo código foram, acentuadamente, a partir da ideia de se combater liberalismo e o parlamento democrático, à época da constituição de 37. Novamente, percebe-se que atrás da “cortina jurídica”, a política e os regimes autoritários manipulam os fins desta encenação institucional de reforma pena. José Duarte concluiu, acertadamente (1941, p. 311).

O que seria o processo penal, então? Um corpo de instrumentalidade de direito penal? Para que alcancemos respostas satisfatórias, necessário que entendamos a influência do conceito “relação jurídica-processual” na doutrina processualista penal brasileira. Para alguns doutrinadores, a exemplo de *Romeu Pires de Campos Barros*, o juiz de direito assumiria o papel central cuja finalidade era harmonizar deveres e direitos em torno da relação-jurídica. Era, portanto, o sujeito processual de maior relevância (1969, p. 208).

Uma das conclusões mais alarmantes do supracitado autor sintetiza:

“(...) a atuação da pretensão punitiva ou preventiva, poderá ser a própria causa da pretensão da liberdade, visto que o estado está obrigado a respeitar o “jus libertatis” daqueles contra quem se vai exercer o jus puniendi (1971, p. 404)”.

As conclusões de Jacobsen, apesar de intimidadoras, são precisamente cirúrgicas: “a noção de que os direitos são concessões estatais”⁵.

Dadas as reflexões, certamente, possível que concluamos que o ordenamento jurídico é subserviente ao estado e não ao contrário. Se ao estado é dada a legitimidade na soberania de punir, não há garantias de que o estado seja limitado, vez que é soberano. O exercício do poder por aqueles que a nada se sujeitam é solo fértil para semeadura de um estado autoritário. (SIQUEIRA, 1945 p.24).

Romeiro (1978, p.03-04) tem uma percepção interessantíssima acerca da relação entre a ação penal e a pretensão punitiva. Leciona o autor que:

“A ação penal será um poder jurídico capaz de promover as condições destinadas a obter do juiz uma decisão sobre realizabilidade da pretensão punitiva do estado diante de um fato que a lei prevê como crime.”

⁵ Autoritarismo e Processo Penal, 2018, p. 371.

ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

Preocupante quando relembramos as finalidades dos tratados internacionais, cujo escopo é de tornar o processo um instrumento de defesa ao réu, refletindo num estado limitado ou subordinado aos direitos humanos e não ao contrário como se pôde notar na citação acima.

Para melhor compreensão dos bastidores do projeto, submergiremos nos escritos valorosos de GABRIELLE STRICKER DO VALLE⁶, cuja dissertação trata com propriedade ao que se propõe. A arguta observadora, afirma que é entre as deliberações e o que, realmente, fora acolhido pelo Código de Processo Penal de 1941 é que encontraremos o fim orientador do Projeto Ráo. Acrescido a isto, elenca como fonte precisa os pareceres do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) para entendermos a conjuntura de recepção do projeto (p. 61). Ao transcrever parte do texto da exposição de motivos e sabendo da influência que posições jurídicas autoritárias engarrafavam-se no íntimo do ex-Ministro, que deu nome ao projeto, retirarmos o véu que nos faz antolho, sendo que para ele: “o direito era a manifestação externa da força obrigatória”.

E continua: “é o que incute à massa o sentimento de direito e que manifesta realidade viva dos textos legais – e não a teoria, nem a leitura dos textos legais.” (RÁO, FARIA, CASADO, & CERQUEIRA., 1938, p. 152).

Inquestionavelmente valida-se o direito, nesta perspectiva, pela força punitiva que o adorna, ao passo que faz aparentar serem, os brasileiros, um povo incapaz de reger-se por meio do que compreende do Direito – como se fôssemos azêmolas.. A espada acima de tudo, em alusão à deusa Themis, faz florescer o aríete jurídico-penal aos mais pobres. Outra celeuma, à época, era a preocupação entre o que resultaria a nova definição do direito e as garantias. O ego da comissão que acredita ser demiurgo, em pronta resposta, por meio de Ráo, fez saber, que para o ex-Ministro: “o valor social conferido ao indivíduo é proporcional ao potencial social da coletividade”

A frase de Cariz Zelote acima esconde uma contradição que grita aos quatros cantos do globo. Como, pois, o valor do indivíduo pode ser proporcional se o subjugam e afirma que só podem sentir o direito pela força. Certamente, poder-se-ia imaginar que, embebidos em ignorância, caminhávamos à barbárie. A incoerência nesse pensamento recrudescer quando, ao tratar do sistema adotado no CPP, afirmava: as variantes mais incisivas, segundo demonstra a

⁶ Stricker, Gabrielle (do Valle) Uma história da cultura jurídica processual penal brasileira (1930-1945) / Gabrielle Stricker do Valle; orientadora: Clara Maria Roman Borges; coorientador: Luís Fernando Lopes Pereira. – Curitiba, 2018. Acessado em: 05.02.2020
ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

legislação dos povos vultos encontraria azo no sistema misto. (RÁO, FARIA, CASADO, & CERQUEIRA., 1938, p. 155).

Queria Ráo encontrar uma inspiração culta para o uso da força. Por outro lado, pensou acertadamente ao criticar o inquérito policial, pois, para Ráo, não havia garantia para o acusado que indiciado era ouvido por uma polícia que buscava formar a culpa e não encontrar a verdade. (1938, p. 156).

Exsurge-se outro ponto relevante, o qual se assenta no por que não poderia haver o que chamavam de “transição brutal”. (1938, p. 157) O que se buscava, então, na reforma Teria sido a divisão das forças policiais e judiciais a responsável pelo não acatamento do projeto Ráo. Talvez, já que deixava explícito que a polícia deveria evoluir e ganhar aparelhamento científico avançado a fim de produzir provas concretas e que testemunhas fossem o último recurso. Ousou, por seu turno, quando afirmou que a polícia deveria deixar de produzir inquéritos “simulacros de processo” (1938, p. 159).

Algumas outras sugestões feitas por Ráo foram levadas para o Código de Processo Penal de 1941. Uma delas é a que trata das nulidades. À época não havia nas legislações estaduais o tratamento do assunto, tal ausência não passou despercebida e a sugestão de que o rol de nulidades fossem de caráter taxativo, pois, anular processos poderiam causar graves danos à segurança jurídica da nação e ao réu. (STRICKER, GABRIELLE, 2018, p. 77);

3 APONTAMENTOS ESTRUTURAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Sem titubear a doutrina que se propôs ao perscrutamento, submerge na exposição de motivos do Código de Processo Penal. Já nas linhas iniciais, resta demonstrado que garantias e “favores” apresentavam-se como óbices à atividade repressiva do Estado. Tendo o novo código, portanto, uma cariz que atendesse à necessidade de uma repressividade enérgica. Da simples leitura, infere-se que o individualismo que pudesse ser notado em qualquer meio era vedado, ou seja, “o indivíduo não poderia invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social”.

Ora, se desde planejamento, deliberações e elaboração o povo por meio dos seus representantes não pôde influir, como se chegaria aos interesses sociais reais? De certo,

disfarçados como interesses sociais, de fato, estariam os interesses autoritários do poder político. A manifestação velada ficará demonstrada nos institutos jurídicos que veremos mais à frente.

Se nos dias atuais, a presunção de inocência ganhou novas consequências em sua aplicação, nos anos 30 fora totalmente extinto do ordenamento penal. A prisão preventiva, que segundo a doutrina dominante deve ser a última opção a ser usada quando as medidas cautelares sejam inaptas ao caso concreto, passou a ser um dever de o juiz usá-la como “medida assecuratória da efetivação da justiça penal” (p. 385). A busca pelo equilíbrio, entretanto, não passava de um “embuste” como bem asseverou Nilzardo Carneiro Leão (1960, p. 92).

3.1 A figura do juiz

Ao magistrado, antes tido como estático, foi lhe dado o dinamismo, o que, a priori, não é maléfico. Entretanto, quando este dinamismo extrapola as linhas dos direitos fundamentais, e, mais ainda, quando sequer o Estado preocupa-se com tais direitos, é que o indivíduo encontra-se mais vulnerável à máquina estatal de punição.

Oportuno trazer um questionamento à lume, o qual vem ganhando espaço nas cátedras, qual seja a possibilidade do juiz proferir sentença condenatória ainda que o Ministério Público pleiteie a absolvição do acusado.

Essa possibilidade, absurda e incabível, encontra amparo no art. 385 do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941:

Nos crimes de ação pública, **o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição**, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.(grifo nosso).

Sopesado que nos ensinamentos básicos do direito processual penal, o Ministério Público é o titular da ação penal pública. Quando este, nos usos das suas atribuições previstas no art. 100, § 1º do Código Penal, entender não haver indícios de autoria ou materialidade, pressupostos para denúncia ou, dadas as características do caso, durante a instrução, entender que o acusado é passível de absolvição, não poderia ter sua titularidade pelo juiz-estado.

A discussão acerca da constitucionalidade ou da recepção do referido dispositivo legal pela constituição vigente parece ter sido encerrada, ao menos no seio do Superior Tribunal de ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

Justiça, que a devida vênia, decidiu a “contra sensu “ no agravo regimental em sede de recurso especial, que o art. 385 do CPP fora recepcionado pela constituição.

