

O JUÍZO DE GARANTIAS. DEFINIÇÃO, REGRAMENTO, CONSEQUÊNCIAS*

THE “GUARANTEE POLICE COURT”. DEFINITION, RULES, CONSEQUENCES

*Paulo Victor Freire Ribeiro***

Resumo:

No sistema brasileiro – ao contrário da prática na grande maioria dos outros ordenamentos de ascendência romana – o *mesmo magistrado* é responsável tanto pelos atos de deferir as diligências da Autoridade Policial na fase de inquérito policial quanto de julgar o réu na fase de ação penal. Esta responsabilidade é determinada pelo instituto processual da prevenção. É indispensável, no Brasil, repensarmos a estrutura da jurisdição em matéria criminal. A prevenção determina que necessariamente o mesmo magistrado que conheceu do inquérito policial e nele praticou juízo de valor – pois a decisão é o distintivo da prevenção – deva ser o julgador da ação penal. Ora, toda tomada de decisão por parte de um juiz, ser humano naturalmente dotado de opiniões e preconceitos, envolve a prática de uma valoração. Assim é em algumas das mais importantes decisões do juiz no âmbito do inquérito policial, como decretação de prisões cautelares ou determinação de diligências de busca e apreensão. A separação de funções entre o juiz da instrução – aquele responsável por zelar pelas garantias dos investigados na fase pré-processual – e do juiz do processo é fundamental para alcançarmos de forma plena a imparcialidade jurídica que forma a base de sustentação da legitimação do poder de punir estatal. Este juiz da instrução, o juízo de garantias, conquanto desconhecido no ordenamento brasileiro já é encarado como evolução natural do sistema processual garantista. Tanto que sua presença no sistema penal brasileiro foi contemplada no recém divulgado Projeto de Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Processo Penal. Juízo de garantias. Imparcialidade. Investigação preliminar. Inquérito policial.

Abstract:

In Brazilian legal system unlike the majority of others Roman-based ones the *same judge* is responsible either to allow investigative police diligences and to do court ruling on criminal cases. This responsibility is given by the procedural institute of “prevention” which in Brazilian law means the obligation of the judge who works previously in a case to finish it until the court ruling. The Author thinks that a change in this system is urging. “Prevention” institute determines that the same judge that works in the non-judicial preliminary investigation must work in the subsequent criminal case. Every decision made by a judge, ordinary human being as all of us, naturally full of opinions and prejudices, is a valor attribution. The judge takes decisions every time in non-judicial preliminary investigations, determining provisory arrests and search warrants, for example. To separate preliminary judge and definitive court is to defend impartiality, as court judges cannot decide based

* Este artigo é uma adaptação da tese de láurea apresentada pelo Autor para conclusão do curso de Graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e contou com a precisa e inestimável orientação do Prof. Dr. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, a quem o Autor dedica os mais sinceros agradecimentos.

** Mestrando em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

in preliminary material, only in proofs produced by contradictory on the definitive stage. This paper analyses the “Guarantee Police Court”, which is applied in most of Roman-based European legal systems and generates a new discussion in Brazil, as the brand-new Criminal Procedure Act approval by Brazilian Congress is each day closer.

Keywords: Criminal procedure. “Guarantee Police Court”. Impartiality. Preliminary investigation. Criminal case.

1. Introdução

“(...) se deve limitar o poder estatal da maneira mais enérgica, ali onde mais claramente se manifesta, quer dizer, no direito penal, que deve ser configurado a partir do ponto de vista dos direitos individuais, como sua forma mais enérgica e contundente de proteção”¹

As penas previstas à violação dos bens jurídicos envolvem restrições a direitos fundamentais do criminoso: sua liberdade, seu patrimônio, além da imagem perante a sociedade, inegavelmente manchada pela condenação penal. Cabe apenas ao Estado, detentor único do direito de força no Estado de Direito, aplicar tais sanções a quem a elas fizer jus.

Porém, a severidade das punições, a invasão, pelo poder público, da esfera individual de direitos do imputado (durante e após o processo) não pode se dar sob qualquer pretexto, ou levemente.

A legitimação do *ius puniendi* no Estado Democrático de Direito só é possível através de ato público perpetrado por autoridade competente para tal e observando-se todas as garantias do indivíduo. A este procedimento chama-se devido processo legal, direito de todos e de cada pessoa nos Estados de Direito.

Aury Lopes Jr., estudando Pedro Aragonese Alonso, nos traz importante lição:

A titularidade exclusiva por parte do Estado do poder de punir (...) surge no momento em que é suprimida a vingança privada e são implantados os critérios de justiça. O Estado, como ente jurídico e político, avoca para si o direito (e o dever) de proteger a comunidade e também o próprio réu, como meio de cumprir sua função de procurar o bem comum, que se veria afetado pela transgressão da ordem jurídico-penal, por causa de uma conduta delitiva.²

¹ HASSEMER, Winfred. *Persona, mundo y responsabilidad*. Valencia: Tiran lo Blanch, 1999. p. 25 *apud* TAVAREZ, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 163.

² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 21.

O citado autor deseja nos mostrar onde reside o complexo poder-dever do Estado ao cumprir sua função jurisdicional criminal. Essencialmente, ao retirar do indivíduo o direito de punir aquele que transgredir as regras sociais, escritas ou consuetudinárias, protetoras dos bens jurídicos mais valiosos em sua cultura, o Estado traz para si a responsabilidade de proteger aqueles bens jurídicos indicados pela sociedade como os mais valorizados, aqueles que devem receber proteção especial, além das vias tradicionais da responsabilidade civil.

A jurisdição criminal é um tipo peculiar de processo, em que, nas palavras de Rogério Lauria Tucci, “confrontado o *ius puniendi* do Estado com o *ius libertatis* do indivíduo, tenha lugar, ao seu termo, o julgamento, especialmente o impositivo de apenação quando o acusado for considerado culpado.”³

Isso se dá, na ponderação do mesmo autor, porque o caráter da ação punitiva do Estado é *indireta*, já que a sanção penal não é autoaplicável e requer, para legitimar-se, ser resultado de um pronunciamento judicial decorrido de procedimento timbrado pelo devido processo legal.⁴

Somente o Poder Judiciário é competente para aplicar a pena conforme a prescrição da lei.⁵ Assim, o devido processo legal é o único meio de viabilizar-se a sanção pela ação definida como crime pelo legislador.

O devido processo legal deve ser entendido como conjunto de elementos indispensáveis para que o processo possa atingir sua finalidade solucionadora de conflitos de interesses destacados pelo legislador como de altíssima relevância social (aquelas tutelas de bens jurídicos a que o legislador houve por bem atribuir proteção penal).⁶

Tucci cita Iñaki Esparza Leibar para apontar aquelas garantias que, unidas, delimitariam a ocorrência do devido processo legal: **equidade, imparcialidade, independência, igualdade, publicidade, racionalidade, certeza e universalidade** (além de quaisquer outras que a Constituição orientadora daquele processo venha a garantir).⁷

É necessário, então, trazermos esta ordem de garantias ao âmbito do processo penal, de modo que tais disposições operem especificamente na defesa dos direitos

³ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 28.

⁴ _____. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal* (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 166.

⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 522.

⁶ TUCCI. *Direitos e garantias...* p. 60. Convém lembrar as definições do autor para as expressões *direitos individuais* e *garantias*, sendo aqueles direitos inerentes ao homem por sua condição de ser racional e social, e estas instrumentos operacionais de realização dos direitos individuais (Id. *Ibid.* p. 48-50).

⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 60.

daqueles que sofrem persecução penal e da sociedade, que exige sanção pela maculação de seus bens jurídicos penalmente tutelados. Fala-se, assim, em devido processo penal.⁸

Uma vez mais se cola Tucci, que determina que o processo, para ser considerado *devido* na jurisdição criminal, deve insculpir-se das seguintes garantias: da atuação do órgão jurisdicional, independente e imparcial, previamente declarado competente pela lei; da estatuição pela lei de procedimento de investigação, instrução e julgamento de fatos dados como penalmente relevantes; do proferimento do julgamento em prazo razoável, pública e motivadamente; da correlação entre a acusação e a sentença de mérito; da possibilidade de reexame de elementos desfavoráveis ao réu versados nos atos decisórios; da propiciação da ampla defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes, tanto material como tecnicamente; e do não reconhecimento da culpabilidade do indiciado, ou acusado, senão quando transitada em julgado a sentença condenatória.⁹

Para Badaró, no Direito brasileiro um processo penal é *devido processo penal* desde que

se desenvolva perante o juiz natural, em contraditório, assegurada a ampla defesa, com atos públicos e decisões motivadas, em que ao acusado seja assegurada a presunção de inocência, devendo o processo se desenvolver em um prazo razoável.

Fora disto não haverá devido processo legal no âmbito criminal.¹⁰

O devido processo não comporta a violação de nenhuma destas garantias sequer, pois são todas elas de ordem pública, mesmo quando aparentemente visem unicamente à proteção do interesse da parte.¹¹ É interesse de toda a sociedade que a persecução penal desenvolva-se como um devido processo legal, pois somente assim evitar-se-á que indivíduos que não praticaram fato típico, antijurídico e culpável sejam apenados, e que aqueles que praticaram delito não sofram qualquer tipo de sanção.

Assim, a previsão constitucional das garantias integrantes do processo torna a segurança do procedimento muito mais efetiva. A melhor doutrina traz importante lição:

o ato processual, praticado em infringência à norma ou ao princípio constitucional de garantia, poderá ser juridicamente inexistente ou absolutamente nulo; não há

⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 44.

⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias...* cit., p. 62.

¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*: tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 36.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 23.

espaço, nesse campo, para atos irregulares sem sanção, nem para nulidades relativas.¹²

Vige entre nós a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada pelo Estado brasileiro como parte do Pacto de San José da Costa Rica, e compreende o sistema de proteção aos direitos humanos dos países integrantes da Organização dos Estados Americanos.

Muito embora a aprovação do texto pelos países da OEA date de 1969 (período de maior rigidez do regime militar brasileiro oriundo do 31 de março de 1964), o Brasil somente ratificou seus termos e aderiu à Convenção no ano de 1992, tendo integrado o texto internacional ao direito interno pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro daquele ano, promulgando toda a Convenção sem reservas.¹³

Quando da promulgação da Convenção, em 1992, encontrava-se assim redigido o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Foi este dispositivo que permitiu a integração a nível *constitucional* da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Discussões doutrinárias tiveram origem com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, que, entre outros dispositivos, acrescentou ao art. 5º um terceiro parágrafo assim redigido:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Decorreu daí uma divergência de pensamento da doutrina que, de um lado, entendeu que o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004 trouxe determinação nova acerca da integração de disposições internacionais a nível constitucional, e que, portanto, apenas os textos integrados a partir daquele momento, seguindo o rito específico de timbramento constitucional (e, é claro, versando sobre direitos humanos) é que seriam integrados a nível maior. Dividem-se os adeptos deste entendimento entre a visão de que os tratados e convenções anteriores seriam meramente infraconstitucionais a nível de lei

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 23.

