

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 23.945-RJ (2008/0142326-4)

Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG)

Recorrente: Nabil Kardous

Advogado: Raouf Kardous

Recorrido: Tribunal Regional Federal da 2ª Região

EMENTA

Processual Penal. Recurso em *habeas corpus*. Quadrilha. Realização de interrogatório por juiz durante a fase inquisitória, antes do oferecimento da denúncia. Artigo 2º, § 3º, da Lei de Prisão Temporária. Ausência de procedimento que permita ao magistrado proceder à investigação preliminar. Retorno ao sistema inquisitório. Estado Democrático de Direito e garantias do cidadão. Recurso provido.

1. Hipótese em que o Juiz, antes de haver, sequer, o oferecimento da denúncia, estando ainda no curso da investigação preliminar, se imiscuir nas atividades da polícia judiciária e realizar o interrogatório do réu, utilizando como fundamento o artigo 2º, § 3º, da Lei n. 7.960/1989.

2. A Lei de Prisão Temporária permite ao magistrado, de ofício, em relação ao preso, determinar que ele lhe seja apresentado e submetê-lo a exame de corpo de delito. Em relação à autoridade policial o Juiz pode solicitar informações e esclarecimentos.

3. A Lei n. 7.960/1989 não disciplinou procedimento em que o Juiz pode, como inquisidor, interrogar o réu.

4. O magistrado que pratica atos típicos da polícia judiciária torna-se impedido para proceder ao julgamento e processamento da ação penal, eis que perdeu, com a prática dos atos investigatórios, a imparcialidade necessária ao exercício da atividade jurisdicional.

5. O sistema acusatório regido pelo princípio dispositivo e contemplado pela Constituição da República de 1988 diferencia-se do sistema inquisitório porque nesse a gestão da prova pertence ao Juiz e naquele às partes.

6. No Estado Democrático de Direito, as garantias processuais de julgamento por Juízo imparcial, obediência ao contraditório e à ampla defesa são indispensáveis à efetivação dos direitos fundamentais do homem.

7. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Vencidos os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Og Fernandes.

Os Srs. Ministros Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Sustentou oralmente Dr. Nabil Kardous.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Relatora

DJe 16.03.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, interposto pelo recorrente Nabil Kardous - denunciado nas iras do artigo 288 do Código Penal - contra ato do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que concedeu parcialmente a ordem de *habeas corpus* lá impetrada para declarar a parcialidade objetiva do Juízo de primeiro grau e seu impedimento em relação ao paciente, ora recorrente, determinando a redistribuição do feito.

O recorrente sustenta que o artigo 2º, § 3º da Lei n. 7.960/1989 não permite ao juiz realizar, na fase inquisitória, o interrogatório do réu, vez que, agir assim, seria o mesmo que admitir na prática a existência de um juízo de instrução, figura não contemplada por nosso ordenamento jurídico.

Aduziu o recorrente que o magistrado participou ativamente da fase das investigações preliminares, inquirindo o réu, sem permitir a participação da defesa, fato que eiva todo o procedimento de vício insanável, seja o procedimento administrativo ou o judicial, determinando a declaração de nulidade de todos os atos, inclusive da fase inquisitória, e não apenas dos atos decisórios.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não-provimento do recurso, fls. 1.328/1.336.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) (Relatora): Analisei atentamente as razões da impetração, as informações prestadas, a documentação acostada, o parecer do Ministério Público Federal e entendo que o recurso deve ser provido pelos motivos que passo a expor:

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado, juntamente com inúmeros outros réus, por crime de formação de quadrilha.

Isso ocorreu, ao que parece, de forma inusitada, eis que o recorrente atuava na defesa de um réu e devido ao rumo que as investigações tomaram ele foi incluído como autor do crime de quadrilha e denunciado por isso em conjunto com os demais co-réus.

Ainda na fase das investigações preliminares, antes que a denúncia fosse oferecida, portanto, o Juiz Federal Lafredo Lisboa, entendendo que a causa era complexa e que para ser esclarecida necessitava do esforço conjunto dos sujeitos processuais, deu início ao procedimento de realização do interrogatório de alguns réus, dentre eles o recorrente, frise-se que isso ocorreu ainda na fase inquisitória.