Merece assento o voto destoante do eminente Relator, Excelentíssimo Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca,” *ipsis litteris* “:

“Mas não é só. Ao produzir o decisum condenatório, **ignorando o pleito absolutório ministerial, o colegiado leigo ainda violou aos princípios acusatórios, cuja vigência apresenta natureza constitucional, não comportando a criação de exceção a tal regramento.** Não se pode admitir que o Tribunal Popular seja infenso ao argumento apresentado por aquele que detém a exclusividade do oferecimento e impulsionamento. Admitir-se o contrário é permitir que o tribunal popular se transforme em um núcleo absolutista – amplamente defeso a qualquer julgador—concedendo-se o jurado leigo o disparatado direito de usurpar a função ministerial, sustentando uma acusação que o dominus litis entendeu por bem de não fazê-lo, aplicando uma condenação com base nesta inidônea atribuição (e- STJ fls. 743-744) (grifo nosso).”

3.2 Institutos jurídicos de origem autoritária

Diversas são as manifestações “positivadas” do autoritarismo institutos penais. Portanto, não se quer esgotar o exame dos citados, tampouco dos que poderão ser examinados no futuro.

Uma das manifestações mais acentuadas desse autoritarismo, encontra-se (art. 385) a possibilidade do juiz condenar o réu mesmo que o órgão acusador requeira sua absolvição – anteriormente tratada. Atrelado a isso, ao juiz também é possível corrigir a classificação do fato quando o órgão acusador não o definir corretamente na exordial acusatória (art. 383). Como se não bastasse todo o alargamento, era possível a interposição de recurso pelo magistrado mesmo que o Parquet não o fizesse (art. 574-746). Ainda no “circo de horrores”, o inimaginável era possível, pois, ainda que o réu não apresentasse a defesa prévia - hoje usada num caso específico de tóxicos-, havia a possibilidade de tê-lo num processo que não teria sua marcha suspensa. Recente é a extinção desse grande equívoco penal, pois, só fora revogado em meados de 2008 - observa Giacomolli (2015 p.148).

Um dos motivos pelos quais as práticas autoritárias continuam a existir no seio jurídico, segundo o Aroca: “é o abandono dos sistemas processuais que possibilitam o fortalecimento das práticas autoritárias”.⁷

Não se pode olvidar, todavia, que atreladas ao abandono, as práticas permanecem em virtude das ressignificações- como apontam os ensinamentos do professor Ricardo Jacobsen Gloeckner. Concluído esse breve retorno às vertentes que influenciaram a doutrina e a codificação processualista brasileira, passemos ao próximo capítulo no qual veremos com mais profundidade elementos de imparcialidade, neutralidade.

4 A LINHA TÊNUE ENTRE IMPARCIALIDADE E NEUTRALIDADE

Ao ler André Machado Maya (2014. p. 48), infere-se que há uma impossibilidade do juiz proferir uma decisão sem levar em consideração suas experiências e vivências. Ao que tudo indica, caminha em convergência a doutrina com tal entendimento. Curiosamente, Nereu José Giacomolli tem em seu rol de obras, uma com título interessantíssimo, qual seja: “O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos”.

No arquitetado debate entre imparcialidade e neutralidade convém diferenciá-los em com o preciso e cirúrgico ensinamento de (MAYA, 2014. p. 50 apud CAPPELLETTI 1974, p. 386): “Imparcialidade é um dado objetivo de ordem processual relacionado à condição homem-individual; a neutralidade é um dado subjetivo relaciona ao juiz-cidadão-social”.

Nesse passo, é preciso anuir com o que ensina o douto doutrinador Coutinho ao a negar a perfeição do juiz (MAYA, 2014. p. 50 apud COUTINHO, 2014, p. 77-94). Para melhor entendermos o porquê da relevância da imparcialidade na pessoa do do julgador e nos institutos processuais, faz-se necessário que entendamos como se manifesta segundo ensina HEIDEGGER (2005, p. 27-41). Em apertada síntese: “O julgador observa o objeto que lhe é apresentado e a partir de suas inferências influenciadas pela suas experiências e história vê-se impossibilitado de se colocar entre os polos como um ser isolado”.

É nesse ponto, especificamente, que temem-se os caminhos que as decisões judiciais podem trilhar.

7

http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11367/2/Processo_Penal_Pos_Acusatorio_Ressignificacoes_do_Autoritarismo_no_Processo_Penal.pdf Acesso em 01.03.2020
ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

Curiosa - para não dizer sarcástica- é a citação que faz o professor André Machado ao transcrever a frase do ex-Ministro do STF, Eros Grau, que diz: “a neutralidade política do intérprete só existe nos livros . Na práxis do direito ela se dissolve sempre”.

Nessa toada, o professor Japiassu ensina (MAYA, 2014, p. 53): “a neutralidade como ausência de valores, de ideologias, apresenta-se como uma utopia”.

Germina no âmago deste acadêmico a seguinte indagação:

Se outrora a sociedade ansiava pela separação dos poderes, pelo justo direito, estaríamos, agora, sendo induzidos a legitimar uma atividade legislativa pelo Judiciário? Estamos sendo coniventes com atitudes autoritárias, apenas, por estarmos satisfeitos que o dever garantista e humanizado do processo é um “projeto engavetado” dentro das pautas das reuniões daqueles que se espera cumprir e fazer cumprir a Constituição ? Até que ponto a interpretação do texto normativo que resulta na norma pode ir sem que o Juiz infrinja o caráter garantista que o processo penal deveria observar?

Tendendo a concordar com o que ensinar o professor acima, conclui-se que devemos, pois, desenvolver institutos jurídicos capazes de minimizar a potencialidade da influência subjetiva do juiz.

Como solução para esse empecilho em específico, qual seja, garantir uma potencial imparcialidade, a professora Lídia Prado (2008, p. 99) desenha o conceito em que ela denomina de “jugador-julgado” (MAYA, 2014 p. 61). Grosso modo, seria o juiz que reconhece seus preconceitos, ideologias, sentimentos desejáveis e outros nem tanto e que pode projetar no réu alguns daqueles sentimentos. Consequentemente, faria com que o juiz se apercebesse da responsabilidade que têm suas decisões. Não há como deixar de citar os ensinamentos da professora Tatyane Guimarães Oliveira (UFPB) cujas aulas de Teoria Geral do Processo enfatiza os impactos sociais do exercício da jurisdição estatal.

Não raro tendemos a associar “ser parte” no processo com a exclusão automática da imparcialidade. Entretanto, portando uma perspectiva inovadora, Werner Goldshimit (1950, p 13-14). ilustrada por um juiz de corte internacional julgaria um caso do seu próprio Estado. Apesar de imparcial, inegável que este teria uma relação com seu Estado no mais profundo ponto dos seus sentimentos. Conclui o referido autor “ser imparcial não significa, necessariamente, não ser parte”.

Dando razão, portanto, ao pensamento de André Machado que entende: “algumas controvérsias da comunidade internacional podem ser mais bem solucionada por juízes-partes”.

A ideia, entretanto, parece divergir da posição de Carnellutti (2002, p. 30), pois, para ele a parte era o sujeito do contraditório. Logo, se o juiz for considerado parte interessada no contraditório, teria a sua vontade infinitas possibilidades de influir no andamento do processo em si e na participação eivada que teriam as partes sob seu convencimento.

4.1 Manifestação da imparcialidade

Compreendemos, sucintamente, o que é imparcialidade, mas não se pode olvidar de observarmos onde exatamente manifesta-se. Extrai-se das lições do autor que, fugindo da cariz formalista do conceito, a imparcialidade manifesta-se “entre o sujeito processual e o motivo do ato processual por ele praticado” (MAYA, 2014, p. 64).

Se é estranho ao bom senso que as partes assumam o papel de juiz, do contrário, apesar das ressignificações, o sentimento de estranheza ainda recrudescer. Aragonês Alonso (1997, p. 95) vai trabalhar as diferentes formas de manifestação do que se entende por heterocomposição, heterotutela, autotutela, autodefesa. Contudo, importa-nos o que seria, na prática, a atuação de um juiz parcial. Infere-se das preciosas lições do supracitado doutrinador, que a heterotutela tem como característica intervenções de um terceiro em favor de uma das partes. Se de um lado temos um autor defendendo o juiz-parte, porque em tese conseguira melhor solucionar o litígio; do outro teríamos o risco de um juiz preterir as garantias em favor da parte que lhe aprouvesse de alguma maneira.

Uma das formas propostas por Werner (1950, p. 28-29) para chegar à imparcialidade é que o juiz deve esquecer sua própria personalidade - utopia. Ainda que pretendamos a concordar com os aspectos subjetivos da imparcialidade, a curto e médio prazo a Magistratura Brasileira parece não conseguir alcançar tal aperfeiçoamento e materializar os ensinamentos ora expostos. Não se trata de questões de competência ou desamparo motivacional dos juízes, mas sim da forma institucional de ensinamento pelo qual são moldados a fim de padronizar decisões.

Novamente parece uníssono na doutrina que o juiz deve atuar sem inclinar-se a nenhum resquício dos interesses das partes por identificar-se com elas. Assim, construiu conclusões semelhantes Montero Aroca, Ferrajoli, Lopes Jr. (MAYA, 2014, p. 69, 130, 136, 140). A isso denominou-se “Terzietà”.