¹³ Id. *Ibid.*, p. 69-70.

ordinária¹⁴ e há aqueles que creem “encaixar” as disposições internacionais integradas antes de 08 de dezembro de 2004 em um nível supralegal mas infraconstitucional, criando uma terceira camada hierárquica¹⁵ no sistema legal nacional.

Parece-nos, porém, mais correto o entendimento esposado por Flávia Piovesan,¹⁶ que não têm dúvidas do caráter constitucional da norma internacional de direitos humanos integrada ao ordenamento interno ainda que antes do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004.¹⁷ O próprio parágrafo 2º do artigo 5º, já existente desde a promulgação da Carta em 1988, confere aos tratados e convenções de direitos humanos o *status* constitucional, ao menos materialmente. Por certo que a novel determinação de quórum qualificado trazido pelo parágrafo 3º do art. 5º de sua promulgação por diante, visa dar à norma internacional um caráter *formal* de inclusão no nível supremo do ordenamento pátrio, mas não se pode descartar o valor *materialmente* constitucional de diplomas integrados antes de dezembro de 2004.¹⁸

Portanto, todos os direitos e garantias individuais previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos têm valor constitucional perante o ordenamento brasileiro.

2 Juiz natural e imparcialidade como fundamentos constitucionais do processo penal

2.1. O juiz natural

A discussão acerca da forma de incorporação de tratados ao ordenamento jurídico brasileiro foi apresentada porque interessa ao escopo deste trabalho a variedade de garantias humanas (incluindo processuais penais) trazida pelos acordos internacionais tais como Convenção Americana de Direitos Humanos. Em diversos momentos a Convenção complementa e amplia as garantias explicitamente defendidas na Constituição brasileira

¹⁴ Cujo defensor mais proeminente é REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

¹⁵ Tese defendida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes no voto-vista oferecido ao RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ n. 58 de 02.04.2008, e a cuja direção inclina-se (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008), embora em edições anteriores a obra defendesse a equiparação das normas internacionais com a legislação ordinária interna.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*: IBCCrim, São Paulo, n. 153, agosto 2005. p. 8-9.

¹⁷ Que tem entre seus defensores (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. cit.) e (GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito penal: comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 4) tese cuja acolhida no Supremo Tribunal Federal engatinha a partir do voto-vista do Ministro Celso de Mello prestado ao HC 87.585, DJ n. 24 de 02.02.2006.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Tratados...* cit. além de BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JR., Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

(caso da garantia do julgamento imparcial) e em outros até mesmo inova, dando redação a garantias não escritas, mas implícitas – pois decorrentes do devido processo legal – na leitura da Carta brasileira (caso do direito ao julgamento no prazo razoável).

Colar-se-á aqui, pois da maior importância, o disposto no Artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 8º Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza cível, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Ora, de primeira leitura percebe-se que neste curto parágrafo inscrevem-se garantias individuais das mais relevantes no processo penal dos Estados-Membros da Convenção. Dentre elas, encontramos a garantia do direito ao juiz natural (“juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei”).

A redação constitucional brasileira para tal princípio é:

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:

XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

A fundamental garantia trazida pela garantia do juiz natural é a de assegurar-se a imparcialidade do julgador.¹⁹

Rogério Lauria Tucci vê desdobrar-se a garantia do juiz natural em garantia *dupla*, conferindo ao imputado a “certeza da inadmissibilidade de processamento da causa e julgamento por juiz ou tribunal distinto daquele tido como competente à época da prática da infração penal” e à jurisdição penal a

segurança de que os regramentos da unidade e do monopólio da administração da justiça, assim como o determinante da independência de seus agentes, não serão ameaçados

¹⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 123.

pela constituição de tribunais ou de órgãos excepcionais e submissos a outro poder do Estado.²⁰

Antonio Scarance Fernandes, em consoância com Tucci, entende que a tradição brasileira vê a garantia do juiz natural no processo penal como proibição de tribunais extraordinários e de transferência de uma causa para outro tribunal. Além, o autor entende que, lida amplamente, a garantia do juiz natural é *tríplice*:

- 1.^a) só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição;
- 2.^a) ninguém pode ser julgado por órgão instituído após o fato;
- 3.^a) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.²¹

Assim, a doutrina brasileira tende a elevar a garantia do juiz natural, mais que simples garantia, mas a “*verdadeiro* pressuposto de existência do processo”²²

O juiz natural é aquele *competente* para processar e julgar a ação penal. Esta *competência* tem de vir a partir de uma ordem taxativamente prevista na normativa constitucional e tem de ter sido determinada antes da ocorrência do fato objeto de processo.²³

Pois bem. Nossa história jurídica, em seus períodos de brilho e liberdade, buscou sempre assegurar a todos o direito a seu juiz natural. Tal garantia remonta à Inglaterra medieval e veio sendo implementada à medida que os regimes europeus (e, a partir da Idade Moderna, ocidentais em geral)²⁴ tornavam-se mais democráticos e liberais.

Em terras brasileiras o direito constitucional da pátria independente sempre assegurou a todos o direito de não ser julgado por tribunal instituído após o fato, a necessidade de anterioridade da determinação da competência e a proibição de privilégios

²⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos...* cit., p. 98.

²¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo...* cit., p. 124.

²² GRINOVER; Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades...* cit., p. 39.

²³ Deixe-se a ressalva de que a Constituição pode deliberar sobre especializações da justiça de acordo com fatores pessoais e não discriminatórios. As justiças especializadas e as prerrogativas de foro por função pública, por terem sua *competência* determinada pela própria ordem constitucional de modo *anterior* ao fato que processam e julgam, não ofendem a garantia do juiz natural, aliás confirmam-na, pois a mesma garantia tríplice de que fala Antonio Scarance Fernandes lhes é absolutamente assegurada e seu descumprimento acarreta as mesmas consequências jurídicas que semelhante fato em relação à justiça não diferenciada (nulidade dos atos processuais praticados por juiz não competente).

²⁴ De acordo com GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 2; a garantia originou-se no art. 20 da inglesa Carta Magna de 1215, ao delimitar a competência territorial dos julgadores, e a partir da Petition of Rights de 1627 e da Bill of Rights de 1688 impede o julgamento *ex post facto* – proíbe os tribunais de exceção. Os Estados Unidos da América incluíram a garantia da competência territorial na Declaração de Virgínia de 1776, e diversos de seus Estados adotaram-na em suas constituições. Tal regra foi consolidada no direito estadunidense através da VI Emenda, de 1791, à sua Constituição de 1787. Assim também com França, Itália, Bélgica, Espanha, Portugal, que gradualmente asseguraram o juiz natural em diferentes graus.

ligados à pessoa. Lastimosa e terrível exceção é feita à carta que regia o período mais repressivo e ditatorial da história política brasileira, o Estado Novo de Getúlio Vargas, cuja Constituição outorgada de 1937 olvidou as garantias do juiz natural e permitiu que um ilegítimo Tribunal de Segurança Nacional violasse direitos de quem quer que se colocassem contra o regime.

Já vimos que o juiz natural vem para garantir a imparcialidade na administração da justiça pelo Estado, detentor do monopólio deste exercício. Vejamos, então, qual o papel que a imparcialidade ocupa na prestação jurisdicional através do meio conhecido como devido processo legal.

2.2. A imparcialidade como atributo fundamental do exercício jurisdicional do Estado

Em dado momento, optou o Estado por retirar dos cidadãos a interpretação e aplicação do legal, da norma posta ou consuetudinária, e centralizar o monopólio da distribuição de justiça. Este movimento, de cessão de liberdade do indivíduo para o Estado, de proibição à discricionariedade do talião, só tornou-se plenamente legítimo com o advento do processo jurisdicional, isto é, do procedimento de distribuição de justiça mediante a intervenção, entre e acima das partes, de terceiro imparcial e desinteressado capaz de ler a lei, sendo sua interpretação a própria manifestação do poder estatal dizendo como aquela norma deve ser entendida e aplicada.

Ora, o terceiro imparcial e desinteressado, razão de ser deste procedimento chamado processo jurisdicional, não pode comprometer-se com a causa de nenhuma das partes. Sempre foi este o objetivo de sua existência: dar ao caso concreto a aplicação da norma cabível conforme entendida pelo Estado, e a norma, seja escrita ou costumeira, não foi trazida à luz para satisfazer as pretensões desta ou daquela parte, mas para normatizar abstratamente cada conflito daquele tipo que surgir.

Há instrumentos para combater o eventual interesse do terceiro no processo. Modernamente, no direito processual penal brasileiro há os institutos da suspeição e dos impedimentos diversos, além das garantias dadas à magistratura para que exerça seu ofício sem sofrer pressões indevidas, garantias estas constituídas nos direitos à vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

Mas e quanto à imparcialidade? Aury Lopes Jr. resume:

A imparcialidade do órgão jurisdicional é um 'princípio supremo do processo' e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparto judicial justo. Sobre a base da imparcialidade está estruturado o processo como tipo heterônomo de reparto. Segundo WERNER GOLDSCHMIDT, o termo *partial* expressa a condição de parte na relação jurídica processual e, por isso, a imparcialidade do julgador constitui uma consequência

lógica da adoção da heterocomposição, por meio da qual um terceiro imparcial substitui a autonomia das partes.

Já a parcialidade significa um estado subjetivo, emocional, um **estado anímico do julgador**. A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supra-ordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de *terzietà*, um estar alheio aos interesses das partes na causa, ou, na síntese de JACINTO COUTINHO, não significa que ele está acima das partes, mas que está para além do interesse delas.²⁵

Não poderia ter dito melhor. O conceito de jurisdição é exatamente o da intervenção de terceiro imparcial dotado de poder de decisão conferido pelo Estado. Não há jurisdição sem juiz imparcial como não pode haver chuva sem água, fogo sem combustível.

Não pensam diferente Grinover, Cintra e Dinamarco quando dizem que o caráter de imparcialidade, por ser a primeira condição para a instauração válida da relação processual, é inseparável do órgão de jurisdição.²⁶ Antonio Scarance Fernandes entende que, dada a natureza de contraposição dialética entre acusação e defesa do processo, aí se insere a imparcialidade do juiz, já que sem ela não há contraditório.²⁷

Marcato ressalta a importância da imparcialidade para o processo e todos os seus sujeitos.

