

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 221.231 - PR (2011/0242204-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : EDUARDO DE VILHENA TOLEDO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE : PAULO ROBERTO KRUG

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Senhor Presidente, egrégia Turma, começo por louvar a brilhante sustentação oral feita da tribuna. A tese sustentada é muito bonita. É a tese de uma boa parte da nossa doutrina processual penal, tese de juristas como Rubens Casara, Rômulo Moreira, Aury Lopes Júnior, Geraldo Prado, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, do meu querido amigo Juarez Tavares e do sempre arguto Lenio Streck. É a tese que entende que a grande distinção entre o sistema inquisitivo e o acusatório é o problema da *gestão da prova*: de acordo com o sistema constitucional vigente, que seria o *sistema acusatório*, a gestão da prova tem de estar na mão das partes, ao juiz só cabe observar aquele embate e, no final, apenas se pronunciar. Qualquer intervenção do juiz nesse embate comprometeria a imparcialidade do magistrado, e portanto, macularia a prova obtida por essa intervenção do magistrado.

A questão é que, por mais belas que sejam as teses desse grupo de doutrinadores, não se pode dizer, com absoluta certeza, que elas foram efetivamente adotadas pela Constituição de 1988, que traça algumas garantias do processo penal acusatório – aquelas principais –, quais sejam, a separação entre órgão acusador e órgão julgador, a garantia do devido processo legal, ampla defesa etc. Mas em nenhum lugar da Constituição se diz, expressa ou sequer implicitamente, que o processo penal terá de seguir rigorosamente o modelo acusatório, e muito menos há na Constituição determinações explícitas quanto a uma rigidez da gestão da prova de sorte a impedir o magistrado inteiramente de dela participar.

Como disse o ilustre Relator, não existe legislação limitante da participação do magistrado, por exemplo, nos procedimentos de homologação de colaboração premiada. De sorte que se tem aqui, de acordo – aí, sim – com a maior parte dos doutrinadores, um *sistema híbrido*, em que a Constituição parece se encaminhar para um *processo acusatório*, mas no qual a legislação – e o Código de Processo Penal é um exemplo clássico, um Código de 1941, baseado em legislação italiana do tempo de Mussolini –, em diversos momentos, pende para o *processo inquisitivo*. Mesmo com a legislação mais recente, posterior à Constituição de 1988, mesmo com a lei de 2008, que foi, vamos dizer, patrocinadora da última grande reforma processual dentro do CPP, ou as leis sobre organizações criminosas, colaboração premiada etc., ainda assim essa legislação não conseguiu transformar o Código de Processo Penal ou o sistema infraconstitucional de legislação processual penal do País num sistema puramente acusatório, ainda mais com essas características de gestão da prova que se pretende, ou que alguns juristas pretendem que necessariamente existam, e que, no caso presente, foram brilhantemente sustentados pela defesa.

Temos um Código de Processo Penal que abriga vários dispositivos em vigor em sentido oposto, mas um deles salta aos olhos, que é o art. 156, o qual diz:

A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

Só por haver essa expressão, "de ofício", no art. 156, que está em pleno vigor, a tese da gestão da prova já fica comprometida. Primeira coisa, portanto: reconhece o Código de

Superior Tribunal de Justiça

Processo Penal ao juiz a possibilidade de produzir prova de ofício, o que, *de per si*, já é inteiramente incompatível com essa tese da defesa.

E diz ainda o referido dispositivo:

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.

É preciso ressaltar um fato: essa redação que estou lendo e que vigora no Código de Processo Penal já é a da Lei n. 11.690/2008 – imaginem como era no sistema original... E ainda:

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Então, repito, essa legislação está em vigor.

Ora, o Superior Tribunal de Justiça não é uma Corte constitucional, é uma Corte de legislação infraconstitucional. Se a disposição do Código de Processo Penal oriunda da Lei n. 11.690/2008, vinte anos posterior à Constituição de 1988, não foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal nem pela Corte Especial aqui da Casa, ou nós a aplicamos ou estaremos infringindo frontalmente a Súmula Vinculante n. 10. Então, não há como fugir, de momento, dessas características do hibridismo do nosso processo penal, a que já me referi.

Quando analiso, por exemplo, o que disse de forma brilhante a defesa – e insisto nisso mais uma vez, até porque com boa parte dessa tese, eu, do ponto de vista exclusivamente doutrinário, concordo –, como aplicador do Direito, eu tenho de ver qual é a legislação infraconstitucional que está em vigor.

Por hipótese, aprecio a participação do juiz em procedimento de obtenção de prova ainda na fase de investigação. Houve dois aspectos que me chamaram a atenção e que acho que, por uma questão de honestidade intelectual, temos que frisar. Primeiro: a frase do juiz que foi tomada aqui da tribuna como um aspecto, digamos, grave, da sua atuação, em que ele disse: "Diante da cooperação do acusado para com este **juízo**". Ele não disse "para com este juiz"; ele não disse "para com este magistrado"; ele disse "para com este juízo", ou seja, para com este órgão da Justiça. Não me parece que ele tenha incidido num envolvimento pessoal.

