

# A garantia constitucional da imparcialidade frente às reflexões viabilizadas pelo Habeas corpus 164.493

Jordan Tomazelli Lemos<sup>1</sup>

Submissão: 20/03/2023

Aprovação: 30/05/2023

**Resumo:** O presente artigo traça breves comentários a respeito do Habeas Corpus 164.493, julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em 2021. Por meio de metodologia de natureza exploratória, utilizando notícias veiculadas a nível nacional, bem como análise doutrinária, o trabalho aborda o fundamento da suspeição como violador ao sistema acusatório, culminando com nulidade que macula a fase investigativa e processual. Primeiramente, por meio do estudo alegórico dos jogos, são identificadas táticas utilizadas por membros do Poder Judiciário visando a otimização de resultados. Após, são tecidas considerações a respeito da paridade de armas entre acusação e defesa, bem como a respeito da investigação defensiva, instrumento colocado à disposição da advocacia visando suprir o déficit existente no processo penal brasileiro, como corolário da ampla defesa e da inafastabilidade do exercício da advocacia na jurisdição criminal. Por fim, são elencadas as consequências de tomadas de decisão com ou sem racionalidade, bem como tomada de decisão seguindo ou não as diretrizes envolvendo o devido processo legal. Com a temática, é possível concluir que as instâncias do Poder Judiciário estão submetidas a controle constitucionalmente legitimado, e que a influência da política, mídia, setor empresarial e qualquer outro ente capaz de conduzir as ações dos atores processuais se transforma em ferramenta autoritária quando afasta regras basilares do processo penal.

**Palavras-chave:** Persecução Penal. Imparcialidade. Nulidade. Paridade de Armas.

## The constitutional guarantee of impartiality in view of the reflections made possible by Habeas corpus 164,493

**Abstract:** This article outlines brief comments about the 164.493 Habeas Corpus, judged by the 2nd Panel of the Federal Supreme Court in 2021. Through an exploratory methodology, using national news and doctrine analysis, the work approaches the foundation of the suspicion as a violator of the accusatory system, culminating in nullity that invalidates the investigative and procedural phase. First, with an allegorical study of the games, tactics used by members of the Judiciary Power are identified in order to optimize the results. Afterwards, considerations are made regarding the parity of weapons between prosecution and defense, as well as the instrument available to the lawyers in order to fill the existing deficit in the Brazilian criminal procedure, as a corollary of the full defense and the inalienability of the practice of law in the criminal jurisdiction. Finally, the consequences of decision-making with or without rationality are listed, as well as following or not the guidelines involving due process of law. With the theme, it is possible to conclude that the instances of the Judiciary Power are submitted to constitutionally legitimized control and that the influence of politics, media, business sector and any other entity capable of conducting the actions of procedural actors becomes an authoritarian tool when it deviates basic rules of the Brazilian criminal procedure.

**Keywords:** Criminal Prosecution. Impartiality. Nullity. Parity of Arms.

<sup>1</sup> Advogado criminalista. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Professor de Direito Penal/Processo Penal no Departamento de Direito da MULTIVIX. Vice-Presidente da Comissão de Percepção de Abuso de Autoridade da ABRACRIM-ES. E-mail: jordan.tlemos@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

Em 23 de março de 2021 a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem em Habeas Corpus impetrado em favor do paciente Luiz Inácio Lula Da Silva (HC nº 164.493/PR), determinando a anulação de todos os atos decisórios praticados pelo magistrado Sergio Fernando Moro no âmbito da Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, incluindo os atos praticados na fase pré-processual.

Conforme noticiado no próprio endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal (2023), restou fundamentado pelo colegiado que Sergio Moro agiu com motivação política na condução do processo que tramitou perante a 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. Na referida ação penal, o ex-Presidente da República havia sido condenado pela prática de corrupção passiva e lavagem de dinheiro (caso do triplex em Guarujá, SP).

Em pesquisa divulgada na obra “O jogo da colaboração premiada: estratégias de Sun Tzu aplicadas à Guerra Negocial” (LE MOS, 2022) consta abordagem da proximidade entre Sergio Moro e Procuradores da República responsáveis pela acusação perante a 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. Em razão da pertinência temática, alguns pontos do livro serão colocados em citação direta, sendo possível verificar temas comuns ao julgamento do HC 164.493/PR.

Os postulados servirão de marco teórico para viabilizar o aprofundamento da discussão no presente trabalho acerca do seguinte questionamento: até que ponto é vantajoso aproximar-se do responsável pelo resultado da partida, ou seja, quais os riscos e consequências de uma persecução penal sem a devida imparcialidade do Poder Judiciário?

Para tanto, serão traçados possíveis interesses susceptíveis a qualquer agente de poder (jogo oculto), bem como a importância da imparcialidade do magistrado como garantia ao devido processo legal (art. 5º, LIV da CRFB/88), sendo imprescindível que mecanismos de controle atuem de maneira eficaz no combate a violações do Estado Democrático de Direito.