A nossa posição de que as leis devem garantir às partes mecanismos processuais que minimizem ou restrinjam uma atuação parcial encontra morada na tese defendida por Werner ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

Goldschmidt (1950, p.29) - principal a ser defendida neste trabalho. Entretanto, como visto em capítulo anterior, a formação doutrinária dos juristas brasileiros está maculada por anos e anos de uma linha doutrinária eivada de viés político autoritário. Mais que leis, que seriam o produto finalizado, é necessário que repensemos enquanto acadêmicos, agentes sociais, o verdadeiro intento do código, dos princípios e garantias fundamentais.

A sugestão de Lopes Jr. (2008, p. 176) de que o processo deveria basear-se num “modelo político democrático”, cuja característica é oriunda de uma preocupação às garantias do acusado reforça nossa explanação.

4.2 Possibilidade de minimização do efeito parcial do juiz

Segundo afirma o Conselho Nacional de Justiça, em 2018, o número de processos criminais era de 9, 1 milhão.⁸ Um número expressivo se comparado a outros países.

Tendo, então, compreendido - ainda que superficialmente- que a essência do que seja imparcialidade também pode ser subjetiva, como então brasonar mecanismos que minimizem o efeito pessoal do magistrado à decisão?

No código de processo penal brasileiro, existem os institutos que tratam da suspeição, do impedimento quanto ao juiz. Nesse passo, ensina o professor Renato Brasileiro (2017, p. 1214) que as causas de impedimento do juiz são, via de regra, de caráter objetivo, ou seja, “são independentes do seu ânimo subjetivo” - diz o autor. Quanto à suspeição está relacionada com aspectos subjetivos (2017, p. 1217). Os referidos institutos guardam interessante semelhança com o que pode ser observado no código de processo alemão. O CPPB, em seu artigo 254, determina que se o juiz não se der por suspeito, poderão as partes recusá-lo. Persistindo o juiz em atuar no processo, este será considerado nulo (nulidade absoluta amparada no art. 564, I do CPPB). Acerca da incompatibilidade, a imprecisão do conceito resulta em “suspeição por foro íntimo”.

Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, dar a entender que o rol de causas de suspeição são, apenas, exemplificativos. Discorre a decisão:

“(...) para o reconhecimento da suspeição do magistrado, não a adequação perfeita da realidade a uma das proposições do referido dispositivo legal, mas sim constatação do efeito comprometimento do julgador com a causa” (2018, p. 879).

⁸ <https://www.cnj.jus.br/processos-criminais-91-milhoes-tramitaram-na-justica-em-2018/>. Acesso em 25.01.2020
ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

Outro julgado curioso e que traz entendimento um tanto quanto estranho à lógica, encontra-se no HC 116715/ JE. Vejamos o que decidiu a 1ª turma do Supremo Tribunal Federal:

Não se verifica prejuízo no caso em que o Ministro impedido de participar de julgamento cujo resultado é unânime, pois, a subtração do voto desse magistrado não teria a capacidade de alterar o resultado da votação. (2018, p. 880)

Impera indagarmos: Se o voto subtraído, “in casu”, não faria diferença, qual a necessidade de manter o Ministro atuante no processo? As causas objetivas que caracterizam o porquê e não ser permitir a atuação do magistrado, previstas em lei, não foram suficientes para impedir essa atuação equivocada. Teríamos uma corte que não observa o código? Temeroso, sou forçado a acreditar que sim. Novamente o Estado demonstrando sua insubmissão às leis.

Frente ao que se define com “iudex suspectus”, como poderiam agir as partes nos casos em que se verifica a suspeição após sentença? Não cabe a nós a polemização das explanações tratadas neste trabalho, entretanto, indubitável que seja razoável - enquanto questionadores sociais- o caso Lula x Moro. Fora veiculado incessantemente, pela mídia, conversas entre o ex- Juiz Federal Moro e membros do Ministério Público Federal.

Afastada a discussão da legalidade da obtenção da prova, caso fosse considerada colhida em conformidade com os preceitos legais, poderia o ex-presidente Lula valer-se do instituto da suspeição? Neste caso, a preclusão seria um aval jurídico que pudesse convalidar atos atentatórios ao próprio ordenamento ? Não se pode afirmar que vivemos em tempos tais quais se viam nos areópagos.

4.3 Entendimento jurisprudencial em sede do tribunal europeu dos direitos humanos (usar de forma comparativa)

Instintivamente, ao homem comum, que outrora aceitou que a solução para suas lidas pudessem vir de um terceiro, ampara-se na ideia de um julgamento justo e, portanto, imparcial. Sendo assim, necessária para legitimidade não só da decisão, bem como do próprio Poder Judiciário.

Atento aos receios de uma sociedade sufocada por diversas formas de autoritárias, tanto a Convenção Interamericana de Direitos Humanos quanto o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, enfatizam a imparcialidade sob dois ângulos: subjetivo e objetivo.

O ínclito TEDH trabalha com uma interessante abordagem ao tratar de imparcialidade. Precisa é a leitura do professor. Maya (2014, p. 94):

A isso refere-se o TEDH ao exigir do juiz uma atuação jurisdicional livre de preconceitos, ou pré-juízos, o que deve ser entendido não como uma negação das possíveis influências do subjetivo do julgador a decisão, mas, sim como a inexistência de uma convicção prévia acerca do objeto do julgamento, de uma opinião sobre o caso penal ou sobre as partes envolvidas”

Ousamos citar casos clássicos (Kyprianou x Chipre, Buscemi x Itália), em que se percebe a diferenciação entre imparcialidade objetiva e subjetiva. Aquela relaciona-se com a perda da imparcialidade do ponto de vista de terceiros (sociedade) e, esta, quanto à própria visão do juiz sobre si.

Outro apontamento é a discrição dos juízes que devem sempre guardá-la em suas manifestações, ainda nos casos em que atuem. Essa discrição é necessária para preservação da imparcialidade objetiva, contudo não se mostra eficaz para manutenção da imparcialidade subjetiva. Sendo assim, para fins jurisprudenciais, a dificuldade de identificar a violação à imparcialidade subjetiva levou a análise, na maioria dos casos, da imparcialidade objetiva (MAYA, 2014. p. 96).

Destes casos supracitados, pode-se inferir, portanto, a violação aos preceitos básicos éticos, ou seja, o juiz poderia manter-se discreto e ainda assim atuar de maneira insatisfatória, pois, sabe que os aspectos subjetivos são de difícil detecção e avaliação dos superiores. Num dele, por exemplo, no caso Darktara x Lituânia, o presidente da corte enviou uma carta aos juízes por ele nomeado no intento de manter a condenação do primeiro grau. Uma carta frise-se, capaz de alterar todo o juízo de valor foi o meio usado para prejuízo da parte (MAYA, 2014. p. 98).

4.4 Da necessidade de aclarar o conceito de imparcialidade

Não se quer “engarrafar” um conceito. Entretanto, ao homem médio é preciso oferecer uma base para que melhor compreenda a aplicação desse direito e assim possa, caso necessário, provocar os órgãos ou entidades competentes para promoção das garantias individuais e, conseqüentemente, um julgamento imparcial. Logo, em linguagem ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

simplificada, tem-se que neutralidade e imparcialidade são diferentes. Enquanto a neutralidade implicaria num ser que estaria ilhado em si mesmo e totalmente apartado do contexto em sua volta, o juiz imparcial seria aquele maduro suficiente para entender toda que sua formação social, jurídica e educacional comporta falhas. Tais falhas podem, em algum momento, eivar o exercício da magistratura. A não percepção das próprias lacunas resulta, certamente, em decisões desastrosas. O processo, simbolicamente, não representa, apenas, a pretensão punitiva do estado ou um meio garantista ao acusado, mas também vidas e famílias das partes que serão impactadas direta ou indiretamente pelos efeitos das sentenças proferidas.

Não seria correto afirmar, todavia, que a imparcialidade é um mero detalhe inerente à Justiça, mas sim uma estrutura sob a qual deve ser engendrada um processo o qual fundamentará uma decisão justa. A ideia de que a imparcialidade é uma estrutura é sustentada pela doutrinadora Trujillo (2007. p. 311-318), enquanto a ideia de se que se trata de um valor/ princípio é defendida por Aragonese Alonso. Indubitavelmente acolhemos a tese de Trujillo que ensina:

Imparcialidade não é apenas um valor instrumental relacionado à ideia de Justiça e, por isso, estruturante da própria função jurisdicional, mas sem si um direito subjetivo fundamental, em que o bem jurídico tutelado é a existência e o correto funcionamento do ordenamento jurídico.

Extrai-se do art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹, a preocupação internacional acerca da importância de um julgamento ser embasado na imparcialidade, vejamos:

Artigo X - Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Por ser perfeitamente possível tomar a imparcialidade como valor axiológico, fugindo, por seu turno, do aspecto deontológico, poderia ser utilizado de formas distintas e em várias ciências que dialogam com o Direito. A partir desta perspectiva, sob égide das ideias de Alexy Robert (2008. p. 153), o qual compreendia a imparcialidade como valor axiológico, portanto, transcendente ao dever-ser .