O julgador moderno deve dedicar permanente atenção aos rumos do processo, direcionando-o para um desfecho válido e seguro, para tanto exercitando em sua plenitude os poderes que lhe são conferidos por lei. Exige-se dele, no desempenho de seu elevado mister, não apenas uma bagagem jurídica que o habilite a bem decidir, mas, principalmente, um apego inquebrantável à sua própria imparcialidade, garantia sua e de seus jurisdicionados, repugnando ao sistema jurídico apenas a figura do juiz parcial (...) ²⁸

De difícil verificação é a parcialidade do julgador, que é disposição de foro íntimo. Para dar transparência à decisão judicial e tornar sua fundamentação verificável, impõe a Constituição Federal a todos os julgados o dever da motivação. A motivação deve

²⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 122.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral...* p. 58.

²⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal...* p. 122. Há que se lembrar que, na página seguinte, o autor também manifesta seu entendimento do caráter essencial da imparcialidade como pressuposto da atividade jurisdicional.

²⁸ MARCATO, Antonio Carlos. *A imparcialidade do juiz e a validade do processo*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3021&p=1>>. Acesso em: 22 out. 2010.

compreender todas as decisões relevantes do processo, definitivas ou não, incluindo aí a decisão de recebimento da denúncia. Deve ser clara, coerente e completa. Não se aceita a motivação implícita.²⁹ Deve necessariamente abranger:

(1) o enunciado das escolhas do juiz com relação: (1.1) à individualização das normas aplicáveis; (1.2) à análise dos fatos; (1.3) à qualificação jurídica dos fatos; (1.4) às consequências jurídicas desta qualificação; (2) os nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados.³⁰

O dever de motivação apresenta dupla finalidade: a um, garantir às partes o conhecimento das razões internas do processo que levaram o juiz a proferir a decisão; a dois, a motivação possibilita do controle social da atividade jurisdicional.³¹

Este é o instrumento previsto no ordenamento constitucional que permite verificar a imparcialidade do julgador no momento da produção da decisão. Sua exceção é o Tribunal do Júri, cujo juízo é dispensado do dever de motivação, dado seu caráter leigo.

2.3. Paridade de armas e imparcialidade

Se o processo é, como já abordado, forma de composição de conflitos baseada na contraposição dialética das teses das partes, não é necessário muito esforço para entender-se que deve haver um patamar de equilíbrio para que esta dialética se dê de forma efetiva e não seja apenas uma contraposição ficta ou uma encenação de discussão de ideias.

Diz-se que há paridade de armas, isto é, oferta de iguais condições à acusação e à defesa, quando autor e réu têm os mesmos direitos, mesmos ônus e mesmos deveres dentro do processo.³²

Dado que tal garantia remonta ao cerne da definição e da essência do procedimento chamado processo judicial, não observá-la é permitir que a ideia de justiça, fim último da atuação jurisdicional, seja posta em estrato inalcançável. Uma parte não pode ter de forma alguma inferiores condições de atuação em relação à outra, pois aí se está encaminhando o processo para fim certo que independará da livre apreciação das teses pelo magistrado.

A imparcialidade no processo penal tem (além ainda da questão, já discutida da parcial cognição por parte do juízo) o condão maior de fazer zelar pela igualdade

²⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal*. cit., p. 127-31.

³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. 1, p. 20.

³¹ Id. *Ibid.*, p. 18.

³² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 48.

entre as partes. Deve o juízo, inclusive, buscar a igualdade no desequilíbrio através do tratamento desigual dos desiguais.³³

Portanto, não se pode cogitar um processo penal em que o julgador atue de maneira parcial. A busca da justiça através do pronunciamento do Estado dizendo a lei no caso concreto restará infrutífera se o representante do Estado tiver turvada, pelo pré-posicionamento, sua cognição das teses apresentadas por defesa e acusação ou se, por não ser imparcial, furtar-se de cumprir seu papel de garantidor de iguais condições de atuação das partes e de mantenedor e restaurador deste delicado equilíbrio.

Deve-se destacar a todo custo a importância do respeito aos direitos fundamentais do investigado. É necessário lembrar que o sujeito passivo da relação processual penal é sempre hipossuficiente em relação ao Estado, dotado de toda uma estrutura voltada para a imputação penal, sendo o símbolo deste poder a instituição do Ministério Público, com seus integrantes membros de uma elite jurídica formada mediante rigorosos processos de seleção.

Lembramos a lição de Juarez Távarez:

(...) a intervenção [estatal], ainda que não possa se autolegitimar, só pode ser admitida se fundamentalmente necessária para garantir o pleno exercício da liberdade individual, (...) quando não haja meio de garanti-la mediante uma intervenção mais branda. (...) Com esta postura, restauram-se os princípios básicos do direito penal, decorrentes do primitivo veio do contrato social (...).³⁴

Portanto, o respeito às garantias individuais preconizadas na Constituição Federal constitui o único instrumento hábil de legitimação da intervenção do Estado na vida do indivíduo. Não podem ser olvidadas as garantias processuais oferecidas pela ordem constitucional ao investigado, acusado e réu, pois da obediência às regras do jogo resulta a sanção penal legítima e legitimada.

3. Relação entre o sistema de investigação preliminar brasileiro e a ação penal

3.1. Inquérito policial no Direito brasileiro

A principal forma de investigação preliminar no direito pátrio é o inquérito policial. Outro tipo de investigação preliminar é o inquérito penal militar. Além destas, outras modalidades procedimentais podem levar subsídios ao titular da ação penal de

³³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. cit., p. 14.; além de FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal*. cit., p. 48. e, com maior profundidade, TUCCI, Rogério Cruz e. *Direitos...* cit., p. 118-143.

³⁴ TAVAREZ, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 162-3.

modo a embasar seu juízo acusatório, embora tenham outras finalidades originais. São elas as comissões parlamentares de inquérito, procedimentos disciplinares ou quaisquer outras fontes aptas a fornecer os necessários indícios de autoria e materialidade do delito.

O inquérito policial é procedimento administrativo de titularidade da Polícia Judiciária (Polícia Federal, nos casos em que o delito investigado seja de competência da Justiça Federal; residualmente, Polícia Civil dos Estados e do Distrito Federal) cuja finalidade é apurar a ocorrência de infração penal e seu autor, de modo que o titular da ação penal possa apresentar ao juízo sua peça acusatória (e, se for o caso, requerer medidas cautelares).³⁵

O inquérito policial brasileiro é disciplinado pela normativa do Código de Processo Penal de 1941. Esta legislação veio à luz no período ditatorial do Estado Novo, cujo legislador operava no campo processual penal sob inspiração do ordenamento jurídico desenvolvido pelo regime fascista italiano.³⁶ Sua natureza jurídica, por razões históricas, é a de um procedimento administrativo *inquisitório*,³⁷ isto é, um procedimento administrativo escrito, secreto³⁸ e ao qual é conferida pouca ou nenhuma participação da defesa em sua realização.

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. cit., p. 42. Há doutrina que se manifesta pelo entendimento do inquérito policial como procedimento *judicial*, dada a participação do Poder Judiciário em determinados momentos como na determinação de medidas cautelares durante a investigação preliminar. Aury Lopes Jr. distingue com precisão que a participação do Judiciário na investigação preliminar é “*contingente e limitada. Como regra geral, o inquérito policial pode ser instaurado, realizado e concluído sem a intervenção do juiz (ou do promotor).*” Assim, dado que o órgão titular do inquérito policial (a Polícia Judiciária) não está vinculado constitucionalmente ao Poder Judiciário, mas ao Executivo, o procedimento presidido por esta autoridade é administrativo e não judicial. (LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 42.)

³⁶ “*As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus (...) um tão extenso catálogo de de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. (...) Este é o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de código.*” Da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal brasileiro.

³⁷ Predomina este entendimento na doutrina pátria, em maior ou menor grau. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. cit., p. 46.

³⁸ Sigiloso por determinação legal (arts 20 e 792, §2º, do Código de Processo Penal), mas este sigilo deve ser lido à luz da ordem constitucional de 1988, que garante a ampla defesa e o contraditório “aos acusados em geral” (art. 5º, inc. LV da Constituição Federal). O Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94), em seu art. 7º, inc. XIV, confere ao advogado o direito de “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças ou tomar apontamentos”. O conflito de princípios jurídicos aqui exposto (sigilo pela eficácia da investigação *versus* direito de defesa do imputado) levou o Supremo Tribunal Federal a pronunciar-se, após sucessivos julgamentos, através da Súmula Vinculante n. 14, que confere ao defensor o direito ao acesso amplo dos elementos de prova já produzidos em inquérito policial. Assim, a melhor leitura destes dispositivos é a de que o inquérito policial não está sujeito à publicidade mais ampla que incide sobre os processos judiciais (com as exceções que lhe são conhecidas), mas não se pode opor o sigilo característico deste procedimento administrativo ao defensor do imputado quando atuar no interesse de seu representado.

Entretanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, urgiu repensar a aplicação de diversos dispositivos do Código de Processo Penal frente à nova ordem de garantias e direitos fundamentais que se promulgou no País. Disposições como a contida no art. 594 anterior à Reforma de 2008 – que determinava o recolhimento do acusado à prisão como requisito de admissibilidade do recurso de apelação – foram consideradas não recebidas pela ordem constitucional vigente. Outros dispositivos tiveram suas leituras alteradas em razão das garantias magnas (caso da questão do sigilo do inquérito³⁹).

Há que se fazer, portanto, uma leitura constitucional do inquérito policial no Brasil. Enquanto tarda um novo diploma processual penal (não obstante os esforços do legislador, que conta com a sapiência de renomados juristas em auxílio à meta de se desenvolver um novo Código de Processo Penal brasileiro⁴⁰), o Código de 1941 deve sofrer uma verdadeira revisão por parte dos operadores do direito com vistas a aplicação de suas disposições em consonância com a realidade democrática e o Estado de Direito em que vivemos.

O inquérito policial é, como já dissemos, procedimento administrativo de responsabilidade da Polícia Judiciária. É a autoridade policial a responsável pelo empreendimento das diligências necessárias e suficientes à obtenção de elementos de informação que bastem à acusação para, tendo indícios suficientes de autoria e materialidade do delito, iniciem ação penal.

Embora nestas palavras possa ocorrer a ideia de que a Polícia Judiciária trabalha unicamente em busca de elementos de informação que beneficiem a acusação (e não se importe em verificar eventuais materiais informativos que favoreçam a defesa), lembramos que o inquérito policial é procedimento inquisitório, em que a ampla defesa e o contraditório são relativizados na leitura que se faz do Código de Processo Penal atualmente. De qualquer forma, sequer incumbe à autoridade policial promover o arquivamento do inquérito se assim entender pertinente, devendo esta decisão ser tomada pela autoridade judiciária competente (arts. 17 e 18 do Código de Processo Penal).

Conforme o entendimento já exposto,⁴¹ o inquérito é procedimento administrativo cuja cadeia de atos é prevista em parte pela legislação (art. 6º do Código de

³⁹ Nota 56 supra.