O objetivo do trabalho é analisar a garantia constitucional da imparcialidade frente às reflexões viabili-

zadas pelo Habeas corpus 164.493 nos aspectos de impunidade x autoritarismo.

## MATERIAIS E MÉTODO

Considerando a relevância temática dos efeitos de uma persecução penal sem a imparcialidade do Poder Judiciário, o presente artigo utiliza-se da pesquisa qualitativa de natureza exploratória na medida em que tem “como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses” (GIL, 2002, p. 41).

Dessa forma, foi feita a análise documental do Habeas corpus 164.493, com foco no conflito entre impunidade e autoritarismo, bem como o uso de materiais bibliográficos em literatura existente sobre a temática, em especial ações penais que envolvam o instituto da colaboração premiada e notícias veiculadas a nível nacional os quais, devido sua amplitude, possibilitarão melhor contextualização e uma variedade de posições sobre o mesmo problema (GIL, 2002).

A partir de ideias gerais sobre a Teoria dos Jogos, o método utilizado será o dedutivo, buscando compreender as estratégias traçadas pelo órgão acusador e pela defesa para obtenção do melhor resultado processual possível. Inicialmente será conceituada a garantia constitucional da imparcialidade do magistrado, em que doutrina classifica a observância do princípio que é previsto na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>2</sup>.

Após definição geral sobre a matéria, foram expostos os fatos narrados em HC nº 164.493 identificando de forma particularizada se houve violação ao mencionado princípio.

## RESULTADOS E DISCUSSÃO

### TÁTICAS UTILIZADAS PELO MAGISTRADO: RISCOS E CONSEQUÊNCIAS

Em se tratando de provas, a atuação do magistrado perante uma contenda judicial pode até ser ativa<sup>3</sup>,

<sup>3</sup> Art. 10º: Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

<sup>4</sup> Art. 156 do CPP: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

mas sempre: i) subsidiária à apontamentos da acusação e defesa quando restarem dúvidas sobre o fato objeto da ação penal e; ii) imparcial, devendo prezar pelo tratamento do réu como sujeito de direitos, que ainda não fora taxado como culpado, fazendo valer a previsão constitucional da presunção de inocência.

O fundamento constitucional do princípio da imparcialidade encontra-se no art. 5º, XXXVII da CRFB/88, quando regra a existência do juiz natural. Tal garantia decorre do sobreprincípio do devido processo legal (art. 5º, LIV da CRFB/88), sendo o contexto histórico deste assim narrado por Uadi Lammêgo Bulos:

Encontra suas origens no Direito inglês, notadamente na Magna Carta inglesa de 1215, que rubricou sob o rótulo lei da terra (art. 39). [...] pela lei da terra, os direitos dos barões e proprietários de glebas, relativos à vida, à propriedade e à liberdade, só poderiam sofrer supressão à luz do jus consuetudinarium da época. Era uma forma de o baronato proteger as suas terras contra abusos da Coroa inglesa (BULOS, 2014, p. 685).

Gilmar Mendes também ressalta o devido processo legal como fonte primária do juiz natural, extraíndo o princípio da imparcialidade:

[...] o devido processo legal assumiu uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. [...] Contrárias à máxima do fair trial – como corolário do devido processo legal [...] -, são todas as condutas suspicazes praticadas por pessoas às quais a lei proíbe a participação no processo em razão de suspeição, impedimento ou incompatibilidade (MENDES, 2015, p. 546-547).

Ainda sobre a garantia constitucional da imparcialidade, assim disserta:

Integra também o conceito de juiz natural, para fins constitucionais, a ideia de imparcialidade, isto é, a concepção de “neutralidade e distância em relação às partes” [...] Nesse quadro, portanto, assumem importância as normas processuais que definem as regras de impedimento ou suspeição do juiz como elementos de concretização da ideia de juiz natural. (MENDES, 2014, p. 481-482).

Finalmente, abordando o mencionado princípio regrado no art. 95 e seguintes do CPP, elucida Aury Lopes Jr.:

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. [...] O juiz deve manter-se afastado da atividade probatória, para ter o alheamento necessário para valorar essa prova. A figura do juiz-espectador em oposição à figura inquisitória do juiz-ator é o preço a ser pago para termos um sistema acusatório (LOPES JUNIOR, 2018, p. 41-42).

Questão problemática que surge é quando há designação do juiz natural ainda no curso das investigações, em que este é instado a se manifestar sobre medidas cautelares, normalmente deferindo meios de obtenção de prova.

Nesta seara, mesmo havendo provocação de legitimados que batem à porta do Poder Judiciário, enquanto o juiz de garantias não é efetivado no ordenamento jurídico pátrio (ARTIGO 3-A e seguinte do CPP)<sup>4</sup>, segue havendo atuação do mesmo juiz tanto em fase inquisitorial quanto em fase judicial (em que, na maioria das ações penais, serve tão somente para confirmar ou refutar provas anteriormente produzidas, esvaziando a efetiva produção probatória).