⁹ <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> Acesso em 24.02.2020
ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

Nessa toada, o doutrinador entendia que a proximidade do valor e do princípio possibilitaria que o magistrado adotasse a imparcialidade como melhor comportamento dentre os quais deveria adotar. Por fim, asseverava Arogoneses Alonso (1997, p. 153): “o modelo de princípios tem a vantagem de que nele o caráter deontológico do direito se expressa claramente”, motivo pelo qual “o conceito de princípio suscita menos interpretações equivocadas que o conceito de valor”.

5 O CASO LULA COMO EXEMPLO PRÁTICO

O processo em que o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, Lula, fora condenado é um dos tantos outros processos que tramitam no Judiciário brasileiro e sofre reiteradas violações das garantias individuais. Contudo, pela relevante figura pública que figura na marcha processual penal, merece destaque neste trabalho.

Para lá das análises jurídicas, não se pode olvidar que, uma expressiva parte dos brasileiros entende e faz entender que o motivo maior de toda essa atividade-judicial em desfavor do ex-presidente, tinha por fim uma tentativa de lhes frustrar a corrida política¹⁰. – inclusive com decisão do TSE. Uma das organizações civis mais expressivas do país, CUT, emitiu a seguinte nota:

A decisão é mais um ato arbitrário de **um Poder Judiciário que vem se caracterizando pela parcialidade e desrespeito aos direitos fundamentais** consagrados na Constituição brasileira, e também ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e políticos, do qual o Brasil é signatário (grifo nosso).

O recebimento da denúncia data de 20/09/2016, dois anos antes das eleições presidenciais. Durante outros trâmites, a exemplo do que ocorreu no Tribunal Superior Eleitoral, o qual o Vice- Procurador Geral da República solicitou celeridade na apreciação do pedido de inelegibilidade de Lula, conforme noticiou o site Exame Brasil.¹¹ Feitas as devidas

¹⁰ <https://www.cut.org.br/noticias/tse-confirma-perseguiçao-do-judiciario-e-impede-candidatura-de-lula-5966> acesso em 06.03.2020

¹¹ <https://exame.abril.com.br/brasil/vice-procurador-geral-eleitoral-reitera-inelegibilidade-de-lula/> acesso em 06.03.2020

ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

introduções aos cenários que estavam no entorno do “processo Lula”, faz-se necessária a submersão da análise jurídica.

5.1 Inconsistências na acusação de lavagem de dinheiro e corrupção passiva

As atribuições para julgar e processar, no que concerne à Justiça Federal, estão previstas no art. 109 da Constituição do Brasil. Segundo entendimento do professor Antônio Silva Jardim:¹²

“o Juiz afirma a competência da Justiça Federal, malgrados os ofendidos dos crimes sejam pessoas jurídicas do direito privado, não se enquadrando nas hipóteses constitucionais da competência da Justiça Federal (art. 109, CF/88), bem como o magistrado afirma a competência do juízo do qual é titular, em razão da alegada conexão (2017, p. 17).

Ainda mais, outras caracterizantes adornam o caso, quais sejam: potencial inépcia da denúncia nas acusações de lavagem de dinheiro e corrupção passiva. Somente para que adentremos o contexto, precisamos rememorar o porquê das imputações. Quanto ao crime de corrupção, a fundamentação fática seria de que, em troca de contratos que lesaram a Petrobrás, o ex-presidente receberia um tríplice. Por conseguinte, a lavagem de dinheiro seria por não ter realizado atos previstos em lei para integração do imóvel ao patrimônio.

Em relação ao tipo penal de lavagem de dinheiro, pertinente a indagação do supracitado professor, no sentido de que não há lavagem de dinheiro, sem o dinheiro em si – como no caso em comento. Já quanto à corrupção passiva, como fora beneficiado o ex-presidente com imóvel, se o imóvel ainda consta como de propriedade da OAS? Perguntas que, exceto na liberdade imaginária, não foram e nem poderão ser respondidas pelo direito. Também não se restou caracterizado, concretamente, como se deu a participação do ex-presidente na feitura dos contratos. Não existindo, provas concretas, como se poderia chegar à conclusão de que houve participação.

Esta última, por ser de características mais abstratas, merece um pouco mais de nossa atenção. Ensina o professor Guilherme Nucci ¹³que, a definição de autor e coautor tem forte influência da teoria objetiva. Em relação aos partícipes, o referido autor os divide em dois

¹² Professor associado de Direito Processual Penal da UERJ, mestre e livre-docente em Direito Processual Penal (UERJ). Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do E.RJ. Autor de várias obras de Direito Proc. Penal.

¹³ <https://www.youtube.com/watch?v=vBKXVwUe0S8> Acesso em 06.03.2020
ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

tipos: a) material, ou seja, o que fornece auxílio palpável, instrumentos usado na conduta típica; b) partícipe moral, ou seja, aquele que fornece o plano estratégico para execução do ato ilegal. Na sentença¹⁴, especificamente no item 158, o Magistrado: 158. Segundo a denúncia, vantagens indevidas acertadas em contratos da Petrobrás com o Grupo **OAS teriam sido direcionadas ao Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em razão de seu cargo** (grifo nosso).

O fato de que, acordos entre agentes A e B que visam beneficiar C, não significa dizer que C atuou, auxiliou, sugeriu, oportunizou ou praticasse qualquer ato que pudesse inferir, ao juízo, sua condição de partícipe. Nos itens 170, 171, o juiz menciona que a defesa alega a inépcia da denúncia, mas afirma que há adequação na narrativa da exordial acusatória, conforme exige o Código de Processo Penal Brasileiro.

5.2 Suspeição e quebra da imparcialidade

Várias das falas entre a Defesa do ex-presidente e o ex-juiz Sérgio Moro fora transcrita, por este, a fim de justificar algumas das suas medidas. O exemplo disso nos itens 151 e 152 da referida sentença, literalmente, define a atuação da defesa de um dos réus como “comportamento inadequado”. No segundo item, reafirma a equivocada definição, bem como cita o próprio Código de Processo Penal para justificar e não reconhecer a suspeição, pois, segundo o artigo 256, a suspeição não pela parte que der motivo ou injuriar o juiz.

Ora, oralidade e intervenções da Defesa são essenciais para próprio exercício do contraditório e ampla defesa. Não pode, e muito menos deve, a defesa manter-se inerte com receio do que o subjetivo do juiz pode concluir. Se a defesa entende, com base legal e jurisprudencial, que há uma causa que mereça intervenção por parte dela, deve manifestar-se imediatamente, pois, lhe é cara a liberdade do seu constituinte. A defesa, por mais insistente que seja, quando fundamentada, jamais poderia ser tida pelo presidente da audiência como mal-educada processualmente.

Não olvidando dos institutos autoritários, oportuna citar o item 185 da sentença, no qual o ex-juiz utiliza-se do Código Processual Penal ¹⁵, mais uma vez, para restringir o exercício na produção de provas da Defesa. Em um país que diz ser democrático, a permanência de um instituto que possibilite ao juiz controlar a relevância, pertinência e, acima de tudo, necessidade da prova é amedrontador.

¹⁴ http://estaticog1.globo.com/2017/07/12/sentenca_lula.pdf?_ga=2.226127132.788716441.1583516365-318239307.1579879840 Acesso em 06.03.2020

¹⁵ Art. 400, parágrafo 1º.

ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

Certamente não queremos afirmar que o réu possa requerer provas a fim de protelar a marcha processual. Entretanto, conforme está escrito o dispositivo legal, o que se extrai da norma é um salvo-conduto para o juiz do caso indeferir provas.

5.3 Argumentos na sentença e o livre convencimento do juízo

A proposta deste tópico é trazer as interessantes observações feitas pelo professor Alexandre Araújo Costa¹⁶. A sentença redigida pelo ex-juiz Sérgio Moro é, de fato, riquíssima em detalhes em seus relatos. É partir dessa qualidade argumentativa da parte da Defesa e do Juiz, que renomado professor se debruçou. Para ele:

“Embora a conclusão da sentença seja infundada, devemos reconhecer que a decisão de Sérgio Moro tem algumas virtudes que merecem ser destacadas: a descrição dos fatos é bem feita e os argumentos são devidamente explanados. Existe uma clareza na exposição que tem muito mérito, evidenciando que o juiz quis tornar a sentença compreensível para cidadãos comuns que se dedicassem a ler sua longa e minuciosa decisão (2017, p. 34)¹⁷. “

Nesse passo, afirma o supracitado autor, que alguns argumentos utilizados pela defesa, em especial para fins de produção de provas, quedaram-se frágeis. A fragilidade apontada seria decorrente da complexidade e que o “esclarecimento dos fatos seria muito indigesto para as pretensões políticas do ex-presidente” (2017, p. 34).

Todavia, cabe observar, que as fragilidades não podem ensejar uma inversão do ônus da prova, ainda que aqueles que estejam sendo acusados não consigam explicar de forma coerente os fatos que lhe são imputados. Destaca o autor que a fragilidade de alguns argumentos não é exclusividade da defesa do ex-presidente Lula, mas também pode ser vista no corpo da sentença. Assevera Alexandre Araújo Costa :

“A condenação penal exige que o juiz esclareça a versão dos fatos que ele entendeu comprovada pela instrução probatória e é nesse ponto que a sentença de Moro se mostra frágil: a narrativa que ele constrói não está devidamente baseada nos fatos e nos depoimentos que ele indica e, portanto, existe uma incompatibilidade entre as provas e condenação.”