Depois, observe-se que boa parte da jurisprudência trazida como sendo representativa de precedentes favoráveis à tese defensiva, são casos similares a este que está sob julgamento, mas não exatamente iguais. Claro que nenhum caso é perfeitamente igual a outro, mas os paradigmas trazidos, em alguns pontos, fogem totalmente ao que aqui está sendo julgado. Por exemplo, nesse caso da relatoria do Ministro Cezar Peluso, o juiz participou de uma investigação **oficiosa**, preliminar, de paternidade. Aí é óbvio que haveria a geração de impedimento ou, quando menos, de suspeição gravíssima. Aqui não se cuida de investigação oficiosa, mas de procedimentos efetivamente judiciais.

No outro precedente, o tal relatado pelo Ministro Maurício Corrêa, já mais antigo, numa ADIn, a questão que foi colocada é: "busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra sigilo realizadas **pessoalmente** pelo magistrado". Se o juiz tivesse, aqui no caso, também ele próprio, pessoalmente, elaborado o acordo de colaboração premiada, eu não teria dúvida de que isso geraria o impedimento pretendido. Mas não foi o que ocorreu.

Finalmente, com relação aos documentos, à extensa documentação que fundamentou depois a decisão, disse a defesa aqui: "o juiz supriu as deficiências de acusação, buscando prova documental que não havia sido cogitada pelas partes". Entretanto – e aqui,

Superior Tribunal de Justiça

infelizmente, estamos dentro da estreiteza ritual do *habeas corpus* – o que vi foi que os documentos tinham sido solicitados pela parte – parece-me, pela acusação. Algo como: "que venham os documentos tais e tais". Aí o juiz, no despacho, diz: "esses documentos não vieram todos" (documentos que haviam sido solicitados pela parte, reitere-se). Então, mande-se buscar aquilo que não veio".

Eu quero todos os documentos, por exemplo, referentes à situação de regularidade fiscal da empresa. Vamos dizer que a parte peça isso. O juiz, ao examiná-los, diz, hipoteticamente: "aqui, por exemplo, não tem a documentação completa. Só tem o contrato social com o Aditivo n. 10. E os Aditivos de 2 a 9?"

Então, ele não está cogitando de prova que não fora suscitada pelas partes; ele está exatamente dentro de uma atividade probatória supletiva. Da mesma forma, quando se invocou um precedente aqui do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Nilson Naves, a própria ementa, que foi transcrita, contém um item de importantíssimo valor para a compreensão do caso, quando diz:

São diferentes iniciativa probatória e iniciativa acusatória. Aquela é lícita, claro é, ao juiz, em atitude complementar. Por exemplo, tratando-se de diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.

Por muito maior força de razão, documentos que foram pedidos, mas que não chegaram na sua integralidade.

E do próprio voto – destacado pela defesa como favorável a sua tese – da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, com a excelência que caracteriza a atuação dessa grande Juíza e jurista, vê-se aqui um trecho em que Sua Excelência havia invocado os art. 209 e 402 do CPP, que também estão em pleno vigor e não podemos deles nos olvidar, e o primeiro deles diz:

O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas além das indicadas pelas partes.

E aí diz a Ministra Maria Thereza de Assis Moura: "Como se vê em ambas as disposições, fica claro que a *mens legis* é no sentido de atribuir ao magistrado uma atuação supletiva das partes, ou seja, naquilo que ainda persistir alguma dúvida depois de produzidas as provas de interesse da acusação e da defesa".

Não desconheço, Senhor Presidente, egrégia Turma, o conceito de *quadro mental paranoico*, originário da doutrina italiana do Professor Franco Cordero, em que ele diz que o juiz que instrui a causa se apega a uma determinada tese e depois vai fazer tudo para confirmar aquela ideia inicial. Isso influenciou a doutrina, no caso, uma parte da doutrina citada, especificamente, por exemplo, do Professor Geraldo Prado e de outros grandes mestres dessa corrente que relacionei aqui no começo deste voto oral. Mas, apesar de essa doutrina ser extremamente interessante – assim a considero –, entre uma tese doutrinária e aquilo que é direito positivo vigente, levando em conta a necessidade que temos hoje, relembro um artigo publicado recentissimamente – saiu ontem ou anteontem no *Conjur* –, do nosso querido amigo Professor, pós-Doutor, grande Magistrado e Desembargador da 1ª Região, Doutor Ney Bello, quando diz: "está se tornando uma atitude revolucionária o singelo aplicar do Código de Processo Penal". Nós que estamos aqui como juízes da Corte que deve conferir inteireza normativa e integridade hermenêutica à legislação infraconstitucional, temos a obrigação de aplicar o Código de Processo Penal.

Nesse sentido, adiro inteiramente ao voto do Relator, com estas achegas, pedindo perdão por ter me estendido um pouco, apesar de hoje termos muitas sustentações orais, mas considero que este caso é importante para fixar algumas balizas, e por entender que estas desalinhas considerações podem contribuir para a fixação do pensamento que este Órgão

Superior Tribunal de Justiça

fracionário houver por bem adotar.

É o voto, Senhor Presidente, com elogios à defesa e ao exímio Ministro Relator.