Em casos assim, há um procedimento que existe tão somente para evitar a absolvição do réu por insuficiência de material colhido em audiência (Art. 155 do CPP)<sup>5</sup>, sendo que, em certas ocasiões, a testemunha ouvida sequer se recorda dos fatos, porém, confirma a assinatura constante nos autos e supre, de maneira deficitária, a exigência do mencionado dispositivo legal.

Ainda sobre a importância do afastamento do magistrado da acusação e da defesa para a correta análise do caso sob julgamento, desde o século passado já elucidava Carnelutti (2020):

Em uma palavra, enquanto o juiz está lá para impor a paz, o Ministério Público e advogados estão lá para fazer a guerra. Justamente, no processo, é necessário fazer a guerra para garantir a paz. [...] Se, entretanto, aqueles que estão defronte ao juiz para serem julgados são partes, quer dizer que o juiz não é uma parte. De fato os juristas dizem que o juiz é supra parte: por isso ele está no alto e o acusado embaixo, sob ele; um na jaula, o outro sobre a cátedra (CARNELUTTI, 2020, p. 15, 32).

Da mesma forma, doutrina nacional disserta sobre a temática:

<sup>4</sup> Art. 3-A e seguintes do CPP suspenso em decorrência de decisão do STF, prolatada pelo Ministro Luiz Fux em ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305.

<sup>5</sup> Art. 155 do CPP. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

[...] a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. Portanto, pensar no sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório é incorrer em grave reducionismo (LOPES JUNIOR, 2018, p. 32).

Em junho de 2019 fora veiculada reportagem no site The Intercept Brasil, divulgando mensagens trocadas entre magistrado e membros do Ministério Público Federal, sendo possível extrair do conteúdo um suposto auxílio pró acusação, havendo atuação que violaria o sistema acusatório vigente no Processo Penal<sup>6</sup>.

Sobre táticas utilizadas pelos jogadores visando a otimização/maximização dos resultados, os seguintes comentários foram discorridos em recente pesquisa:

Sendo interesse do Ministério Público Federal a otimização dos resultados a serem alcançados [...], ter como aliado o órgão julgador que irá analisar todos os seus pedidos colocaria a investigação em extrema vantagem, se comparada à posição da defesa. Tem-se então que, apesar de ser conduta ilícita, o conluio entre acusação e juiz certamente contribui para que o parquet aufera melhores ganhos em seu jogo (LEMOS, 2022, p. 69-70).

Na oportunidade, fora esclarecido que a utilização de táticas ilícitas, apesar de violarem o Estado Democrático de Direito, não poderia ser ignorada pelos jogadores na contenda criminal, haja vista que a ciência de tal realidade é imprescindível para que o jogo limpo possa ser exercido pela parte que preconiza a ética, bem como para que possa haver a eficaz prevenção ao jogo sujo (mecanismos de controle exercidos pelo Poder Estatal, bem como instrumentos eficazes de representação postos à disposição do acusado).

Isto ocorre porque somente será possível construir técnicas que blindam a partida de jogadas ilícitas caso os jogadores reconheçam que seus oponentes podem aviltar as regras do processo penal. A ingenuidade do participante da partida o faz integrar, nas palavras de Alexandre Morais da Rosa, um processo penal “baunilha”, indicando um “processo penal comum, reiterado, sem emoções, desprovido de extravagâncias humanas, típico de uma regularidade aparente que não resiste a uma ida ao Fórum” (ROSA,

2020, p. 55-56)

A partir de tal constatação, ainda em pesquisa já referenciada, a seguinte análise fora realizada:

Depreende-se então que a utilização de hackers para invadir aparelhos eletrônicos do jogador adversário e encontrar ilícitos por eles praticados é tática que visa anular os feitos destes. Aparentemente, a fonte The Intercept Brasil não foi contratada por condenados da Lava Jato para invadir dados sigilosos de membros da acusação e do órgão julgador. Ocorre que seria ingenuidade considerar que alguém que comete crimes não seria também vítima de crimes. [...] Calcular riscos é tarefa obrigatória para o jogador que quer maximizar seus ganhos. No exemplo retro, valer-se de profissionais especializados para apagar e ocultar as mensagens trocadas com quem quer que seja é conduta que tende a minimizar as chances de prejuízo (LEMOS, 2022, p. 71-72).

Atualmente, a partir da decisão do STF em Habeas Corpus 164.493, verificou-se que a troca de mensagens entre o então magistrado Sergio Moro e membros do Ministério Público Federal não fora devidamente ocultada, tendo sido utilizada como argumento que apontou a parcialidade do órgão jurisdicional.