¹⁶ Doutor em Direito, Professor UNB

¹⁷ Comentários a uma sentença anunciada: o Processo Lula/ Carol Proner et. Al (orgs.) --- Bauru: Canal 6, 2017
ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

Se partirmos da premissa de que, de fato, há essa incompatibilidade na relação entre as provas e a condenação, estaríamos diante da materialização do subjetivo do juiz parcial – com a devida licença literária. Tal possibilidade está intimamente ligada às questões de suspeição e quebra de imparcialidades abordadas em tópicos anteriores.

Quais os limites que devem ser impostos ao livre convencimento do juiz? Para melhor traçarmos uma ideia abstrata de tais limites, forçoso que recorramos aos clássicos ensinamentos de renomados autores sobre o conceito do instituto do livre convencimento do juiz. Sendo assim, para DE AMARSICO (1952, p. 174) “livre no sentido de que o juiz não tenha outro limite, na valoração das provas, que a consciência da responsabilidade de sua função, soma infinita de deveres intelectuais, éticos e sociais”.

Já para Manzini, citador por Ricardo Jacobsen (2018, p. 304):

(...) o princípio do livre convencimento significa dizer que o juiz penal é completamente livre relativamente à sua convicção em tudo que respeita às condições que legitimam, excluem ou modificam a pretensão punitiva do Estado. Isso não significa desvinculação das provas do processo. O livre convencimento deve derivar dos fatos examinados. Por isso deve o juiz motivar a sentença .

Apesar das duas definições abordarem a questão da consciência do juiz, tendemos a adotar a segunda, pois, é enfática e não deixa dúvidas quantos ao elo entre o convencimento e as provas – posicionamento convergente com o defendido por Alexandre Araújo, anteriormente.

A crítica proferida por Cordero, quando citado por Jacobsen (2018, p. 305), alinha-se e ousa mais no sentido de que a palavra “ livre” pode induzir o julgador a um abuso no uso do instituto.

No item 525 da sentença: “Afirma ainda que foi orientado, já em 2009, que o apartamento tríplice, 164-A, **pertenceria** à família do Presidente Luís Inácio Lula da Silva e que a OAS não poderia comercializá-lo para terceiro” (grifo nosso).

A palavra destacada no item citado acima, fora objeto de análise, pois, segundo o autor, “pertenceria” foi usada no sentido além do que deveria ser. Para o professor da UnB, não restaram-se comprovadas transferências, acordos de pagamentos ou características que pudessem induzir uma propriedade de fato – como entendeu o magistrado. (2017, p 36)

Por fim, merece transcrição a conclusão, que indaga, do professor :

“A OAS beneficiou Lula por manter esse apartamento fora do comércio por tanto tempo. Sim. Fez isso intencionalmente. Fez, e há indícios fortes nesse sentido, já que o comportamento em relação a esse imóvel foi muito particular durante todo o período. Todavia, não há nesses fatos nenhum indício claro de que a OAS teria repassado o imóvel a Lula em 2009. A simples reserva de um apartamento em construção, mantendo-o fora do comércio ao longo de 2010, caracterizava uma vantagem concedida a Lula em função do cargo que exercia? Creio que sim. Esse benefício caracteriza um crime de corrupção? Creio que essa é uma questão difícil e deve ser devidamente enfrentada. Como mensurar o benefício de tal reserva?”

Assim, ao fundamentou a sentença, pois, estava convencido de que todas as perguntas acima, talvez, pudessem estar respondida na simples palavra “pertencia” – dita em delações.

Aos mais desatentos, o instituto do livre convencimento motivado pode transvestir-se de um instituto que possibilitaria ao cidadão comum, um maior controle das decisões judiciais – engana-se veementemente. O motivo é:

“Isto significa dizer que a obrigatoriedade da motivação jamais correspondeu a uma mudança de regime político da decisão judicial. Evidentemente que a movimentação do instituto de uma fase pré-fascista para o fascismo requer mecanismos adaptativos. Tal tarefa foi realizada pela doutrina, no intuito de “domesticar politicamente” o Instituto da motivação das decisões (JACOBSEN, 2018, p. 305).”

Importante que tracemos diferenças entre argumentos teóricos e práticos para que melhor compreendamos o teor da sentença. Merece transcrição literal, as definições entre as respectivas diferenças:

“Há argumentos teóricos e há argumentos práticos. A diferença diz respeito ao tipo de conclusão que cada argumento pretende estabelecer. Argumentos teóricos procuram estabelecer conclusões teóricas, isto é, conclusões sobre como as coisas são, foram ou serão. (...) Argumentos práticos, por outro lado, são aqueles que procuram estabelecer conclusões práticas, isto é, conclusões sobre como as coisas devem ser, deveriam ter sido ou deverão ser (SHECARIA, STRUCHINER, 2016, p. 29-30).”¹⁸

Ao usar do livre convencimento para fundamentar a sentença condenatória, o juiz, em tese, pode ter usado um argumento prático, ou seja, à colher no depoimento que o imóvel “pertencia à família do Lula”, utilizou-se do instituto – ora tratado- como meio para justificar

um argumento prático quando, na verdade, a sentença deveria para se acostar fundamentos relacionados ao que, de fato, ocorreu e não como poderia ter ocorrido.

5.4 É possível viver um estado de exceção na vigência de uma Constituição Democrática?

O título deste tópico é posto de forma adrede, a fim de que gere provocações. Por hora, nos deteremos a lançar um olhar com lentes constitucionais em alguns pontos da sentença. A proposta trazida é baseada nas perquirições do professor Gledstone Leonel Júnior.

O renomado professor, ao analisar constitucionalmente a conjuntura em que se deu a sentença, não se furta ao sugerir que as gerações de processualistas e penalistas devem estudar a decisão para fins de entenderem como se era possível aplicar um estado de exceção em plena democracia¹⁹. (2017, p. 169).

Superada a sugestão, interessante constatação é feita para que, ao olhar despercebido, não se furte. Enfatiza o supracitado professor, que o Poder Judiciário brasileiro já transitou por diversas formas e sistemas de governos. Durante esse trânsito não desenvolveu o que define como “transversalidade democrática” e que, ainda nos dias atuais: “A prática judicial trata esses princípios (constitucionais) como secundários e mantém a lógica de um Poder Judiciário republicano e superficialmente democrático.”²⁰.

O descumprimento de normas internacionais que integram o ordenamento jurídico, como fora exposto, demonstra uma característica zelote do Brasil frente às grandes nações. Aparenta-se um Estado preocupado com direitos e garantias fundamentais, que deseja participar de grandes discussões internacionais em organismos, mas que na verdade, de fato, não aplica nada do que se espera quando se compromete.

5.5 Do ponto de vista dos Direitos Humanos

A criação do Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos é decorrente de uma demanda massiva pela efetivação da proteção à humanidade. Num primeiro momento, as violações massivas, por exemplo, holocausto, levaram à necessidade de fomentar, manter e criar a paz entre as nações e na própria nação. Num segundo momento, violações pontuais,

¹⁹ Comentários a uma sentença anunciada: o Processo Lula/ Carol Proner et. Al (orgs.) --- Bauru: Canal 6, 2017

²⁰ Ibidem. p. 169

mas não menos graves, levou à necessidade de um sistema de proteção aos direitos da pessoa humana – na esfera mais individual. Portanto, uma vez organizado o sistema, criaram-se as comissões, e dentre elas, está inserido o Comitê dos Direitos Humanos. Feitas as devidas considerações, ainda que singelas, para recrudescer a relevância da supracitada instituição, passemos a tratar da nota emitida para o CASO LULA.

A nota emitida pelo Comitê de Direitos Humanos²¹ ampla e exhaustivamente divulgada na imprensa brasileira, traz consigo pontos importantes e que foram analisados por juristas brasileiros.

A defesa do ex-presidente, formada pelos advogados Cristiano Zanin, Valeska Zanin e Geoffrey Robertson, peticionou à Organização das Nações Unidas (ONU), pois, segundo entendimento da banca, o julgamento do habeas corpus preventivo impetrado no Supremo Tribunal Federal e que fora rejeitado por 6 votos a favor e 5 votos contra, precisaria ser reanalisado por um tribunal mais independente – percebamos o quanto à imparcialidade é uma necessidade a cada ato.

Segundo o portal Exame²²:

“A decisão por uma estreita margem, tomada na quarta-feira, 4 de abril, pelo Supremo Tribunal Federal, demonstra a **necessidade de um tribunal independente examinar se a presunção de inocência foi violada no caso de Lula**, como também as alegações sobre as condutas tendenciosas do juiz Sérgio Moro e dos desembargadores contra o ex-presidente”, disseram os advogados por meio de nota” (grifo nosso)

Ao ler-se a sentença, pode-se perceber demasiadas intervenções da defesa sendo indeferidas pelo ex- Juiz Moro. No item 184 da sentença: “É importante ter presente que a ampla defesa, direito fundamental, não significa um direito amplo e irrestrito à produção de qualquer prova, mesmo as impossíveis, as custosas e as protelatórias”.

Em sentido, totalmente, contrário, inclusive da CIDH, o jurista argentino Daniel Pastor caminha no sentido de que o Direito não pode colocar o acusado numa situação: “entre exercer todos seus direitos defensivos, **inclusive sem razão**, e perder seu direito a ser julgado rapidamente, ou preservar este último sacrificando aqueles”²³.