⁴⁰ No ano de 2009 frutificaram os trabalhos da Comissão de Juristas designada pelo Senado Federal com o escopo de produzir reforma da lei processual penal no País. A Comissão, presidida pelo eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Hamilton Carvalhido, e que conta em seus quadros com nomes da altura de Antonio Magalhães Gomes Filho e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado n. 156/2009, Anteprojeto de Código de Processo Penal, que está em tramitação no legislativo federal e pode vir à promulgação ainda ano que vem. Trata-se de projeto de legislação relativamente garantista e ousada em alguns momentos, embora saibamos que sofrerá muitas modificações em sua tramitação, sujeito que está, como todo projeto de lei, às emendas parlamentares. Abordaremos mais detidamente o tema no item 4.6 deste trabalho.

⁴¹ Nota 47 supra.

Processo Penal prevê uma lista de diligências que a autoridade policial deve empreender logo após a *notitia criminis*) e cuja aparente discricionariedade resultante da não previsão na legislação de cadeia rigorosamente prevista de atos é completamente vedada pela leitura garantista. Não se admitem diligências que não sejam diretamente direcionadas, de acordo com a lógica interna do caso concreto, ao recolhimento de indícios de autoria e materialidade do delito. Os resultados destas diligências, favoráveis a quem sejam, devem ser aproveitados pelo titular da ação penal para realizar sua decisão jurídica de oferecimento ou não de peça acusatória, e caso ofereça em que termos o fará.

Inicia-se o inquérito policial com a *notitia criminis* levada à autoridade policial, que pode instaurar o procedimento de ofício ou mediante requisição do Ministério Público⁴² (caso em que não pode prescindir de instaurar o inquérito). Em casos de crimes de ação penal privada, inicia-se o inquérito policial sob requisição do ofendido.

A autoridade policial deve, então, empreender as necessárias diligências para o esclarecimento do fato e sua autoria. Está adstrita ao escopo da investigação preliminar – a formação da justa causa para a ação penal, traduzida como a obtenção de indícios de autoria e materialidade do delito e ao prazo de conclusão do inquérito. O Código de Processo Penal e diversas legislações extravagantes determinam prazos limite para conclusão do inquérito com sujeito passivo preso ou solto. Não há, porém, sanção processual para diligências efetuadas após estes prazos, o que resulta em seu sistemático descumprimento na realidade brasileira.⁴³ Aqui, uma vez mais, entendemos que cabe a análise lógico-jurídica da lógica interna do caso concreto para a avaliação da cadeia de atos da autoridade policial que atendam à finalidade do procedimento, e portanto sejam válidas perante a Constituição e a legislação.

Pode a autoridade policial, quando julgar pertinente, proceder ao indiciamento do investigado. Tal ato jurídico tem o escopo de apontar determinado sujeito passivo como o provável autor do delito. Além da óbvia estigmatização, através do indiciamento a autoridade policial procede à colheita de dados do investigado e eventualmente à produção de identificação criminal.⁴⁴ Vê Aury Lopes Jr. o indiciamento como a imposição ao sujeito passivo de uma situação jurídica de maior submissão aos atos de investigação perpetrados pela autoridade policial, estando sujeito a medidas cautelares, assecuratórias de bens e a ser compelido a comparecer sempre que chamado.⁴⁵

⁴² O art. 5º, §2º do Código de Processo Penal prevê também a possibilidade de requisição de instauração do inquérito policial pela autoridade judiciária. Adiante abordaremos a completa inconstitucionalidade deste dispositivo.

⁴³ LOPES JR., Aury *Direito processual penal e sua conformidade...* cit., p. 251-253.

⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. cit., p. 56-57

⁴⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade...* cit., p. 299.

Entendemos que o indiciamento, enquanto ato jurídico perpetrado pela autoridade policial mediante convergência de elementos de informação que permitem-na supor com razoável nível de certeza que o sujeito passivo é o autor do delito, altera a lógica interna da investigação. Assim, não pode a autoridade policial indiciar um sujeito passivo e prosseguir com investigações genéricas e voltadas a outros sujeitos, dado que o indiciado é aquele para a qual apontam os elementos de prova colhidos até então. O ato de indiciamento possui, para além dos efeitos jurídicos, a marca social estigmatizante de responsabilidade no cometimento de um delito, e só deve ser praticado pela autoridade policial quando houver fundada convergência de indícios. Isto leva a entender que a investigação deverá realizar-se dali para a frente em torno da linha investigatória que determinou o envolvimento do acusado. Qualquer entendimento diferente deve ser levado em conta quando do indiciamento, e se superveniente, deve fazer com que a autoridade policial levante o indiciamento sobre o suspeito até que elucide quais das linhas investigativas têm mais embasamento probatório.

Quando entender necessário, pode o titular da ação penal requisitar à autoridade policial a realização de diligências. Quando do fim do prazo legal, pode a autoridade policial (caso o acusado esteja solto) solicitar prorrogação do prazo quando se tratar de fato de difícil elucidação. O juízo decidirá sobre a prorrogação do prazo, embora haja doutrina que entenda ser esta uma atribuição do Ministério Público, que é o real destinatário do inquérito policial.⁴⁶

Entendendo a autoridade policial que existem razões para a decretação de medidas cautelares quaisquer (que sempre dependerão da atuação jurisdicional}, deve representar ao juiz competente para que o magistrado decrete ou não a medida.

Encerradas as diligências, independentemente em absoluto do resultado, deve a autoridade policial produzir relatório. Esta peça é o último ato integrante da lógica jurídica do procedimento de instrução⁴⁷ O relatório, segundo Badaró, “deve ser um historiado, em que a autoridade policial relatará, de forma minuciosa, tudo o que tiver sido apurado”⁴⁸ Completa o autor:

No relatório, não deverá haver juízo de valor sobre a culpabilidade e a antijuridicidade, mas apenas uma descrição objetiva dos fatos. A autoridade policial poderá sugerir, porém, uma classificação legal para os fatos, bem como representar pela decretação da prisão preventiva.⁴⁹

⁴⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade...* cit., p. 59.

⁴⁷ Embora o titular da ação penal possa requerer novas diligências; porém, com o requerimento, a autoridade policial não avança no procedimento, não pratica ato subsequente à apresentação do relatório, mas retorna alguns passos no procedimento para, de qualquer forma, concluí-lo com novo relatório.

⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal.* cit., p. 58.

⁴⁹ Id. *Ibid.*

Sendo o inquérito policial um instrumento destinado à obtenção de elementos de informação para formar a *opinio delicti* da acusação, nada impede que o titular da ação penal apresente sua peça acusatória antes da apresentação do relatório final, se entender que possui elementos suficientes para caracterizar a justa causa da instauração do processo penal.

A disciplina do inquérito policial brasileiro funda-se na anacrônica ideologia do direito *pro societatis*, servindo o procedimento como instrumento intimidatório e pouco democrático de produção de elementos de informação. Aury Lopes Jr., em longo trecho aqui colado pela pertinência e primor, explica as razões da crise que vê no inquérito policial:

Atualmente existe um consenso: o inquérito policial está em crise. Os juízes apontam para a demora e a pouca confiabilidade do material produzido pela polícia, que não serve como elemento de prova na fase processual. Os promotores reclamam da falta de coordenação entre a investigação e as necessidades de quem, em juízo, vai acusar. O inquérito demora excessivamente e, nos casos mais complexos, é incompleto, necessitando de novas diligências, com evidente prejuízo à celeridade e à eficácia da persecução.

Por outro lado, os advogados insurgem-se, com muita propriedade, da forma inquisitiva como a polícia comanda as investigações, negando um mínimo de contraditório e direito de defesa, ainda que assegurados no art. 5º, LV, da Constituição, mas desconhecidos em muitas delegacias brasileiras. No meio policial, ainda domina o equivocado entendimento de que a Constituição é que deve ser interpretada restritivamente, para adaptar-se ao modelo previsto no CPP (de 1941), e não o contrário, com o CPP adaptando-se à nova ordem constitucional.⁵⁰

Foge ao limitado escopo deste trabalho a análise das vantagens e defeitos do inquérito policial enquanto procedimento. Basta-nos, por ora, destacar o caráter inquisitório do inquérito policial tal qual previsto na legislação atual, e ressaltar que dispõe a autoridade policial de liberdade praticamente total de ação, aí incluindo-se a eventual prática de ilegalidades que venham a atingir direitos fundamentais do investigado. Faz-se mais sensível, ainda, este tema quando tratamos da imposição de medidas cautelares aos investigados, que abordaremos à frente, no item 3.3.

Finalizada a investigação preliminar, ou se de qualquer outra forma sentir-se o titular da ação penal em condições de preparar sua acusação, será encaminhada a peça acusatória ao juízo competente. Quando o crime for de ação penal pública (incondicionada

⁵⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade...* cit., p. 308.

ou condicionada a representação), o titular da ação penal será o Ministério Público, e a peça acusatória proposta será a denúncia. Quando se tratar de crime de ação penal privada (originária ou subsidiária da pública), o titular da ação penal será o ofendido ou seu representante, e a peça acusatória proposta será a queixa-crime. Esta é a sistemática trazida pelo Código de Processo Penal quanto aos procedimentos ordinário e sumário.

O procedimento sumaríssimo, integrado ao ordenamento pela Lei Federal n. 9.099/95, rege os processos para os chamados crimes de menor potencial ofensivo. A previsão contida nesta legislação atribui à autoridade policial a atribuição de lavrar o termo circunstanciado – peça administrativa que conterá o relato do fato e de seus participantes – e requisitar eventuais perícias necessárias. Antes do oferecimento da peça acusatória há audiência preliminar, com participação do acusado, da vítima e do Ministério Público, quando pode tomar lugar a chamada transação penal, em que o autor opta pela composição dos danos e cumprimento imediato de pena não privativa de liberdade em troca de não ser denunciado. Caso não haja conciliação, estarão o Ministério Público ou a vítima legitimados para a realização da acusação.

Proposta a peça acusatória, pela nova sistemática processual penal reformada em 2008, realizará o juízo uma cognição preliminar em que verificará se a acusação atende a requisitos mínimos de admissibilidade: não ser manifestamente inepta, reunir todos os pressupostos e condições para o exercício da ação penal e não carecer de justa causa para o exercício da ação penal. Não havendo rejeição preliminar, citará o juiz o acusado para que responda por escrito à acusação no prazo de dez dias. Com a peça defensiva em mãos, realizará o magistrado – aí sim – um juízo cognitivo completo das teses acusatória e jurídica e, se não subsistir nenhuma das condições previstas no art. 397 do Código de Processo Penal (causas que ensejam absolvição sumária), receberá o juiz a denúncia e terá início o processo penal.⁵¹

Durante a instrução processual o juiz deve zelar pelas garantias processuais e materiais previstas na Constituição. Deve estimular o contraditório e atentar à ampla defesa. Deve manter o processo são, de modo a ter-se, ao final, um devido processo legal. Deve zelar pela celeridade do processo, indeferindo produção de provas inúteis ou impertinentes, sem porém macular do direito de prova das partes.