Outro aspecto levantado pela defesa do paciente no referido HC foi a nomeação de Sérgio Moro como Ministro da Justiça em 2019, demonstrando a motivação política do magistrado durante o trâmite da ação penal.

Segue lavra do STF sobre o cargo político ocupado:

O último fato indicativo da perda de imparcialidade do magistrado consiste no fato de haver aceitado o cargo de Ministro da Justiça após a eleição do atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, que há muito despontava como principal adversário político do paciente. Sergio Moro decidiu fazer parte do Governo que se elegeu em oposição ao partido cujo maior representante é Luiz Inácio Lula da Silva. O ex-juiz foi diretamente beneficiado pela condenação e prisão do paciente.

Tal reflexo político também fora levantado em pesquisa, sendo realizado comparativo da situação com fato ocorrido na Itália, durante a Operação Mani Pulite (Mãos Limpas):

A notícia de jogos ocultos integrados por magistrados não é recente. Conforme registros históricos, juizes e promotores atuantes durante a Operação Mani Pulite (Mãos Limpas) na Itália teriam virado atores políticos. Exemplo de tal cenário foi o magistrado Antonio di Pietro, “que saiu tão for-

<sup>6</sup> CONSULTOR JURÍDICO. Conversas entre Moro e Dallagnol mostram atuação de ex-juiz como investigador. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-09/conversas-dallagnol-mostram-moro-atuando-juiz-investigador>. Acesso em 14 de fevereiro de 2023.

talecido da Operação Mãos Limpas perante o clamor popular que o levou, quando no partido 'Itália Dei Valori', ao cargo de Ministro do Governo de Centro-Esquerda de Romano Prodi em 1996 e 2006-2008." No Brasil, o então juiz que atuou diretamente no julgamento de ações penais oriundas da Operação Lava Jato, Sergio Moro, foi nomeado Ministro da Justiça e Segurança Pública em 2019, cargo político que revela um caminho semelhante ao que fora traçado por di Pietro na Itália (LEMOS, 2022, p. 70-71).

Traçando um paralelo com ensinamento de Piero Calamandrei, verifica-se que, para este, magistrados que possuam interesse pessoal com o resultado do julgamento são passíveis de cometerem injustiças, julgando contra sua própria convicção extraída dos autos (ART. 155 CPP, s/d):

[...] é delicada a situação de certos magistrados próximos da promoção. Sabem que terá grande peso para seu êxito o juízo que fará deles o presidente do colégio de que fazem parte e não se arriscam a contradizê-lo, mesmo que estejam convencidos de que a opinião dele está errada e de que, decidindo como ele quer, estarão cometendo uma grande injustiça (CALAMANDREI, 2015, p. 182).

Referida obra remonta à primeira metade do século passado, no contexto italiano. Evidente que promessa de cargos ou qualquer outra vantagem a nível pessoal ou patrimonial são capazes de influenciar no psicológico do juiz, que é ser humano e está suscetível a quaisquer emoções.

O que deve permear as tomadas de decisões de magistrados e, portanto, é o ensinamento extraído das obras em análise, é que este ser humano está imbuído de múnus que vai além de suas paixões e predileções (evitando prática de corrupção passiva ou de prevaricação).

"O drama do juiz é a solidão, porque ele, que para julgar deve estar livre de afetos humanos e situado um degrau acima de seus semelhantes [...]" (CALAMANDREI, 2015, p. 230). A decisão judicial transcende a escolha pessoal e baseia-se na adequação legal, ou seja, subsunção da norma (fruto da interpretação) ao fato jurídico.<sup>7</sup>

A nível de ordenamento jurídico pátrio, a questão envolvendo suspeição de magistrado também já fora

abordada por Lopes Junior (2018):

É cada dia mais frequente a assunção, por parte de alguns julgadores, de uma postura ideologicamente comprometida com o "combate ao crime", conduzindo a um (ab)uso dos poderes investigatórios e/ou instrutórios que o CPP infelizmente consagra. [...] A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz que dá inequívocos sinais de que já decidiu a causa (LOPES JUNIOR, 2018, p. 210-211)

## Posicionamento do STF

Verificou-se que a jogada ilícita perpetrada por Sérgio Moro fora exposta à Suprema Corte, tendo esta reconhecido a suspeição do magistrado e, conseqüentemente, nos termos do art. 564 do CPP, declarado a nulidade do processo (ART. 254, IV CPP, s/d)<sup>8</sup>.