Para embasar a possibilidade de interrogar os réus durante a fase das investigações preliminares o Juiz Federal utilizou o artigo 2º, § 3º da Lei n. 7.960/1989.

A denúncia foi oferecida, recebida e a instrução processual teve início, tudo sob a competência 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, cujo Juiz Titular é o Exmo. Sr. Lafredo Lisboa.

A Defesa, entendendo que esse Juízo era incompetente para processar e julgar o feito impetrou *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal pretendendo a declaração de nulidade de todo o processo, inclusive da fase inquisitória.

Depois de uma discussão acirrada, vários pedidos de vista e retificação do próprio voto por um dos Desembargadores Federais concluiu-se por conceder parcialmente a ordem para declarar a nulidade dos atos decisórios do procedimento, remetendo-o a nova distribuição para qualquer outra Vara Federal, exceto a 3ª.

Eis a ementa impugnada, fls. 1.203/1.204:

Penal. *Habeas corpus*. Cabimento. Magistrado. Parcialidade caracterizada. Redistribuição do feito. Atos processuais já realizados. Validade.

1. O *habeas corpus* é ação constitucional destinada a proteger o direito ambulatorio do cidadão, quando experimenta ameaça ou efetiva coação ilegal ou por abuso de poder.

2. O objeto do presente *writ* é, na verdade, a redistribuição do feito para outro magistrado, com a conseqüente anulação de todos os atos proferidos pela autoridade apontada como coatora, ante a parcialidade demonstrada pela realização de interrogatório na fase inquisitorial e de reuniões com a acusação, com a autoridade policial e até mesmo com a vítima.

3. No que se refere à seara das nulidades, verifica-se que as questões que exigem, para o seu deslinde, o cotejo de provas não têm como serem dirimidas em sede de *habeas corpus*.

4. Nos termos do art. 563 do CPP, as nulidades processuais sujeitam-se à demonstração do prejuízo, não podendo ser desconsiderado que também se submetem ao princípio da causalidade, onde a invalidade do ato causará a dos demais que lhes sejam subseqüentes, desde que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

5. Em obediência ao princípio da economia processual, os atos instrutórios praticados anteriormente à propositura da ação penal

podem ser aproveitados, restando, eventualmente, viciados tão-somente a prática de atos processuais de cunho decisório.

6. A circunstância peculiar verificada no presente caso – de ter o paciente exercido a defesa técnica de um dos acusados até o momento em que foram apreendidas evidências documentais e materiais indispensáveis ao deslinde dos fatos sob apuração –, hipótese em que o citado advogado passou a titularizar a situação jurídica processual de investigado e, ato sucessivo, de denunciado, tendo-lhe sido imputada a conduta descrita no art. 288 do CP, tornando-se, pois, investigado no mesmo processo e perante o mesmo magistrado, traduz parcialidade de natureza objetiva, ensejando o impedimento do magistrado em relação ao ora paciente, revelando-se prudente a redistribuição do feito.

7. Concessão parcial da ordem.

Daí o presente recurso ordinário em *habeas corpus*, em que a defesa questiona a decisão do Tribunal Regional Federal, argumentando que os interrogatórios realizados pelo Juízo monocrático ainda na fase inquisitória utilizaram como fundamento legal o artigo 2º, § 3º da Lei n. 7.960/1989, quando na verdade esse dispositivo legal não permite a atuação do Juiz como se fosse um inquisidor e que, sendo assim, a investigação preliminar teria sido realizada pelo magistrado ao alvedrio da lei, o que ensejaria a declaração de nulidade não só dos atos decisórios do Juiz, mas também dos atos de investigação feitos por ele durante a fase inquisitória.

A questão, a nosso ver, vai além do simples deslinde desse caso concreto, em verdade significa mais. Por conta de questões dessa natureza, algumas vezes mal resolvidas pela utilização de princípios como segurança jurídica e economia processual, dotados de conteúdo axiológico, é que se pode cometer o grave equívoco de sufragar garantias processuais importantes do indivíduo, em franco desrespeito ao sistema processual acusatório que norteia, no Estado Democrático de Direito, a aplicação do direito ao caso concreto.