Realiza-se audiência de instrução e julgamento. Nesta etapa, toda a prova será produzida perante o magistrado e ambas as partes. Haverá os debates e por fim exarará o juízo sua sentença. Diferença haverá quando se tratar do procedimento do júri, havendo,

⁵¹ Note-se que a sistemática do procedimento sumaríssimo da Lei Federal n. 9.099/95 é diferente. Neste caso, durante a audiência preliminar, não atingida a composição, oferecerá o Ministério Público ou o ofendido acusação oral perante o juízo, que será reduzida a termo. Designar-se-á dia e hora para a realização da audiência de instrução e julgamento, que se iniciará com a defesa oral do acusado. Após este ato, o juiz realizará sua cognição e decidirá pelo recebimento ou não da acusação.

entre a etapa do recebimento da denúncia e da audiência de julgamento, a necessidade de se comprovar a materialidade e haver indícios suficientes de autoria para que o réu seja pronunciado, isto é, para que o juízo comum indique-o ao Tribunal do Júri, onde será julgada a causa.

Cabe uma consideração importantíssima a respeito da instrução probatória. O art. 155 do Código de Processo Penal (reformado pela Lei Federal n. 11.690/08), respondendo a longo anseio da doutrina garantista, dispõe “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 sistemática atual do processo penal é baseada no contraditório. O inquérito policial, da forma como é hoje disciplinado, não atende ao requisito de contraditório esperado pela Constituição. A autoridade policial não é obrigada por lei a intimar o defensor do acusado a cada diligência que for praticar, ou a cada elemento de informação juntada nos autos. Portanto – até para dar coerência ao processo penal constitucional – o legislador reformador atentou a este dispositivo e determinou que apenas aquelas provas produzidas no inquérito e consideradas urgentes ou irrepetíveis, de acordo com a disciplina probatória do Código, é que terão valor probatório na instrução. Todos os outros elementos informativos constantes dos autos da investigação preliminar não devem ser levados em conta pelo juízo porque não foram produzidos sob o crivo do contraditório. Sendo repetíveis, deve o juízo proceder à nova produção da prova, agora sim levando abrindo a ambas as partes a possibilidade de manifestar-se sobre a forma e o conteúdo do material probatório.

3.2. Intervenção jurisdicional na investigação preliminar

Embora a investigação preliminar brasileira tenha natureza eminentemente administrativa – nos casos de inquérito policial, de procedimento investigatório no âmbito do Ministério Público ou de procedimentos administrativos diversos hábeis a fornecer ao titular da ação penal os elementos informativos de autoria e materialidade necessários ao exercício da acusação – ou política – caso das Comissões Parlamentares de Inquérito, há direitos fundamentais por demais relevantes a serem relativizados quando da imposição de uma medida cautelar. Assim, quando se trata de prender provisoriamente um investigado ou intervir na posse de seus bens; quando se trata de relativizar seus direitos ao sigilo nas comunicações ou à intimidade e inviolabilidade do lar, não se contenta a legislação com uma mera determinação administrativa. Faz-se necessária a intervenção jurisdicional na imposição de medidas cautelares na persecução penal.

Como todo exercício de atividade jurisdicional em um Estado de Direito, está a atuação jurisdicional cautelar vinculada à observância das garantias do juiz natural, da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência. Quando se trata de processo

penal já instaurado, o juiz natural é aquele atuante na causa, com legitimidade para exercer a jurisdição naquele específico processo, competência esta determinada previamente, de acordo com os preceitos constitucionais, legais e com a organização judiciária de cada Corte.

Por vezes, porém, é chamado o juízo a intervir no inquérito policial. Trata-se da medida cautelar prévia ao processo, mais comumente a imposição de prisão temporária e de ordens de interceptação telefônica ou diligências de busca e apreensão. Nesta hipótese, o magistrado é chamado à intervenção em uma estipulação de competência prévia à fixação no início da ação penal.

Além disso, cabe ao Poder Judiciário a intervenção quando do descumprimento, pelas autoridades atuantes na investigação preliminar, de direitos fundamentais do investigado. São momentos em que o juízo deve intervir no procedimento administrativo para restaurar o respeito aos preceitos constitucionais.

Ainda mais discutível é a disposição do art. 5º inc. II do Código de Processo Penal, que atribui à autoridade judiciária a capacidade de requisitar instauração de inquérito policial – e ainda, pela prevenção, é considerado o *único* juízo competente para processamento e julgamento da ação penal. Esta disposição vai de encontro a todos os princípios que regem o sistema acusatório, pois não se pode esperar imparcialidade daquele que determinou a investigação do sujeito passivo. Trata-se, portanto, de dispositivo não recepcionado pela ordem constitucional de 1988; é determinação inconstitucional. O titular da ação penal pública é o Ministério Público, e o único habilitado a decidir pela conveniência da investigação preliminar, podendo inclusive dispensá-la (art. 39, §5º do Código de Processo Penal) se entender já possuir os elementos necessários ao exercício da acusação. A única leitura possível deste dispositivo dentro do espírito consitucional do processo acusatório é que o juiz, ao receber *notitia criminis*, encaminhe as informações ao Ministério Público e *abstenha-se de julgar* a eventual ação penal decorrente.

Abandonamos, em nossa sociedade democrática de Direito, a justiça inquisitorial. Marca típica deste tipo de jurisdição é a mescla, no mesmo agente legal, das funções de preparar a acusação e julgar a pretensão. Hoje vivemos, ao menos na previsão constitucional, sob um regime judiciário de processo acusatório, em que ao Poder Judiciário cabe apenas receber a demanda e julgá-la, fazendo cumprir a lei durante o processo, mas participando minimamente da produção probatória (e mesmo esta atividade limitada é pertinentemente criticada⁵²). A preparação e condução da acusação cabe a pessoa diversa do juiz: ao Ministério Público ou ao ofendido.

Por esta razão, não se pode esperar do Poder Judiciário durante a fase de investigação preliminar, que não está sob sua presidência, qualquer intervenção positiva

⁵² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade...* cit., p. 177, especialmente sua crítica aos art. 156, 209 e 234 do Código de Processo Penal.

no curso das investigações. O juiz deve assumir um papel eminentemente garantidor dos direitos individuais, ora protegendo-os, inclusive por medidas de ofício, quando tiver notícia de sua violação ou da ameaça de violação; ora realizando o necessário sopesamento e tendo o juízo (e não a autoridade administrativa) apenas ele o poder de relativizar e restringir direitos individuais face a uma comprovada necessidade da investigação, apoiada no *periculum in mora* e, especialmente, no *fumus boni juris*, que no processo penal assume, além de sua tradicional forma de expectativa de regularidade da medida frente à legislação, um caráter de expectativa, com razoável certeza, da culpabilidade daquele sujeito passivo.

Diz Aury Lopes Jr:

O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. (...) Esta é a posição que o juiz deve adotar quando chamado a atuar no inquérito policial: como garante dos direitos fundamentais do sujeito passivo.⁵³

É atendendo a esta realidade, que deriva unicamente da leitura da Constituição Federal e da adequação da legislação infraconstitucional à disciplina da Carta Magna (e não o contrário), que são tecidas críticas, pelos autores preocupados com as garantias individuais da pessoa (especialmente quando pende sobre ela a espada estatal), à atuação probatória do juiz no inquérito policial e no processo penal.

3.3. Exercício cognitivo na análise de medidas cautelares no âmbito processual penal – a perda da imparcialidade

Durante o transcurso do processo existem situações que reclamam atuação jurisdicional imediata. São situações que, por suas características, não podem aguardar a decisão final da ação, seja por terem influência indesejável sobre o curso do processo, seja porque direito está sendo violado e reclama atuação imediata do juízo, sob pena de vir a decisão final de forma tardia. O direito prevê, assim, “medidas através das quais possam ser antecipados, excepcionalmente, certos resultados da atividade processual”⁵⁴

Ao contrário da prática processual civil, não é dado ao juízo penal praticar o que se chama de “poder geral de cautela” isto é, a prática judiciária de se deixar à discricionariedade do juiz a decretação de medidas cautelares não necessariamente

⁵³ Id. *Sistemas...* cit., p. 171.

⁵⁴ GRINOVER; Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades...* cit., p. 261.

previstas em lei mas que atendam à disciplina geral do processo civil e aos interesses da parte requerente. Antônio Magalhães Gomes Filho lembra que na esfera penal há o trato da liberdade do indivíduo, protegida pelo princípio da legalidade em matéria penal, que cobre não apenas a execução final mas toda a “legalidade da inteira repressão”; assim, qualquer medida cautelar em matéria penal deve estar rigorosa e taxativamente prevista em lei.

Dividem-se as antecipações de tutela em três grupos: medidas cautelares reais, medidas cautelares pessoais e medidas cautelares instrutórias. As medidas cautelares reais são limitadas em processo penal, restringindo-se às chamadas medidas assecuratórias, em que pode haver o sequestro e o arresto de bens ou sua inscrição em hipoteca legal. As cautelares pessoais têm maior importância no processo penal, pois implicam o tolhimento da liberdade de locomoção do indivíduo, que deve ser admitida a caráter especialíssimo. Já as cautelares instrutórias são aquelas voltadas à obtenção de elementos de informação, tais como a interceptação das comunicações telefônicas e a busca e apreensão.

Requerem as medidas cautelares duas condições: o *periculum in mora* fica caracterizado, no processo penal, quando a cautelar mostra-se indispensável para a realização dos objetivos visados, por requererem esta ação imediata da jurisdição sob pena de, se tardar, não conseguir atender a medida aos fins a que destinava. A segunda condição é o *fumus boni juris*, a razoável (dada a sumariedade da cognição praticada na atuação cautelar) certeza da existência do direito a ser resguardado pela medida e da legalidade desta face ao ordenamento.⁵⁵

O *fumus boni juris*, no processo penal, assume a forma do chamado *fumus commissi delicti*, isto é, da probabilidade de que o crime tenha ocorrido e de que seu autor seja o sujeito passivo a quem se destina a medida cautelar. Esta probabilidade deve ser verificada pelos elementos informativos dos autos e deve ser entendida como a probabilidade mínima necessária para que sequer se considere a aplicação das medidas cautelares. Para decretação da liberdade provisória após prisão em flagrante, por exemplo, o juiz deverá atentar, como manda o art. 310, § único, do Código de Processo Penal, à inoportunidade dos requisitos da prisão preventiva (trazidos nos arts. 311 e 312), dentre os quais encontra-se a determinação de haver “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”

Portanto, para conceder medida cautelar, deve o magistrado motivar a decisão fundamentando sua **certeza** da materialidade do delito e a **crença** de que o sujeito passivo é o **provável autor** do delito

Como se pode crer que o juiz que exare uma decisão desta poderá, no subsequente processo, sequer **considerar qualquer** das razões de absolvição do acusado

⁵⁵ GRINOVER; Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades...* cit., p. 261-2.

trazidas nos incisos do art. 386? Como poderá convencer-se da **inexistência do fato** (inc. I), da **provável inexistência do fato** mediante falta de provas (inc. II) ou da **irrelevância penal do fato** (inc. III) se já atestara, em fundamentação jurídica completa, sua **certeza** da materialidade do delito pelo que avaliou com vistas aos elementos informativos que tinha à disposição? Como se pode crer que o juiz convencer-se-á da **não participação do acusado** no episódio delitivo (inc. IV), ou da **provável não participação** do réu (inc. V) se fundamentara tão veementemente a sua **crença** de que o autor **provavelmente** cometera o crime quando da sua motivação da decisão cautelar?