Em Acórdão proferido pela Segunda Turma, fora revelado que o STF já havia identificado diversas situações em que o mencionado magistrado ultrapassou os limites do sistema acusatório (HC 95.518, HC 163.943 e RHC 144.615):

[...] a Segunda Turma determinou o encaminhamento das denúncias à Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), diante da constatação de que o juiz havia reiteradamente proferido decisões contrárias a ordens de instâncias superiores, bem como adotado estratégias de monitoramento de advogados dos réus. [...] A Segunda Turma já decidiu que o ex-Juiz Sergio Moro abusou do poder judicante ao realizar, de ofício, a juntada e o levantamento do sigilo dos termos de delação do ex-ministro Antônio Palocci às vésperas do primeiro turno das eleições de 2018. [...] O STF reconheceu explicitamente a quebra da imparcialidade do magistrado, destacando que, ao condenar o doleiro Paulo Roberto Krug, ainda no âmbito da chamada Operação Banestado, o ex-Juiz Sergio Moro "se investiu na função persecutória ainda na fase pré-processual, violando o sistema acusatório".<sup>9</sup>

Da exposição retro é possível verificar que a tática utilizada pelo então magistrado revelou-se reiterada, que levou êxito a curto prazo, já que prevaleciam entendimentos no juízo de piso e até mesmo em Tribunais Superiores, sendo necessária intervenção da Suprema Corte para reforma de decisões.

Porém, a longo prazo, ou seja, ao percorrer todas

<sup>7</sup> Mais uma vez, prescreve o art. 155 do CPP que "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial".

<sup>8</sup> Sobre a questão envolvendo a suspeição de magistrados, lembremos que o art. 254, IV do CPP prescreve que o juiz dar-se-á por suspeito se tiver aconselhado qualquer das partes.

<sup>9</sup> P. 3 Acórdão.

as instâncias do Poder Judiciário, verificou-se que a estratégia se deu de forma irregular e, portanto, fora considerada nula frente à garantia constitucional da imparcialidade.

#### QUESTÕES PRÁTICAS: A PARIDADE DE ARMAS É UTOPIA?

Não é novidade para os advogados que a simples proximidade entre magistrado e membro do órgão acusatório (por questões de ordem prática) já são suficientes para desequilibrar a balança do processo penal.

Um profissional da magistratura que lida toda a semana com determinado membro do Ministério Público (sentado ao seu lado na sala de audiência) certamente tem maior proximidade laboral com este do que com determinado advogado que só frequenta a sala de audiência daquele magistrado uma vez a cada trimestre (que, por sua vez, senta em posição geometricamente inferior se comparado ao membro do parquet (ADI, 4768, 23 nov. 2022)<sup>10</sup>.

É notável que a proximidade profissional por si só não é suficiente para o reconhecimento de nulidade num processo por imparcialidade do órgão julgador. Porém, tal constatação prática merece análise pelos membros da advocacia, para que não se transformem em meros espectadores do espetáculo travestido de processo penal.

Ao analisar a iniciativa probatória do magistrado, reconhecendo a desigualdade material existente entre acusação e defesa, disserta Pacelli (2017):

Se, de um lado, assim deve ocorrer em relação ao ônus probatório imposto à acusação, de outro lado, a recíproca não deve ser verdadeira. Provas não requeridas pela defesa poderão ser requeridas de ofício pelo juiz, quando vislumbrada a possibilidade de demonstração da inocência do réu. E não vemos aqui qualquer dificuldade: quando se fala na exigência de igualdade de armas, tem-se em vista a realização efetiva da igualdade, no plano material, e não meramente formal. A construção da igualdade material passa, necessariamente, como há muito ensinam os constitucionalistas, pelo tratamento distinto entre iguais e desiguais (PACELLI, 2017, p. 179).

Porém, fato é que a aplicação da doutrina supra está longe de ser uma realidade entre a magistratura brasileira. Portanto, situação prática que visa diminuir a disparidade de armas, reduzindo o déficit na atuação

da defesa técnica, é buscar analisar o mapa mental do julgador, ou seja, suas preferências jurisprudenciais e doutrinárias.

Saber se o magistrado possui títulos voltados para a área acadêmica (Mestrado/Doutorado) e por qual instituição de ensino obteve o grau é relevante na identificação do perfil jurídico: se é técnico, seguindo a doutrina clássica, adotando a civil law como base interpretativa, ou se é prático, levando em consideração aspectos da common law no momento de proferir decisões.

Inclusive, sob leitura da moderna teoria dos precedentes, titularizada por Zaneti Júnior (2017), mesmo sendo a maioria das decisões de Tribunais Superiores um precedente normativo vinculante (não sendo formalmente vinculante – Art. 927 do CPC, s/d<sup>11</sup>), evidente que a maioria dos juízos de piso tende a seguir o entendimento do STJ e STF (já que, mesmo com ressalvas, têm ciência de que há grande probabilidade de reforma caso decidido em sentido contrário).

Porém, existem aqueles que destoam do entendimento majoritário, bem como situações em que o custo para pleitear algum direito em Tribunais Superiores seria mais prejudicial do que a própria ilegalidade proferida pelo juízo a quo (análise econômica do direito), devendo haver um sopesamento entre prós e contras, riscos e vantagens da via recursal.