O que difere o sistema acusatório do inquisitório, segundo Jacinto Coutinho é, justamente, a gestão da prova. No sistema acusatório, regido pelo princípio dispositivo, as partes detêm a gestão das provas; no sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, é o Juiz quem detém a gestão da prova. (Coutinho. O novo papel do juiz no processo penal, p. 25).

Permitir que o Juiz se imiscua nas funções do Órgão Acusatório ou da Polícia Judiciária é entregar-lhe de vez a gestão da prova, é retornar ao sistema inquisitivo, responsável por tantas atrocidades contra o homem acusado da prática de crimes. A principal característica desse sistema processual é a concentração de poder nas mãos do julgador, o qual detém a gestão da prova e faz do acusado mero objeto de investigação e não o considera sujeito de direitos.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988 o sistema inquisitório, típico de países totalitários, cedeu lugar ao Estado Democrático de Direito que preconiza por um processo de partes, com os atos processuais

sendo praticados sob a égide das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, estas sim, aptas a efetivar direitos fundamentais de liberdade, vida e dignidade do homem.

No presente caso, o Juízo monocrático tomou providências típicas da Polícia Judiciária ao proceder ao interrogatório dos acusados antes mesmo de haver ação penal. O Juízo não nega que tenha feito os interrogatórios, ao contrário, ele afirma que de fato realizou o ato, todavia, na seqüência, se justifica apontando a lei de prisão temporária como fundamento legal para o procedimento anômalo realizado.

Todavia, o artigo 2º, § 3º da Lei n. 7.960/1989 não estabelece em momento algum que o Juiz de Direito possa interrogar o acusado da forma como ocorreu no procedimento administrativo preliminar ora analisado. Dispõe referido dispositivo:

Art. 2º A prisão temporária será decretada, pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

§ 3º O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.

O que o Juiz pode fazer de ofício em relação ao preso é determinar que ele lhe seja apresentado e submetê-lo a exame de corpo de delito.

Em relação à autoridade policial é que o Juiz pode solicitar informações e esclarecimentos.

Não diz a lei que o Juiz poderá solicitar informações ao réu preso, que poderá interrogá-lo antes do oferecimento da denúncia, como se fosse a autoridade judicial a responsável pela colheita da prova na fase inquisitória.

Guilherme de Souza Nucci ao comentar o referido artigo, deixa claro que a finalidade da lei era a de proteção do indivíduo preso temporariamente, oportunidade em que o Juiz poderia solicitar a presença do preso para verificar se ele estava sendo respeitado em sua dignidade pessoal.

Diz o autor:

A providência prevista no § 3º tem por finalidade resguardar a integridade física do preso, autorizando que o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou do advogado do suspeito, possa determinar a apresentação da pessoa detida para que se verifique eventual situação de abuso (ex.: tortura), bem como pode o magistrado preferir encaminhar diretamente o preso para exame de corpo de delito e ainda *solicitar informes da autoridade policial*. Essa situação é anômala e somente se dará se houver suspeita de agressão

ao preso. (Nucci. Leis penais e processuais penais comentadas. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 1.013). (Grifamos).

O procedimento em que o Juiz de Direito, no curso das investigações preliminares, realizou o interrogatório do recorrente é, por tais considerações, ilegal, eis que não contemplado em qualquer norma do ordenamento jurídico, portanto, é eivado de vício que macula, não apenas os atos decisórios, mas também todo o processo, inclusive, por óbvio, os atos de colheita de provas por ele praticados ainda no curso da investigação preliminar.

Como é possível entender como válida a instrução processual realizada por Juiz que atuou, em momento pretérito, como verdadeiro agente da Polícia Judiciária no curso das investigações preliminares?

Não se pode, por economia processual, deixar de anular todos os atos praticados no curso da ação penal, eis que a autoridade judicial que a presidia já não ostentava a imparcialidade que a atividade jurisdicional requer.

Ainda que os crimes investigados sejam graves, que os membros da suposta quadrilha estejam organizados de tal forma a dificultar a elucidação correta dos fatos pelo Estado a garantia do indivíduo, de se ver julgado por órgão imparcial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não pode ser esquecida, sob pena de todos nós pagarmos o preço mais caro de retorno ao sistema inquisitório.