O juiz competente para processar e julgar a ação penal, não tendo sido instado a tomar decisões pertinentes à fase investigatória, estará muito mais qualificado para realizar o julgamento justo e imparcial. A participação no inquérito **contamina** o juiz, tornando muito mais árdua a tarefa da defesa de se fazer ouvir no processo.⁵⁶

Resta claro que há, no atual modelo uma **ilusão** de imparcialidade do julgador da ação penal que funcionou na investigação preliminar.

Quando encarregado de avaliar a conveniência de qualquer medida cautelar pessoal, seja manutenção do flagrante, decisão sobre liberdade provisória ou sobre pedidos de prisão temporária ou preventiva, deve o juiz debruçar-se sobre os elementos informativos para avaliar o *fumus comissi delicti*. Quando verifica a conveniência da aplicação de medidas cautelares reais, como o arresto (e especialmente a inscrição da hipoteca legal, medida de enorme potencial lesivo ao sujeito passivo), é exigida a verificação da certeza da materialidade do delito e de indícios suficientes de autoria. O mesmo se dá quando do deferimento de medidas cautelares de cunho instrutório. Em todos os momentos é requerido do juiz uma análise ao mesmo tempo superficial (dada a sumariedade da cognição) e determinada (já que a presunção de inocência não pode ser posta de lado sem uma verdadeira convicção do *fumus comissi delicti*). Não se pode, de forma alguma, afirmar que o julgamento do mérito da ação penal não sofrerá influência destas decisões tão importantes para o curso da investigação preliminar.

3.4. Competência e prevenção

A normativa de competência é a responsável pela efetivação, no caso concreto, da garantia abstrata do juiz natural. Trata-se a competência da “capacidade

⁵⁶ SCHREIBER, Simone. O juiz de garantias no Projeto do Código de Processo Penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 213, agosto 2010.

de exercer jurisdição dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal e pela legislação ordinária”⁵⁷

A Constituição Federal – ponto de partida obrigatório para o estudo do processo penal – regula a matéria estatuidando critérios de fixação da competência. O regramento envolve a observância de uma série de disposições legais que derivam dos preceitos constitucionais. A obediência a estes regramentos delimita a jurisdição e condiciona seu exercício.⁵⁸ Sua violação não pode se convalidar, sendo causa de nulidade absoluta de todos os atos processuais.⁵⁹

Desta forma, o devido processo legal só pode se desenvolver no juízo competente, o único hábil, perante o ordenamento, a realizar a jurisdição e aplicar a legislação no caso concreto.

As regras de competência podem – e frequentemente levam - a mais de um juízo competente para o julgamento. A aplicação das regras, especialmente em comarcas maiores, define não um juízo, mas um grupo de juízos capazes de funcionar na determinada causa. Qualquer critério de definição, dentro do grupo de juízos competentes, que não fosse aleatório poderia ser entendido como uma violação ao juiz natural na medida em que métodos de atribuição daquela determinada causa a um juízo em detrimento de outro ensejaria a suspeita de favorecimento ou prejuízo a uma das partes (atribuindo a causa a um juiz sabidamente mais conservador, por exemplo). Assim, a distribuição é um método necessariamente aleatório de distribuição de processos dentre os juízos competentes.

A garantia do juiz natural em matéria penal assegura que esteja determinado, no momento do cometimento do delito, qual é o órgão jurisdicional encarregado de processar e julgar a ação penal. Trata-se de garantia fundamental prevista na Constituição Federal e, por isso mesmo, inderrogável ainda que mude a legislação de competência: o juiz competente continuará sendo o juiz natural previsto no momento do cometimento do delito. Alguns órgãos jurisdicionais têm em sua estrutura mais de um juízo, por exemplo a primeira instância criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo, composta de mais de trinta varas criminais. Embora a competência da primeira instância criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo determine-se (e permaneça inderrogável, não obstante qualquer alteração legislativa) no momento em que um sujeito não militar maior de idade pratica delito de furto na região central da cidade contra cidadão comum, só se saberá qual,

⁵⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo...* cit., p. 132.

⁵⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade...* cit., p. 407.

⁵⁹ Há discussão. A doutrina majoritária entende que a incompetência absoluta dá-se apenas quando das regras de competência em função da matéria e da pessoa, mas a do local do crime é relativa, podendo ser convalidada se não arguida na primeira oportunidade. Aury Lopes Jr. entende que esta relativização, oriunda de uma leitura civilista do processo penal, não cabe, dado que o juiz natural em matéria penal é absoluto e não deve sofrer restrição. (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade...* cit., p. 407.)

dentre os mais de trinta juízos habilitados a processar e julgar a ação penal, efetivamente julgará a causa apenas no momento da distribuição da peça acusatória.

Por vezes, porém, como já abordado no item 3.4. anterior, faz-se necessária a intervenção do juízo em momento anterior à proposição da ação penal, isto é, durante a investigação preliminar. O instituto da prevenção existe enquanto critério de definição de foro subsidiário, de especificação de foro e de fixação da competência em caso de conexão ou continência.⁶⁰ A prevenção determina que quando um juízo abstratamente competente houver atuado no processo em momento anterior à fixação da competência, deve ele ser considerado competente frente aos demais juízos habilitados.

Se um juízo atua em determinado caso antes da proposição da ação penal, quando do momento da proposição da ação penal sequer será realizada a distribuição: o juízo competente dentro os juízos competentes será aquele que houver participado da investigação preliminar.

Há que se discutir esta escolha do legislador. Embora seu fundamento primordial seja a harmonização das decisões jurídicas (evita-se que juízes diferentes decidam de diversa em situações semelhantes) e a manutenção do mesmo juiz durante todo o trâmite (o que, teoricamente, favoreceria o julgamento da causa, pois a mesma pessoa teve contato prévio com a causa e conhece pessoalmente todo o seu desenvolvimento⁶¹), discute-se o envolvimento do juiz que atua na investigação preliminar - onde os elementos probatórios destinam-se ao titular da ação penal, unicamente à formação da necessária justa causa, e não têm valor probatório durante o processo pela carência do contraditório⁶² - com o processo subsequente. Argue a doutrina que a imparcialidade do julgador restaria maculada pelo contato prévio com elementos probatórios não necessariamente admitidos como prova no processo, devendo a prevenção ser determinada, inclusive, como causa de *exclusão* da competência.⁶³

3.5. Inconstitucionalidade do atual modelo de intervenção jurisdicional na investigação preliminar frente às garantias constitucionais e internacionais

Vimos que há situações em que o juízo, antes do momento inicial de sua atuação na jurisdição penal (a proposição da peça acusatória), por vezes é impelido a decidir durante a investigação preliminar. Vimos também que, pelo instituto da prevenção,

⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. cit., p. 119.

⁶¹ LOPES JR., Aury. *Sistemas...* cit., p. 174.

⁶² Cf. item 3.3. *supra*.

⁶³ LOPES JR, Aury. *Sistemas...* cit., p. 174. Outra peça doutrinária defensora desta posição é GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo penal na América Latina. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; CRUZ, Danielle Rocha (Org.). *Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

o mesmo juízo que atuou na investigação preliminar há de ser competente para funcionar no respectivo processo penal.

A intervenção do juízo na investigação preliminar se dá em quatro situações distintas:

- i) homologação do pedido de arquivamento por parte do Ministério Público (art. 28 do Código de Processo Penal);
- ii) decretação de medidas assecutorárias de bens, possível a partir do indiciamento do investigado (arts. 125 a 144 do Código de Processo Penal), e de medidas cautelares gerais, como, entre outras, a prevista no art. 20, §3º, inc. II da Lei Federal nº 7.716/89;
- iii) determinação, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, da produção de provas em caráter antecipado (art. 156, inc. I, do Código de Processo Penal) ou da obtenção do elemento probatório que, por sua natureza, depender do desconhecimento da diligência por parte do investigado, casos da busca e apreensão (arts. 240 a 250 do Código de Processo Penal) e da interceptação de comunicações telefônicas (arts. 1º a 9º da Lei Federal nº 9.296/96). Ainda mais longe vai a Lei Federal nº 9.034/95, ao abrir, em seu art. 3º, §2º, a possibilidade da colheita pessoal de provas por parte do juiz; e
- iv) deliberação sobre prisões provisórias, como a homologação do flagrante (arts. 301 a 310, e 311 e 312 *a contrario sensu*, do Código de Processo Penal) e decretação das prisões preventiva (arts. 311 a 316 do Código de Processo Penal) e temporária (arts. 1º a 5º da Lei Federal nº 7.960/89).

O ato jurisdicional da decisão é, antes de tudo, um ato humano. Ainda não foi – e esperamos que jamais seja – desenvolvida a mecanização da jurisdição. Por mais requintes tecnológicos de que se sirva o Judiciário – desde o processo eletrônico às mais avançadas técnicas de obtenção de prova –, toda a estrutura processual está voltada para um ser humano cuja responsabilidade é avaliar, com olhos jurídicos (e todas as tentativas doutrinárias de reduzir o Direito a uma ciência exata falharam miseravelmente) os fatos a ele expostos e sobre eles emitir decisão.

Está sujeito o juiz, como todo *Homo sapiens*, a imiscuir-se de preconceitos⁶⁴ e conceitos já formados acerca de pessoas e fatos com os quais toma contato. É capaz,

⁶⁴ Por preconceito pode-se entender o conceito que é gerado sem conhecimento do todo, baseando-se tão somente em um aspecto específico da coisa analisada, de modo que, pelo conceito já formado a respeito daquele aspecto, complete-se as lacunas do conhecimento do todo e julgue-se a coisa de acordo com conceito a ela atribuído pelo sujeito ativo. Os preconceitos mais recorrentes são os de cor, religião e renda, mas podem

como todos nós, de escolher operar decisão baseado em convicções pessoais, e não necessariamente no que prevê estritamente o ordenamento.