A busca pelo mapa mental do julgador se dará através da pesquisa de decisões anteriores, bem como a partir de conversas formais com o próprio juiz ou com seus assessores e/ou estagiários. A coleta de informações visando identificar a linha de pensamento do magistrado não é tática vedada pelo ordenamento jurídico, bem como é salutar aos profissionais do Direito.

Outro aspecto envolvendo a paridade de armas entre advocacia e Ministério Público é aquele relativo à estrutura das partes, questão pertinente ao próprio investimento do Estado em órgãos de persecução penal.

Mais uma vez, em pesquisa foi possível obter dos jogadores atuantes no processo penal a perspectiva quanto a paridade de armas:

Outro exemplo que fora relatado por um dos advogados para confirmar a afirmação de que a defesa já inicia o processo penal em desvantagem

<sup>10</sup> Inclusive, o próprio STF manifestou em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4768, julgada em 23 de novembro de 2022, que a regra envolvendo a posição do Ministério Público em relação ao magistrado não viola a Constituição.

<sup>11</sup> Conforme a teoria em apreço, formalmente vinculantes seriam aquelas decisões apostas em rol do art. 927 do CPC.

foi a dificuldade em se pleitear a produção de provas no judiciário. Enquanto o Ministério Público e a Polícia Judiciária dispõem de instrumentos que sequer precisam da autorização do juiz para serem utilizados durante a investigação, a defesa tem que se valer de perícias privadas que oneram o cliente para que haja uma produção probatória favorável (LEMOS, 2022, p. 165).

Sobre a solução do problema envolvendo a disparidade entre as partes, assim fora elencado:

Uma forma de superar este déficit, segundo os próprios advogados, seria utilizar a sistemática envolvendo os órgãos de acusação. Advogados costumam atuar no feito do início ao fim, enquanto os membros do Ministério Público só atuam até certa instância, havendo alteração do profissional responsável pelo processo, a depender do grau recursal. Isto significa que o advogado atuando na defesa tem uma visão mais ampla de todo o processo, a longo prazo, podendo estudar as táticas a serem utilizadas na investigação, primeira instância, segunda instância e em Tribunais Superiores, enquanto que os membros do parquet, por possuírem atuação limitada, estariam restritos à táticas de apenas uma etapa da persecução penal (LEMOS, 2022, p. 165).

Conforme exposição em pesquisa de campo que se baseou em entrevista com membros do Ministério Público e advogados, o método democraticamente aceito que visa reduzir a deficiência estrutural entre defesa técnica e órgãos de acusação é o acompanhamento integral do processo penal por parte do advogado, prevendo, inclusive, posicionamentos do Judiciário e do próprio Ministério Público em 2ª instância (Desembargadores e Procuradores) e em Tribunais Superiores (Ministros e Procuradores da República).

Inclusive, no caso do Habeas Corpus 164.493 envolvendo Luiz Inácio Lula da Silva, é possível constatar a atuação do patrono Cristiano Zanin Martins desde as instâncias inferiores, tendo patrocinado a causa tanto na ação penal originária, quando no remédio constitucional julgado pela Suprema Corte.

Verifica-se que, de maneira geral, o ente estatal responsável pela persecução penal está a frente do acusado/investigado, revelando ser a paridade de armas elemento de constante observância na interpretação de direitos e garantias constitucionais, visando equilibrar o exercício do direito de defesa.

### **Investigação defensiva em âmbito criminal**

A respeito dos instrumentos postos à disposição

da advocacia na tentativa de equilibrar a balança envolvendo a paridade de armas, surge em 2018 o Provimento nº 188 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que trata de generalidades envolvendo a investigação defensiva. A regulamentação administrativa buscou “fixar parâmetros, valores, métodos e técnicas, sem, por outro lado, ditar pormenorizadamente como deve ser ou não ser a atuação do profissional da advocacia investigativa” (BULHÕES, 2019, p. 72).

Em seu art. 1º, o Provimento conceitua investigação defensiva como:

[...] o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte (CFOAB, 2018).

Para além do que é exposto pelo Conselho Federal, verifica-se que a novel ferramenta serve como preparação à novos elementos fáticos que poderão ser utilizados na fase investigativa e processual. A doutrina distingue prova, fonte de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova.

A prova seria a interpretação do magistrado a respeito da ocorrência ou não de determinado fato, é a abstração mental que verifica se uma afirmativa ou narrativa contida no processo é ou não é falsa (FERNANDES et al, 2011).

Brasileiro (LIMA, 2016) esclarece que fontes de prova são aqueles elementos que emanam informações fáticas, podendo representar pessoas ou objetos. Meios de Prova são os instrumentos pelos quais as fontes de prova serão conectadas ao processo, momento em que será submetida ao contraditório e ampla defesa, diz respeito à forma. Meio de obtenção de prova é o método pelo qual serão identificadas as fontes de prova, compreendendo diligências administrativas ou em campo, capazes de revelar sujeitos ou coisas detentoras de informações.