²¹ <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23464&LangID=E> Acessado em 09.03.2020

²² <https://exame.abril.com.br/brasil/defesa-de-lula-recorre-a-direitos-humanos-da-onu-para-evitar-prisao/> Acessado em 09.03.2020

²³ Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos / Caio Cezar Paiva, Thimotie Aragon Heemann, 2 ed. – Belo Horizonte: Editora CEI, 2017. p. 40
ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

Certamente, o direito à ampla defesa, previsto no corpo da Constituição da República Federativa do Brasil²⁴, 1988, restou-se prejudicado no caso em comento. Nesse sentido, leciona o douto professor Leonam Lizeiro:

“A Constituição moderna se caracteriza pela sua normatividade, e como foi estudado no capítulo 1, sua existência numa ordem jurídica limita o alcance do poder estatal, seja nas ações, seja na criação de normas, legitimadas na racionalidade na produção de tais e na proteção do indivíduo²⁵. Em um Estado de Direito pode-se dizer que é necessário a submissão do poder público às leis, evitando um governo de homens.” (2017, p 158-559)

Certamente percebe-se uma forte tendência doutrinária, acadêmica em caminhar para combater meios autoritários em legislações que norteiam as aplicações das sanções penais e, quiçá, das impetuosas distorções processuais penais.

6 JUÍZO DE GARANTIAS: SOLUÇÃO OU INVENCIONISMO?

Hodiernamente, a figura do juízo de garantias tem sido manchete em mídias de grande circulação e, como se não bastasse, os debates acerca do tema entre instituições têm acentuado a propagação dessa criação legislativa.

A lei 13.964 de 2019, introduz ao ordenamento jurídico brasileiro, a figura do juízo de garantias (art. 3º- A), ao qual a caberá a responsabilidade do controle de legalidade do inquérito policial, bem como a salvaguarda dos direitos individuais das pessoas reclusas.

Instituições como Associação Brasileira de Magistrado (AMB)²⁶ e Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²⁷, optaram por emitir notas públicas em manifesta oposição à criação do juízo de garantias, por, em tese, ser inviável do ponto de vista operacional.

²⁴ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e **ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes;

²⁵ A soberania no Estado Contemporâneo [recurso eletrônico] Leonam Baesso da Silva Liziero – Porto Alegre, RS, Editora Fi, 2017 pp-158-559

²⁶ https://www.amb.com.br/nota-publica-juiz-de-garantias/?doing_wp_cron=1582583173.5774550437927246093750 Acesso em 24.02.2020

²⁷ <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/891> Acesso em 24.02.2020

ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

Do ponto de visto jurídico, como se comporta a doutrina quanto à enigmática figura do juiz de garantias? Partindo de Fauzi Choukr (2006, p.94), que em convergência com o posicionamento de Ferrajoli, leciona: “Dentro da matriz constitucional, a parcela de atuação reservada ao juiz ficará destinada à ideia de garantismo que permeia a atual concepção do processo penal”.

De fato, ponderar sobre uma possível contaminação da imparcialidade do juiz de garantias — atuante na fase de investigação preliminar — seja pelo contato com dados levantados pela polícia ou pelo Ministério público é plausível. Uma solução ou sugestão ofertada por Antônio Scarence Fernandes (2007, p. 17) é extraída das suas observações às legislações europeias: “a de atribuir a supervisão da atividade investigatória ao Ministério Público”.

Caso adotássemos uma sugestão indireta poder-se-ia cogitar que a tendência acusatória que é titular da ação penal, via de regra, maculasse a defesa e a produção de provas por esta. Mesmo com essa estranha tendência, cortes constitucionais da Itália, Espanha e o TEDH direcionam seus entendimentos num sentido que converte ao Maya (2014, p. 197) expõe:

“respeitando as particularidades do ordenamento jurídico brasileiro, pode-se afirmar que a máxima efetividade do princípio da imparcialidade exige que o juiz que proferiu alguma decisão num âmbito da investigação preliminar não seja o mesmo competente para presidir a instrução processual e proferir a sentença de mérito”.

Uma ressalva fundamental dever feita, pois, embora as cortes supracitadas caminhem no mesmo sentido, não parecem estar certas quanto ao que macularia a imparcialidade do juiz. Para Maya resta-se que não era o contato dos juízes com os elementos de informações que seriam responsáveis pela suspeição, mas sim a decisão proferida que muitos se assemelha à sentença de mérito.

Adiante, sabendo-se que no artigo 3º- C da Lei 13.964 de 2019 consta uma exceção quanto à abrangência da competência do juiz de garantia, qual seja a de não atuar em casos de menor potencial ofensivo. Parece-nos acertada tal exceção, visto que, a aplicação rígida do juiz de garantias e do princípio que trata sobre a não atuação do juiz da fase preliminar na instrução, tornaria custoso um procedimento cujo intento é ser célere. Atrelado a isso, as situações de comarcas do interior, por exemplo, nas quais em sua maioria contam com a

atuação de apenas um juiz, seria dificultoso a aplicação do juízo de garantias em concomitância com a ideia de imparcialidade. No Brasil, segundo o portal VEJA²⁸:

“Segundo o levantamento, que cruzou relatórios divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) num período de sete anos (de 2003 a 2010), São Paulo e Rio de Janeiro têm déficit ainda maior que a média nacional. Num ranking com oito regiões escolhidas de forma aleatória – São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Bahia, Pernambuco, Goiás, Pará e Amapá -, os dois estados ocupam antepenúltima e a penúltima posições. São superados apenas pela Bahia, que tem quatro juízes e desembargadores para cada 100.000 moradores. Em São Paulo e no Rio, são 6 e 4,5 juízes e desembargadores, respectivamente.”

Indubitavelmente, não havendo previsão legislativa quanto às situações, como anteriormente exposto, passaríamos a correr o risco do poder judiciário legislar em favor próprio. Não podemos fugir ao que bem assevera Luigi Ferrajoli (2004, p. 578) que, sucintamente, entende que a identificação de um modelo penal se dá a partir das regras que minimizam espaços de discricionariedade e arbitrariedade do órgão jurisdicional.

A proposta engendrada por Maya (p. 198), baseada em **Geraldo Prado**²⁹, é de que fosse criado ou adotado um órgão jurisdicional com atribuições exclusivas – para de controle de legalidade, resguardo de direitos fundamentais em fase de investigação preliminar – o que resultaria em :

“Na prática, o efeito gerado pela proposição é o da irrestrita separação entre as atividades jurisdicionais exercidas antes e depois do início do processo, funcionando, o ato de recebimento da denúncia ou queixa, como elo entre as fases pré-processual e processual propriamente dita. Evita-se, assim – ou no mínimo se opera uma redução do risco --, que o juiz competente para presidir a instrução criminal e para proferir a sentença seja influenciado pelo conhecimento aprofundado dos elementos informativos colhidos no inquérito policial, ou que, antes mesmo do início da colheita de provas sob o contraditório judicial, já tenha ele aderido a uma das teses, seja da acusação ou da defesa, tornando “dispensável o processo, pois tem definida a questão independentemente das atividades probatórias das partes”.

Segundo Maya, o instituto do juiz de garantias atua como instrumento de conformidade constitucional (p. 199), ou seja, conforme ensina Bernardo Gonçalves Fernandes (2016, p. 187):

²⁸ <https://veja.abril.com.br/brasil/falta-de-juizes-explica-lentidao-da-justica-aponta-pesquisa/> Acesso em 27.02.2020

²⁹ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório...p. 109.

ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

a interpretação conforme a Constituição impõe uma análise de compatibilidade (adequação) de uma norma infraconstitucional em face da Constituição, de modo que seu sentido esteja sempre em consonância (em compatibilidade) com o padrão constitucional, eliminando quaisquer outros que não se adéquem a ele.

Convergente à ideia de Maya, aparelha-se Reyes Loaeza³⁰ cujo entendimento é de que os magistrados devem atuar não só como moderadores do processo, mas também têm a tarefa de acautelar os direitos constitucionais e materiais dos suspeitos e não propriamente outorgar-lhe uma proteção processual.

6.1 Modelo Ibero-Américo

Aos olhares mais atentos, nota-se que há uma tendência nos países da América do Sul em reformar seus códigos processuais penais, a fim de garantir uma maior efetividade na segurança dos direitos e garantias individuais, a exemplo do Chile, Paraguai e Portugal. Nessa linha tendente à adotar o juiz de garantia com instituto, merece destaque Buenos Aires, pois, sustenta Maya (p.200) , há uma forte atuação do Ministério Público no modelo ao qual resolveu aderir. É de se destacar, também, que diferente do que esperávamos, a defesa ganha uma ampla atuação e o funciona, aparentemente, como um interventor em determinados pontos que possam surgir e ferir direitos básicos do investigado. Essa participação mais assídua do Ministério Público dar-se por uma orientação, segundo Maya, do modelo Ibero-Américo.

Curiosamente, o modelo Ibero-Américo tem suas origens na Europa, em países como Itália e Portugal, os quais foram buscar inspiração no ordenamento jurídico francês. Portugal, por sua vez, ainda mais singular, tem sua fase de instrução localizada entre a investigação e o processo – estrito senso.

Sendo assim, claramente observável, com acertadamente ensina ZAPPALÁ³¹ (p. 56): “o juiz instrutor cede espaço para ao juiz garantidor”.