Assim, quando defronte cada uma das situações de intervenção jurisdicional na investigação preliminar, o juiz deve empreender cognição a respeito da prova constante dos autos e decidir.

Ora, esta decisão é racional. Deve basear-se na análise dos elementos de prova constantes nos autos e das condições jurídicas para a implementação de cada medida. Entendendo que os elementos probatórios oferecidos pelos autos da investigação preliminar são suficientes para a satisfação das exigências jurídicas de cada uma das medidas, deve o juiz concedê-las e ordená-las. Entendendo que não há, nos autos, elementos suficientes que justifiquem juridicamente a adoção de tais medidas, deve negá-las.

O juiz que decide acabou de praticar ato de cognição e emitiu sua decisão acerca daquele aspecto do fato estudado. Como seu próprio dever constitucional de motivação exige, externou – nos próprios autos – opinião jurídica sobre o que foi consultado. Mais que isso, *tomou parte* na demanda, deixou claro seu posicionamento acerca da necessidade da aplicação da medida. Todas as razões listadas – especialmente a homologação do arquivamento do inquérito⁶⁵ e a decisão acerca da prisão cautelar⁶⁶

abranger qualquer campo da experiência humana. Juridicamente, podemos citar o exemplo do magistrado que, estudando os autos de um acusado de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, por atropelamento, verifique o relato de uma testemunha mencionando o fato de que o automóvel do acusado foi visto a dois quilômetros do local do fato menos de cinco minutos depois do ocorrido, deixando claro que o acusado não prestou socorro à vítima. Não é anormal que o ser humano pense “Omitiu-se do socorro porque estava em fuga; não tivesse nada a temer das autoridades, pararia para ajudar o próximo” O juízo preconceituoso independe dos fatos, pois não há provas de que o acusado cometeu o atropelamento, apenas que não esteve prestando socorro logo após o ocorrido. Trata-se, no caso, de um julgamento de caráter, de cunho pessoal – e, portanto, indiferente para o direito penal do Estado Democrático de Direito, que é o direito penal da culpabilidade.

⁶⁵ Eis uma incoerência jurídica que persiste em nossa legislação processual penal e vai contra a separação de funções de acusação e julgamento, característica do sistema acusatório que adotamos. O art. 28 do Código de Processo Penal determina que o juiz deve decidir acerca do pedido de arquivamento do inquérito policial pelo Ministério Público e, em entendendo não ser o caso de arquivamento, deve o magistrado remeter os autos à Procuradoria-Geral para designação de outro órgão do Ministério Público que, insistindo no arquivamento, aí sim estará o juízo obrigado a acatar o parecer. A um mero olhar sobre a sistemática do processo acusatório fica claro que o Ministério Público, que é o destinatário do inquérito policial – titular da ação penal pública que é – é quem tem a autonomia de decidir acerca do arquivamento do inquérito, não devendo esta decisão ser atribuída – ainda que em caráter restrito – ao juiz.

⁶⁶ Os requisitos da manutenção da prisão em flagrante delito são: não ser o caso, à primeira vista, da incidência de nenhuma das excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal; e quando não estiver presente nenhuma das circunstâncias autorizadoras de decretação da prisão preventiva (art. 312 do Código de Processo Penal). Os requisitos da prisão preventiva, por sua vez, são a observância de alguma das condições do art. 312 (necessidade de garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal), aí incluindo a necessidade de certeza da materialidade do crime e de suficientes indícios de sua autoria, além da inocorrência de excludentes de ilicitude. Já a prisão temporária, prevista na legislação especial, requer indícios de autoria e materialidade do crime (*fumus comissi delicti*) e quando a) o indiciado não possuir residência fixa ou houver dúvidas sobre sua identidade; e b) houver necessidade para se garantir a conveniência da instrução criminal (duas faces do *periculum libertatis*). A

requerem do julgador uma avaliação (ainda que sumária, dadas as características da cognição no procedimento cautelar) de mérito acerca da observância dos preceitos legais quanto ao nível de certeza de materialidade e autoria exigidos por cada um dos institutos cautelares e de suas hipóteses de cabimento. Em outras palavras, trata o julgador de realizar um pré-juízo, um pré-julgamento acerca do que *acredita*, daquilo que repercute em toda a experiência pessoal e jurídica que o ser humano juiz traz consigo.

O juiz, na sentença, constrói a ‘sua’ história do delito, elegendo os significados que lhe parecem válidos, dando uma demonstração inequívoca de crença, de fé. **O resultado final nem sempre é (e não precisa ser) a ‘verdade’, mas sim o resultado do seu convencimento. (...) O determinante é convencer o juiz.** É assim que funciona o sistema acusatório que, liberto da verdade, não permite que o juiz tenha atividade probatória.⁶⁷

Embora referindo-se à sentença, entendemos que esta afirmação de Aury Lopes Jr. aplica-se a qualquer exercício de cunho decisório do magistrado. Trata o processo daquilo que vê o juiz através dos autos. É um pilar do sistema acusatório e fundamento do devido processo legal que o juiz julgue unicamente baseado no conteúdo probatório constante dos autos. Qualquer interpretação em contrário – embora neste aspecto o contrário seja regra no dia-a-dia forense – é inconstitucional por violar o devido processo legal, já que a cognição a partir de elementos extraprocessuais vai de encontro às regras do jogo e à estrutura do sistema acusatório.

Pois bem. Resta claro que a investigação preliminar, seja ela fundada em inquérito policial ou não, é uma fase extraprocessual, embora preparatória. Os elementos informativos do inquérito (em geral, excluindo-se as já mencionadas hipóteses de produção antecipada de prova) não têm valor probatório no processo penal. Trata-se unicamente de elementos de informação colhidos com vistas a fundamentar a decisão da acusação de propor ou não a ação penal, e em que termos o fazer. As partes – que no processo penal detêm a iniciativa probatória – devem requerer durante a instrução processual a produção das provas que lhes interessem, e somente a partir destas (produzidas sob contraditório) pode o juiz realizar seu exercício cognitivo e exarar decisão. Não é dado ao juiz considerar elementos de informação produzidos na investigação preliminar. O devido processo legal desenvolve-se nos autos do processo, e não fora deles.

A realidade brasileira é a de que o juízo que atuou na investigação preliminar é *prevento* para funcionar na ação penal. Um magistrado que, durante a fase preparatória,

doutrina (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. cit., p. 207) entende ser necessária a observância concomitante do *fumus commissi delicti* com uma das hipóteses caracterizadoras do *periculum libertatis*.

⁶⁷ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade...* cit., p. 530-531.

exarou parecer acerca de seu posicionamento sobre indícios de autoria e materialidade do delito, que ponderou racionalmente sobre as circunstâncias pessoais e materiais do crime em estudo e, mais além, tomou contato com material informativo que pode sequer ser constituído em prova durante o processo, é automaticamente determinado competente para conduzir e julgar a ação penal.

Ada Pellegrini Grinover menciona em estudo cuidadoso:

(...) é forçoso reconhecer que nem sempre a estrutura do processo penal é consuetânea com a imparcialidade: no Brasil, Honduras, Paraguai, Uruguai e Venezuela, o juiz das investigações preliminares e do recebimento da acusação é o mesmo que julga a causa. No Peru, o juízo sumário é o mesmo da sentença. Isso pode contaminar, ao menos psicologicamente, a imparcialidade do juiz.⁶⁸

Por já ter realizado juízo de valor na fase pré-processual, o juiz já terá dado indícios de sua postura e de sua visão dos fatos antes mesmo do início da ação penal. Permitir que tal julgador sentencie na ação penal é declarar que o juiz natural – aquele cuja garantia serve para assegurar a imparcialidade do Judiciário frente ao caso concreto – *por definição* não é imparcial, pois já houvera sido envolvido na querela e nela tomou posição.

“El juicio es un mecanismo delicado como un aparato de relojería: basta cambiar una ruedecilla para que el mecanismo resulte desequilibrado y comprometido”⁶⁹ Francesco Carnelutti apercebereu-se do necessário equilíbrio de relações entre o que se espera do juízo e aquilo que realmente se obtém. A imparcialidade é aventada como característica essencial da jurisdição em relação ao jurisdicionado, mas não se pode assegurar esta garantia quando o julgador teve contato com o material probatório pré-processual. No dizer de Aury Lopes Jr.:

A nosso ver, no processo penal brasileiro, o juiz prevenido, ainda que não atue como um instrutor, inegavelmente tem comprometida sua **imparcialidade objetiva**, entendida como aquela que deriva não da relação do juiz com as partes, mas sim de sua relação com o objeto do processo. Principalmente se levarmos em consideração que a prevenção vem dada por um **prejulgamento** que se realiza no curso da investigação preliminar (como na adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, autorização para intervenção telefônica etc).⁷⁰

⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo penal na América Latina. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; CRUZ, Danielle Rocha (Org.). *Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. México: Episa, 1997. p. 347.

⁷⁰ LOPES JR, Aury. *Sistemas...* cit., p. 175.

Partindo-se desta premissa, parece-nos seguro afirmar que os artigos 75, § único, e 83 do Código de Processo Penal **não foram recebidos pela ordem constitucional de 1988, padecendo de insanável inconstitucionalidade**. Ora, se os juízes considerados suspeitos (nos termos dos arts. 252 a 256 do Código de Processo Penal) têm sua imparcialidade presumidamente considerada afetada e são impedidos de funcionar no processo respectivo, com muito mais razão deveria ser vedada a competência ao juiz que *efetivamente* (e não presumivelmente) ingressa no processo já com opinião expressa acerca de eventos no decorrer da investigação.

Em muitos países de tradição jurídica românica da Europa continental as funções de participação na fase pré-processual e atuação efetiva no processo são separadas pela *exclusão* de competência pela prevenção: o juiz que decide na investigação preliminar está **vedado** de participar do processo respectivo. Este modelo apresenta-se sob diversas versões em diferentes ordenamentos: na Espanha e na França, antes do processo funciona um juiz instrutor, dotado de poderes investigatórios; na Itália e na Alemanha, onde a titularidade da investigação pertence ao Ministério Público, há o juiz garante ou de garantias, sem qualquer poder instrutório, mas encarregado de zelar pelos direitos do investigado, conduzir a audiência preliminar e de controlar as medidas restritivas de direitos. Em Portugal opera um sistema misto, em que o juiz da investigação preliminar tanto investiga quanto opera na garantia dos direitos fundamentais.⁷¹

4. O juízo de garantias: definição, regramento, consequências

4.1. Definição do instituto do juízo de garantias

O modelo atual de investigação preliminar é aquele em que a autoridade policial coleta os elementos informativos destinados à formação da justa causa pelo titular da acusação, enquanto todas as medidas cautelares que forem requisitadas – pela autoridade policial ou pelo titular da ação penal -, além de quaisquer intervenções administrativas no inquérito policial, seja concessão de mera dilação de prazo, devem ser praticadas pelo juiz competente. Este juiz, preventivo, será o competente para o processamento e julgamento da subsequente ação penal.