É justamente na colheita de informações (portanto meio de obtenção de provas) que a Investigação Defensiva surge como importante instrumental para a advocacia, já que, conforme Baldan (2014):

Entregar ao Ministério Público atribuições inves-

tigatórias totais sem, em contrapartida, conferir similares poderes à defesa [...] implica, em verdade, sedimentação de um explícito modelo inquisitorial pior que qualquer outro [...] Se inalcançável o estado ideal de “lanças do mesmo tamanho” em mãos do investigador e do investigado, igualmente há de ser refutada a hipótese de ver-se a arma empunhada exclusivamente por um deles (BALDAN, 2014, p. 156-157).

No caso ora analisado, não se tem notícias de eventual investigação defensiva instaurada e acompanhada mediante portaria expedida pela Ordem dos Advogados do Brasil, porém é evidente que um trabalho investigativo (ainda que de outras fontes que não a defesa: jornalista, assessores etc.) foi crucial para a juntada de elementos que chegaram à cognição do STF e foram utilizados como fundamento que sustentou a concessão da ordem.

#### LIÇÕES DO HABEAS CORPUS 164.493

O julgamento da 2ª Turma do STF, revelando a suspeição do magistrado que atuou perante a Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, reforça um corolário constitucional que deve reger o processo penal: o princípio da imparcialidade do Estado-Juiz (garantia constitucional conceituada por doutrina exposta em item 2).

A introdução do art. 3º-A no CPP (Art. 3 CPP, s/d)<sup>12</sup> deixa claro os limites na atuação do magistrado, não sendo aceitável o modelo inquisitório, em que também cabia ao julgador a produção probatória. O modelo acusatório veda práticas tendenciosas, cabendo a juiz uma função passiva (ROSA, 2020), complementar.

Sobre a prática que o dispositivo legal inserido pela lei 13.964/19 buscou cessar, assim elucidam Casara e Melchior (2013):

Note-se que o ativismo judicial em matéria criminal é absolutamente prejudicial à tutela dos direitos fundamentais por várias razões. Ao transformar o Estado-Juiz em agente de uma suposta “guerra contra o crime”, o ativismo desloca o local constitucionalmente demarcado para o discurso do julgador (locus da imparcialidade), possibilitando/sugerindo a atuação abusiva do poder jurisdicional, ao mesmo tempo que fragiliza o regime de garantias constitucionais (que, nesse quadro, passam a ser percebidas como óbices à eficiência bélica), (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 193)

A questão da imparcialidade engloba tanto o caso penal quanto os sujeitos envolvidos. A questão ob-

jetiva (caso penal) demanda um afastamento do magistrado que atuou durante a fase pré-processual (dentre outras condutas, decretando medidas cautelares), daí a importância da vigência do juiz de garantias (art. 3º-B do CPP), que atualmente está com a eficácia suspensa por decisão do STF (ART. 3º-B do CPP, s/d)<sup>13</sup>.

Já a questão subjetiva demanda um afastamento do magistrado da acusação e da defesa. Não é ignorado que o julgador, ser humano, “possui suas conotações políticas, religiosas, ideológicas (ROSA, 2020, p. 552)”, ou seja, não é neutro. Porém, as preconcepções, fruto da cultura em que está inserido, não podem afastá-lo da presunção de inocência existente enquanto não transitado em julgado o processo penal.

O ânimo em buscar a condenação, independente da produção probatória e antes mesmo de finalizada a fase de cognição, é prejudicial ao devido processo legal, haja vista que viola a paridade de armas (posição ativa que revela um verdadeiro dois contra um), bem como viola o próprio sentido da ação penal, que é controlar o uso do poder punitivo estatal, proibindo excessos com base no princípio da legalidade, sendo possível aplicar a lei penal apenas caso demonstrado, ao final da contenda, elementos concretos de autoria e materialidade delitiva.

A questão envolvendo o Autoritarismo vem justamente dos magistrados que insistem em materializar um modelo superado do processo penal. O sistema acusatório não permite que juizes tenham a função de combater o crime, punindo os que se sentam na cadeira dos réus.

A função do magistrado é justamente a oposta: controlar o poder punitivo Estatal, aplicando a lei penal apenas em situações em que, havendo prova além de dúvida razoável da prática delitiva, reste a convicção da presença de autoria e materialidade.

A anulação de um processo em que Luiz Inácio Lula da Silva figurou como sujeito sem o devido julgamento imparcial não corrobora com a impunidade de criminosos, mas sim com o regular processo legal de todos os indivíduos submetidos à contenda criminal.

A absolvição de um indivíduo em razão de constatada suspeição do magistrado materializa a correta aplicação da lei, situação em que toda a sociedade sentirá o reflexo de aplicação de garantias constitucionais.