Tal espaço, citado acima, será melhor abordado mais à frente.

³⁰ REYES LOAEZA, Jahaziel. El juez de garantías en el nuevo proceso penal oaxaqueño. Disponível em: <http://www.pandectasperu.org/revista/no200905/jreyes.pdf>

³¹ ZAPPALÁ, Enzo. Le funzione del Giudice nella fase delle Indagini Preliminari. In: Le nuove disposizioni sul processo penale. Padova : Cedam, 1989. Apud CHOUKR, Fauze Hassa. Garantias constitucionais na investigação criminal ...p. 56

ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

6.2 Breves observações acerca do projeto de reforma do Código de Processo Penal brasileiro

O projeto cujo escopo é reformar o Código de Processo Penal, tem origem no Senado³². A tramitação encerrou-se e fora remetido em 23 de Março de 2011 à Câmara Federal – com texto aprovado.

Das tantas inovações trazidas pelo Projeto de Lei 156 de 2009, o artigo 15º traz um rol de atribuições dadas ao juízo de garantias. Dentre elas, a prevista no inciso IX: Art. 15º, IX: **determinar** o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento.

Atualmente, no Código de Processo Penal vigente, o trancamento propende a ser uma criação jurisprudencial ligada à inépcia da denúncia. Pode-se inferir tal premissa dadas as decisões que convergem num raciocínio defendido, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça³³:

II - O trancamento do inquérito policial ou da ação penal, constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, inépcia da exordial acusatória, atipicidade da conduta, causa de extinção de punibilidade ou ausência de indícios mínimos de autoria ou de prova de materialidade.

O dispositivo inovador, não traz nenhuma condicionante quanto à oitiva e manifestação do Parquet para que o juiz determine o trancamento. Bastaria, portanto, a simples constatação do magistrado da ausência de solidez dos pressupostos de autoria e materialidade para que o inquérito policial seja trancado. A priori, nos parece acertada a norma, visto que, já no caput é imposto ao juiz o controle da legalidade das investigações, bem como a salvaguarda dos direitos individuais e fundamentais.

Adiante, no artigo 16º, parágrafo primeiro, que trata das competências do juiz de garantias e, por conseguinte, as questões pendentes são dignas de uma indagação. Se a lei, no artigo citado, determina que questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo – já na fase de instrução processual e não mais na fase investigação preliminar. Dito isto, tal

³² <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645> Acesso em 29.02.2020

³³ (AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 98.126 - DF 2018/0110806-2, relator Ministro Felix Fischer).

ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

possibilidade seria um retrocesso à ideia de separação dos juízes por tudo o quanto já fora exposto neste trabalho. No artigo 17, veda-se expressamente que o juiz atuante na fase de investigações possa atuar na instrução. Obviamente, pode-se deduzir que, por ter mais contato com elementos informativos, a atuação desse juiz na fase processual macularia a imparcialidade. A lei não foi feliz ao possibilitar o movimento do juiz da instrução, pois, não há como prever que questões pendentes serão simples ou inaptas a viciar a imparcialidade – ainda mais no processo penal, onde questões sempre são delicadas.

Quanto ao recebimento da denúncia, esta dar-se-á, apenas, após resposta do polo passivo (tendo em vista que não há acusado antes de recebida a denúncia no atual código). Se há a possibilidade de absolvição sumária, não faria sentido deixar a marcha processual desenvolver-se para, apenas, ao final, concluir pela absolvição. Ganha-se com isso, celeridade processual, economia de custas, contudo, o juízo aproxima-se e muito do mérito da questão.

No que tange às medidas cautelares indeferidas na fase de investigações, o novo código prever a impossibilidade de reexame pelo juiz de instrução. Todavia, Maya (p. 206):

“Aqui, contudo, é preciso estabelecer um ponto de corte, a fim de se evitarem equívocos: a interpretação do dispositivo legal em questão deve ser no sentido da vedação do reexame das medidas cautelares indeferidas, *desde que com base exclusivamente nos elementos de convicção colhidos na fase pré-processual* (...)”. (grifo nosso)

Algumas partes do texto provocam ambiguidade na interpretação literal. Acreditamos que, muitas dessas questões, de aparência contraditória, serão corrigidas em pela Câmara dos Deputados, ou como sempre acontece, restará para doutrina e jurisprudências apresentarem soluções viáveis.

6.3 Interpretação conforme os direitos humanos

Concatenado a toda discussão levantada neste trabalho, nasce ante à relevância do tema, fomentar e compartilhar a teoria da interpretação conforme os direitos humanos. Não é e, talvez, nunca seja fácil optar, por entre tantas, a melhor solução quando o se é o juiz. A tarefa é, de fato, complexa e exige técnica e sensibilidade aos aspectos humanos do jurisdicionado.

A possibilidade de interpretação do texto legal pode se dar de forma declaratória – mais tradicional- e de forma constitutiva. Esta última, por sua vez, tem galgado amplo espaço ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

na doutrina especializada. O ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau acertou quando, em manifestação :

“(...) a interpretação do direito tem caráter constitutivo, pois, consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da normalidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de síntese”³⁴ (ADPF 153, Rel. Min. Eros

Grau, julgamento em 20-4-2010, Plenário, DJE de 06-8-2010)

A forma de interpretação citada acima deve ser fomentada já na formação dos futuros operadores do direito, mas não somente a eles, pois, partindo da ideia de que, não só no seio do Judiciário há manobras autoritárias, faz-se necessário que seja adotada por todo o poder público. A interpretação dos direitos humanos é, acima de tudo, uma concretização desses direitos. (RAMOS 2018, p.115)³⁵ A acertada instrução do professor é simples e direta, porém, rica em sentido prático. Se não houver interpretação, se o juiz não extrai da demanda da humanidade a proteção necessária, os direitos derivados dessa ideia de proteção, jamais, serão efetivados materialmente.

Nesse ínterim, recomenda-se que não haja o magistrado, como um maquiador jurídico, isto é, que não tenha um posicionamento anterior e que se utilize de técnicas argumentativas, a fim de adornar sua decisão com direitos humanos, enquanto, por debaixo dessa casca, haja conteúdo e aplicação não condizentes.

Entendida o porquê de ser fundamental a interpretação, necessário que saibamos a função de tal teoria. André Carvalho Ramos (2018, 116) afirma:

“A função da interpretação é concretizar os direitos humanos, com argumentos racionais e embasados, que poderá ser coerentemente repetido em situações idênticas, gerando previsibilidade jurídica e evitando o arbítrio e decisionismo do interprete-juiz. A argumentação jurídica deve, então, justificar as decisões jurídicas referentes aos direitos humanos de modo coerente e consistente. Não se trata, então, de simplesmente realizar uma operação dedutiva que leve a extração de uma conclusão incontroversa a partir da premissa jurídica e dos fatos do caso³⁶”.

³⁵Curso de direitos humanos André de Carvalho Ramos; 5- ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018

³⁶ Ibidem, p116

ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

Diante disso e atrelado ao caráter democrático que, em tese, deveria permitir ao cidadão o controle nas instituições, pode-se dizer que a participação de toda sociedade é inegociável. A ideia defendida por Haberle, enquanto citado por André Carvalho, é:

Os direitos humanos, na medida em que são vividos na sociedade, são interpretados e reinterpretados de maneira constante por todos que convivem em sociedade, uma vez que regem tantos as relações verticais entre indivíduo e Estado quanto às horizontais entre os próprios indivíduos³⁷.

Importante que diferenciemos, também, a proibição do retrocesso e a proteção contra efeitos retroativos. Essa diferenciação é feita pelo supracitado professor que o faz caracterizando a primeira como mais abrangente (nos direitos protegidos) e que surge quando há um ataque para extinguir ou minimizar um direito humano. Já o segundo, por seu turno, está mais ligado aos aspectos internacional, explica o professor:

“Este é proibido por ofensa a ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido. Difere da vedação ao retrocesso, que proíbe as medidas de efeitos retroativos, que objetivam a supressão ou diminuição de um dos direitos humanos³⁸.”

Ainda duas expressões doutrinárias que se parecem, no entanto, não têm significados iguais e que confundem são “efeito cliquet” e entrincheiramento. Enquanto aquela visa coibir que direitos já concretizados possam ser eliminados, exceto para melhora e ampliação; enquanto o segundo visa proteger o mínimo que a sociedade alcançou.

6.4 Questões recursais

Dada ênfase à imparcialidade, sabendo-se que há possibilidade de utilização de institutos jurídicos que serão apreciados em tribunais, aquela não pode ser restrita, apenas, no primeiro grau de jurisdição, mas em todo o processo legal e em toda a estrutura usada pelos magistrados. Desta forma, pertinente a indagação quanto aos juízes que decidiram habeas corpus - por exemplo, em sede de investigação preliminar – se posicionariam caso tivessem que julgar algum recurso na fase processual do caso.

A resposta é brilhantemente apresentada por Maya (p. 208):

³⁷ Ibidem, p. 117

³⁸ Ibidem p. 112

ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

(...) é a criação de um juizado de garantias, um órgão jurisdicional inserido na estrutura dos tribunais de segunda instância e competente exclusivamente para o reexame de todos e quaisquer atos decisórios proferidos pelo juiz de garantias durante a investigação preliminar e, também, dos atos decisórios proferidos pelo juiz singular durante a instrução criminal.