Por tais considerações, além dos atos decisórios, também a instrução processual dirigida pelo Juiz que realizou os interrogatórios na fase inquisitória, antes de haver ação penal, deverá ser declarada nula, assim como, os atos de investigação praticados pelo Juiz na fase administrativa deverão ser anulados e desconsiderados na propositura da nova ação penal.

Posto isso, dou provimento ao recurso para declarar a nulidade de todo o processo, não apenas dos atos decisórios, assim como, dos atos praticados pelo Juiz Federal durante a fase das investigações preliminares, determinando que os interrogatórios por ele realizados nesse período sejam desentranhados dos autos de forma que não influenciem a opinio delicti do órgão acusatório na propositura da nova denúncia.

É como voto.

VOTO-VISTA (EM MESA) VENCIDO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Sr. Presidente, pedi vista dos autos em mesa para exame e maturação do tema.

Peço vênia à eminente Ministra Relatora para manifestar um posicionamento distinto.

Minha conclusão decorre de alguns aspectos que gostaria de explicitar.

O primeiro deles é o fato de que, em função da Lei n. 7.960/1989, que estabelece o regime de prisão temporária e dá jurisdição antecipada ao magistrado, traz uma consequência que o próprio Superior Tribunal de Justiça reconhece: a prevenção do juiz.

Cito o *Habeas Corpus* n. 18.120-SC, do qual foi Relator o eminente Ministro Hamilton Carvalhido, cujo acórdão ressalta que a decisão, a qual decreta a prisão temporária, implica suporte fático da norma de competência por prevenção. Logo, ao meu sentir, há um relacionamento lógico entre alguma atribuição ou jurisdição que se possa conferir, na fase antecipatória da ação penal, ao juiz que, fatalmente e de forma lógica, será o juiz do feito.

O segundo o raciocínio que empresto é o fato de que estamos ainda em uma fase pré-processual, logo, inquisitorial e não acusatória. Diz-se-á: "Não caberia ao juiz a atuação neste momento"; digo: cabe no instante em que a lei estabelece alguns contornos para que haja a atuação de forma cautelar do magistrado, como tal é o instituto da prisão temporária.

Andei a fazer uma pesquisa específica sobre o elenco de possíveis competências nessa fase processual para o magistrado, aqui e em outros tribunais, e não encontrei; localizei, porém, algo similar que é a Lei n. 9.034/1995, que é uma das leis que trata de organização criminosa.

Sobre o tema, já há manifestação do próprio Superior Tribunal de Justiça, na Ação Penal n. 460-RO, da qual foi Relatora a Sra. Ministra Eliana Calmon, obviamente, estamos tratando de uma instrução em sede de Superior Tribunal de Justiça, em que se declara na ementa, que, nos termos da Lei n. 8.038/1990 e do Regimento Interno desta Casa, cabe ao Relator - obviamente - como juiz da instrução, ordenar diligências complementares. E acrescenta - e esse é o ponto que me parece fundamental - que "...da mesma forma como atua o Juiz de Primeiro Grau na fase pré-processual das investigações (precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça)."

Diz mais:

"A oitiva dos investigados na fase pré-processual, pelo Relator,"
- no caso do Tribunal - "não viola os princípios do devido processo legal e da imparcialidade. Ao contrário, permite que o relator forme seu convencimento para fins de recebimento de denúncia.

Ora, aplicando-se no universo do Primeiro Grau, quer me parecer que há uma harmonia de situações.

No Supremo Tribunal Federal, também, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.517, de Relatoria do Sr. Ministro Maurício Corrêa, diz mais que:

Aceitável, em princípio, o entendimento de que, se determinadas diligências, resguardadas pelo sigilo, podem ser efetuadas mediante prévia autorização judicial, inexistente impedimento constitucional legal para que o próprio juiz as empreenda pessoalmente com a dispensa do auxílio da Polícia Judiciária, encarregando o próprio magistrado do ato.

Sr. Presidente, Srs. Ministros, com essas singelas fundamentações, pedindo vênia à Sra. Ministra Jane Silva, voto no sentido de que não há quebra da imparcialidade do Julgador, ao instante em que determinou a realização de diligência em uma fase inquisitorial à qual a lei estabelece essa competência.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Senhor Presidente, acho que o Tribunal de Justiça agiu corretamente.

Peço vênia para negar provimento ao recurso em *habeas corpus*.