Tal materialização ocorre com a efetiva punição daquele representante do Estado que se vale de me-

<sup>12</sup> O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

<sup>13</sup> Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305.

canismos ilícitos durante a persecução penal, bem como com a proteção de direitos do réu em âmbito penal, resultando em condenações justas, quando for caso de comprovada culpabilidade, e em absolvições, quando for o caso de ausência de elementos probatórios suficientes para demonstração de prática delitativa ou em caso de irregularidades na busca pela utópica “verdade real”, ora por parte dos órgãos de persecução penal, ora por parte do órgão julgante, ora em conjunto, como supostamente teria ocorrido no caso exposto em Habeas Corpus abordado no presente trabalho (ART. 386 do CPP, s/d)<sup>14</sup>.

## CONCLUSÃO

A análise realizada no presente artigo não buscou indicar que a absolvição de Lula se fazia necessária em razão de sua inocência, ou então que os fatos a ele imputados careceram de comprovação.

O objetivo da pesquisa foi demonstrar que, independente do jogador que figure na posição de réu, seja este culpado ou inocente (o que só será identificado após sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, é impossível qualificar a culpabilidade de um acusado enquanto não finalizada a partida processual), direitos e garantias constitucionais deverão ser respeitados, sob pena de contaminação dos atos processuais subsequentes à violação (ART. 576, 1º do CPP, S/D)<sup>15</sup>.

É impossível se falar em “impunidade” quando o processo penal que condenou determinado sujeito é eivado de vícios. Não houve subsunção à seguinte hipótese: regular trâmite processual e posterior declaração de nulidade do procedimento com a consequente absolvição do réu perante o STF.

O que de fato existiu foi um irregular trâmite processual, já que revelada a imparcialidade do magistrado, que jamais poderia ter atuado no processo, sendo vedada a instrução, sentença e outros atos judiciais (gerando invalidade dos provimentos).

Se, no caso do HC 164.493, restou evidente a comprometimento da imparcialidade do juízo originário, a anulação da decisão condenatória preserva o prin-

cípio da presunção da inocência que, em verdade, jamais deixou de vigorar. Eis aí uma vitória do devido processo legal e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito (ART. 386 do CPP, s/d) .

## REFERÊNCIAS

BALDAN, E. L. *Devida investigação legal como derivação do devido processo legal como garantia fundamental do imputado*. In: KHALED JUNIOR, S. H. (Org.). Sistema penal e poder punitivo, estudos em homenagem ao Professor Aury Lopes Junior. Florianópolis: SC: Empório do Direito, v. 1, 2014.

BULHÕES, G. *Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira*. Florianópolis, SC: EMais, 2019.

BULOS, U. L. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CALAMANDREI, P. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

CARNELUTTI, F. *As misérias do processo penal*. Tradução: Antônio Roberto Hildebrandi – 3. ed. 6ª tiragem, EDIJUR – Leme, SP: 2020.

CASARA, R. R.; MELCHIOR, A. P. *Teoria do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CONSULTOR jurídico. *Conversas entre Moro e Dallagnol mostram atuação de ex-juiz como investigador*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-09/conversas-dallagnol-mostram-moro-atuando-juiz-investigador>. Acesso em: 14 fev 2023.

FERNANDES, A. S et al. *Provas no processo penal: estudo comparado*. Disponível em: Minha Biblioteca, São Paulo, Saraiva, 2011.

GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2002. Disponível em: <https://ayanrafael.files.wordpress.com/2011/08/gil-a-c-mc3a9todos-e-tc3a9cnicas-de-pesquisa-social.pdf>. Acesso em: 02 abr 2023.

LE MOS, J. T. *O jogo da colaboração premiada: es-*

<sup>14</sup> Art. 386. do CPP: O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal.

<sup>15</sup> Art. 576, §1º do CPP: A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

<sup>16</sup> Nada impede que o Estado, por meio de seus órgãos de acusação, ofereça nova denúncia contra Luiz Inácio Lula da Silva. Caso não incida o instituto da prescrição e, respeitadas as garantias constitucionais, um outro juiz, imparcial, poderá ao final da instrução condenar o réu, desde que estejam ausentes as causas de absolvição previstas no art. 386 do CPP.

tratégias de Sun Tzu aplicadas à Guerra Negocial. Florianópolis, SC: Emais, 2022.

LIMA, R. B de. *Legislação criminal especial comentada*: volume único. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LOPES JUNIOR, A. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PACELLI, E. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PROVIMENTO nº 188/2018 – CFOAB. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 13 fev 2023.

ROSA, A. M. da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma reconhece parcialidade de ex-juiz Sérgio Moro na condenação de Lula no caso Triplex. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462854&ori=1>. Acesso em: 13 fev 2023.

ZANETI JUNIOR, H. *O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 3. ed. rev. ampl. atual. Bahia: JUSPODVM, 2017.