Outra sugestão de Antônio Scaranse, citada por Maya, é de que fosse avaliada a quebra da imparcialidade em caso concreto, como se faz na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) – a qual ousamos não adotar como primeira medida.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Indubitavelmente não fora nosso intento esgotar as discussões acerca da imparcialidade e de como tal instituto se manifesta nos cenários possíveis e imagináveis. A ideia primordial era de fazer um tour em pontos os quais poderiam trazer informações que melhor nos auxiliasse a compreender melhor o contexto jurídico no qual estamos inseridos. Sendo assim, inicialmente, procuramos entender as influências doutrinárias – tanto políticas quanto jurídicas— que cercavam a elaboração do Código Processual Penal e, a título de curiosidade, pincelamos no Código Penal.

Comprendemos que uma das primeiras alterações dos regimes ou governos autoritários, era de dar outra interpretação aos institutos autoritários a fim de que estes passassem despercebidos pelo homem mais comum e, talvez, não levantasse suspeita ao homem mais arguto. Tal pretensão, baseada em frases de efeitos, intenções de motivos que não refletiam o verdadeiro anseio autoritário eram perfeitas para guerra de narrativas que poderia surgir. Afinal de contas, quem arriscaria criticar um projeto no qual juristas de grande renomes afirmavam que se conseguiria o equilíbrio social?

Nesse passo, mergulhamos no projeto Vicente Ráo, um dos mais famosos projetos que se tem no meio processualista penal brasileiro. Entendemos a influência da legislação italiana -- que coincidentemente era fascista -- e como as significantes do bem coletivo, a unidade do direito penal, foram usadas para adornar mecanismos legais de censura a direitos fundamentais.

Certos de que não poderia afastar os institutos daqueles que o aplicam, a figura do juiz não ficou de fora e elucidamos como, na prática, o que parecia apenas teoria, pode ser visto e sentido por aqueles que sofrem com censura de direitos.

De certo, não poderíamos nos furtar de traçar uma melhor tentativa de entender conceitos como neutralidade, imparcialidade e como estas manifestam tanto do ponto de visto jurídico, como também, no subjetivo do julgador. Tratamos de diferenciar os conceitos, pois, compreendo que um trabalho acadêmico não se restringe ao meio no qual fora apresentado, mas deve, inclusive, servir ao homem de fora do seu quadro, ou seja, servir à comunidade em que está inserido. Além de diferenciá-los, evitamos “contorcionismos linguísticos”. A ideia é proporcionar ao homem comum compreensão de um instituto jurídico tão relevante e, para tal, evitamos prolixidade a fim de garantirmos a democratização da nossa pesquisa.

Partindo do pressuposto que, explicados e diferenciados os conceitos acima, deveríamos, a partir de agora, demonstrar como se manifestava e como a imparcialidade, na práxis, era mitigada. Sem exageros, buscamos na jurisprudência europeia, conteúdo para refletirmos os nossos direitos e, também, nossas Cortes. Explanamos sobre as tendências que se mostram cada vez mais sólidas, pelo que se pode inferir do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), trouxemos casos concretos em que se avaliaram a mitigação ou não da imparcialidade.

Quanto às terras tupiniquins, não deixaríamos de falar sobre o instituto do juízo de garantias, que tem tomado grandes proporções nos seios jurídicos, políticos e midiáticos. Introduzido pelo recente dispositivo legal (Lei 13.964 de 2019), trouxe consigo diversos pontos interessantes e aptos ao debate, embora, entendamos ser precoce sua introdução ao ordenamento. Talvez seja um pouco falar sobre o estado precoce do referido instituto, contudo, como está previsto no projeto de lei que visa reformar todo o código processual penal, melhor seria que as ideias fossem amadurecidas como um todo.

A ruminação sobre o tema evitaria ou minimizara lacunas como as que estão postas, especificamente como, as questões recursais, juízos preventos e a cogitação dada por Maya de criar um setor específico para decidir sobre questões na fase de investigação preliminar.

Entre as perquirições entre qual melhor solução para o problema, se seria melhor criar um setor para decidir questões antes da instrução, a fim de garantir a imparcialidade do juízo que atuará na instrução – inclusive em segunda instância – ou se seria melhor adotar a linha que vem tomando o TEDH de avaliar, em caso concreto, a violação ou não da imparcialidade. Aqui, como bem acentuamos, ousamos discordar e sem finalidade de esgotar nosso ROMEIRO, Jorge Alberto. Da Ação Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

posicionamento, o justificamos, pois, sabe-se que no Brasil há uma forte tendência autoritária exercida por aqueles que detêm o “poder de caneta”.

Não nos parece viável do ponto de vista de celeridade, economicidade e eficiência, esperar que o processo siga sua marcha, para só depois de concluído, analisar a imparcialidade. Esta, sob nosso ponto defendido, é um direito do indivíduo desde o momento em que passa a figurar no inquérito policial, portanto, deve ser garantida desde o início e não analisada, ao final, sob pena de lesionar outros tantos direitos individuais.

Por fim, a nossa discordância não encontra um ponto final. Certos de que a mudanças podem ocorrer -- seja por mais instrução, mais aperfeiçoamento e pelos anseios sociais -- nosso posicionamento, apenas orbita num lugar diferente ao proposto pelo autor da solução, o douto Antônio Scarense.

Retomando ao juízo de garantias, posicionamo-nos a favor da implantação do instituto, desde que com a ressalva de amadurecimento da proposta. Inclusive, não se deixou claro pelo legislador, o porquê de adiantar a introdução, neste momento, ao ordenamento e não esperar o resultado das discussões que ocorrem na Câmara dos Deputados Federais acerca do projeto de reforma – o qual traz em seu bojo o juízo de garantias. Essa ansiedade em inovar, sem preocupar-se com os resultados práticos pode abrir lacunas cujo preenchimento enseja o risco de termos um Judiciário-legislador – experiência amarga como bem sabemos.

A revisão dos institutos tratados aqui e de tantos outros, somadas à ampla aplicação da interpretação conforme os direitos humanos e, consequentemente a real limitação do Estado frente ao indivíduo, podem alterar todo o rumo social, jurídico e político do nosso país. Não se pode suportar que, num país de dimensões continentais, como o nosso, com um potencial social em combustão, continue vítima do arbítrio alheio do Estado-Juiz. Basta nos despirmos dessas vestes algozes e sedentes pela punição sem freio. Por fim, com a devida licença, mas acreditando ser pertinente: “A essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos”. (Hannah Arendt)

REFERÊNCIAS

ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal (Introducción)**. 2 ed. Madrid: Edersa, 1997.

BRASIL, **Código de Processo penal (1941)**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acessado em 10 de março de 2020.

BRASIL, **Constituição (1988)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 10 de março de 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedade**. Trad Santiago sentis Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1974. p. 386. Apude:

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 63

CARNELLUTTI, Francesco. **Lecciones dsobre el proceso penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950. v. I.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Vade Mecum de Jurisprudência: dizer o direito**. 4 ed. Editora Juspodivm, 2018.

CORDERO, Franco. **Stilus Curiae (Analisi dela Sentenza Penale) In Ribista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. A. XXIX, 1986, p. 28.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao Verdade, dúvida e certeza**, de Francesco Carnelluti, para operadores do Direito. Revista de Estudos Criminais. Sapucaia do Sul, ano 01, nº 01, p. 26-51, 2001.

DUARTE, Gil. **A Paisagem Legal do Estado Novo**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón – teoría del garantismo penal**. Trad. De Perfeto Andrés Ibáñez e outros. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência das Reformas**. In Revista Brasileira de Direito Processual Penal. v.1. n. 1. Porto Alegre, 2015.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Da Ação Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 03-04

- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume 1, 1 ed. Florianópolis – SC: Tirant Lo Blanch, 2018.
- GOLDSCHIMIDT, Werner. **La imparcialidad como principio básico del proceso**. Monografías de Derecho Español. Pulicaciones del Instituto de Derecho Procesal. Madrid: Gráfia Clemares, 1950.
- HEIDEGGER, Martín Perius. **O juiz e a outra história: uma abordagem do princípio da imparcialidade a partir dos problemas da subsunção**. Revista da Ajuris, Porto Alegre, ano 33, nº 104, p. 172, dez. 2006
- JAPIASSU, Hilton. **O mito da neutralidade científica**. 2. ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Imago, 1981.
- LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. **A soberania do Estado Contemporâneo**. Porto Alegre, RS: Editora FI, 2017.
- MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ap juiz de garantias. 2 ed. Ver. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.
- MONTERO AROCA, Juan. **Sobre la imparcialidade del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Valentín. Derecho procesal penal. 3. ed. Madrid: Colex, 1999.
- PALIERO, Carlo Enrico. **Legitimazione Democratia Versus Fondamento Autoritario: due paradigmi di diritto penale**. In STILE , Alfonso Maria. Democrazia e Autoritarismo nel Diritto Penale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.
- PRADO, Lúdia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção – aspectos da lógica da decisão judicial**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 53.
- PRONER, Carol et al. (orgs.). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017.
- REZENDE, Astolpho. **Nos Domínios da Criminologia**. v. II Rio de Janeiro: Cia Brasil, 1939.
- SHECAIRA, Fábio P. e STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC- Rio: Contraponto, 2016.
- TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidade**. México: UNAM, 2007.