A necessidade de se estabelecer a prevenção como critério **excludor** de competência, uma presunção absoluta de quebra da imparcialidade do juízo tal como a suspeição, leva à consequência do processamento da investigação preliminar sob a tutela de um juiz e a ação penal sob a competência de outro.

⁷¹ LOPES JR, Aury. *Sistemas...* cit., p. 243-284.

Quais seriam as atribuições destes dois juízes? Em que momento do procedimento seria realizada a transição da competência do juízo do procedimento preliminar para o juízo do processo penal?

Estas características variam de acordo com o modelo adotado por cada ordenamento que prevê esta separação. Parece-nos acertado, porém, contar com as seguintes premissas básicas.

Em primeiro lugar, o processo acusatório, como já se abordou neste trabalho, requer que tudo o que vier ao processo venha sob o crivo do contraditório, pois só assim haverá devido processo legal. O contraditório só é efetivo durante o processo penal, pois o procedimento de investigação preliminar, como já mencionamos, é inquisitório e não prevê que seus elementos informativos sejam produzidos com vistas e manifestações de acusação e defesa. Assim, pode-se afirmar **seguramente** que ao juiz só é dado julgar com base nas provas produzidas durante a instrução processual, sob contraditório, **dispensando-se os elementos informativos do inquérito policial**. É recomendável até que seja determinado o início dos autos processuais a partir do recebimento da denúncia, sem que neles sejam apensados os volumes oriundos da investigação preliminar, já que não necessários ao processamento e julgamento da ação penal.

Assim sendo, é coerente que ao juiz da investigação preliminar fique atribuído o recebimento da peça acusatória, dado que trata-se de um exercício cognitivo baseado nos elementos de informação investigatórios. Haveria quebra da coerência do sistema se o juiz da instrução processual ficasse responsável pelo recebimento da peça acusatória, já que tomaria contato com os elementos informativos do inquérito policial e poria abaixo o fundamento do sistema, que é a manutenção de sua imparcialidade frente à instrução processual.

Dada a sistemática do duplo recebimento trazida pela Reforma do Código de Processo Penal de 2008, cremos que o momento da transição seria o **art. 399 do Código de Processo Penal vigente**. Desta forma, caberia ao juiz da investigação absolver sumariamente o acusado ou mandar citar-lhe para responder à acusação por escrito. Recebida a resposta, o último ato do juiz de garantias seria o recebimento da denúncia (art. 397 *a contrario sensu*), encerrando-se, após este ato, sua competência no caso concreto. Devem os autos ser então remetidos ao juiz da instrução para que, já instaurada a ação penal, dê seguimento ao que ordena o art. 399, ou seja, à instrução processual penal.⁷²

⁷² Tratando da sistemática do juízo de garantias no Projeto de Lei do Senado n 156/2009 – Projeto de Código de Processo Penal – Maurício Zanoide de Moraes entende da mesma maneira: “*Essa (...) sugestão tem como finalidade, entre outras, a possibilidade de os autos do inquérito policial não servirem para a formação da convicção do juiz na causa (...)*” MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do ‘juiz das garantias’? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo ano 18, Edição Especial, “Projeto de Novo Código de Processo Penal”, agosto 2010.

Quanto às atribuições de cada juízo, temos que o juízo da instrução desempenhará suas funções de presidente da ação penal tal como prevê o ordenamento jurídico hoje, conduzindo a audiência de instrução e julgamento, deferindo os pedidos de produção de provas, deferindo medidas cautelares baseadas unicamente nas provas já constituídas nos autos do processo, ouvindo testemunhas e o acusado e por fim emitindo sentença.

Já o juiz da investigação deve ganhar nova feição. Trata-se de instituição voltada unicamente à supervisão da investigação preliminar, especializada neste procedimento e dotada de jurisdição para fazer cumprir o ordenamento. Isso significa que haveria uma oportunidade para se implementar um **juiz de garantias**, aquele que, mais do que passivamente subscreve os pedidos da acusação, de fato zela pela regular tramitação do procedimento. A obediência estrita ao procedimento, enquanto **obrigação** da autoridade policial, é verdadeiro **direito** do imputado, indubitavelmente hipossuficiente em relação ao procedimento que sequer lhe dá direito à defesa. Deve-se levar em conta que todo e qualquer cidadão será **presumido inocente** enquanto não transitar em julgado sentença condenatória contra si. Cabe, mais que a qualquer outro, ao Poder Judiciário zelar pela efetividade desta garantia, verificando, quando invocado, estritamente a legalidade de cada ato investigatório realizado pela autoridade policial, sempre visando o completo e absoluto respeito às garantias constitucionais e internacionais dos penalmente imputados.

O juízo de garantias, assim, afigura-se como ente destinado à verificação permanente da legalidade das investigações. Sempre que chamado a decidir, deve realizar, agora sim sem medo do vínculo do comprometimento da imparcialidade futura, a plena cognição dos elementos de informação constantes nos autos e realizar o julgamento baseado na visão que tem, pelo que pode ler, do *fumus comissi delicti* de modo a somente limitar um direito do sujeito passivo se for absolutamente necessário, e **sem que isso implique** – ainda que presentes os requisitos do *fumus comissi delicti* – **em uma quebra da imparcialidade objetiva quando do julgamento do mérito.**

4.2. Análise constitucional do instituto do juízo de garantias: solução à inconstitucionalidade do modelo atual de intervenção jurisdicional na investigação preliminar

Basicamente, analisar juridicamente o instituto do juízo de garantias – que é o escopo desta tese – consiste em avaliar o acerto da atuação dupla do mesmo juiz (na investigação preliminar e logo após no processo) e a pertinência e viabilidade da atribuição destas funções a diferentes juízes.

Partindo de uma leitura constitucional, vemos que a Carta Magna traz a garantia do juiz competente (art. 5º, inc. LIII “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”) e do devido processo legal (art. 5º inc. LIV “ninguém

será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”). Por outro lado, a Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada à normativa constitucional segundo o entendimento que expusemos no item 1.3, traz, em seu art. 8.1, a garantia do julgamento imparcial e independente (art. 8.1 “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”)

O entendimento que naturalmente se extrai da leitura conjunta destas garantias é de que *todo aquele que for julgado deve sê-lo por autoridade cuja competência tenha sido previamente determinada em lei, que seja imparcial e independente e que obedeça rigorosamente à legislação processual durante o processo*. Este é um axioma necessário à legitimação da decisão judicial. Sem a mais estrita observância dos critérios de imparcialidade e independência, falha o juízo em atender às expectativas do devido processo legal e não pode, por isso mesmo, ser considerado um *juiz natural* do processo.

A leitura sistemática dos dispositivos constitucionais nos leva – indiretamente, mas de forma inequívoca – ao entendimento de que o juiz natural da ação penal *não poderá, de maneira nenhuma, ter sua imparcialidade comprometida ou posta em dúvida*. Já vimos que há procedência no questionamento da imparcialidade do juiz da investigação preliminar. Se por um lado a Constituição não veda diretamente a participação do mesmo juiz no inquérito policial e posteriormente na ação penal, por outro nos parece que a leitura sistemática e integrada da Carta e da Convenção é mais simpática ao modelo de separação das funções jurisdicionais, posto que privilegiada a imparcialidade tão necessária à realização das garantias do juiz natural e do devido processo legal.

Quanto à normativa de organização judiciária, prevê o art. 22, inc. I da Constituição que é competência privativa da União legislar sobre direito processual, e no inc. XVII determina a competência privativa de legislação de organização judiciária. Mais à frente, no art. 24, inc. XI, a Carta prevê a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal de legislar sobre procedimentos em matéria processual. Por certo que a organização da Justiça Federal é atributo da União. Já no art. 125 é atribuída aos Estados a organização da Justiça Estadual, determinando inclusive a competência do Tribunal de Justiça para propor a lei de organização judiciária do Estado.

A respeito da instituição do juízo de garantias, porém, cremos que não pode ser objeto de discricionariedade da legislação estadual por não se tratar de mero

procedimento em matéria processual, mas verdadeira garantia processual.⁷³ Trata-se de disposição processual *material*, concernente ao modelo de processo que se espera obter. Além disso, não se pode, em homenagem ao princípio da igualdade entre os cidadãos,⁷⁴ submeter os indivíduos a diferentes modelos de julgamento, com variações adotadas em função do maior ou menor grau de parcialidade do julgador, apenas porque estão em diferentes partes do País. Assim, instituído o modelo pela legislação federal, pode ser atribuída – pela própria legislação federal se assim optar o legislador – aos Estados e ao Distrito Federal a competência de legislar a forma de concretização do instituto, de acordo com sua própria organização judiciária.⁷⁵

Por fim, quanto à convivência do juízo de garantias com as demais garantias individuais presentes na Constituição, percebe-se que não há conflito possível, senão benefícios. Um juízo especializado na fase pré-processual – portanto, com maior capacidade de análise dos problemas inerentes a esta etapa procedimental – teria maiores condições de, em conjunto com o Ministério Público, colocar em prática definitivamente a garantia do prazo razoável, cobrando justificativas para as sucessivas dilações de prazo requerida pela Polícia Judiciária e acompanhando de perto o trabalho policial. Os direitos de defesa e ao contraditório, se não diretamente favorecidos, também não restariam prejudicados, dado que a autoridade jurisdicional que hoje há para intervir no cometimento de ilegalidades no inquérito policial continuaria existindo (apenas sendo incompetente para o julgamento da ação penal). Ganhariam em efetividade as garantias do devido processo legal e do juiz natural, pelos motivos já expostos.

Portanto, não há empecilho constitucional à aplicação do modelo de juízo de garantias ao ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se do único modelo possível de outorga jurisdicional na investigação preliminar, levando em conta o espírito das garantias individuais e a natureza do processo penal acusatório, voltado sempre à legitimação do direito de punir estatal através de procedimento o mais transparente e igualitário possível. A adoção de tal modelo é imperiosa se espera-se concretizar o devido processo

⁷³ Posto que o juiz natural e o devido processo legal (além da garantia do juiz imparcial e independente trazida na Convenção Americana de Direitos Humanos, são garantias fundamentais individuais, não é possível suprimi-las em razão do disposto no art. 60, §4º, da Constituição, instituidor das chamadas “cláusulas pétreas” em matéria de direitos e garantias individuais.

⁷⁴ Art. 5º caput: “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:”

⁷⁵ Adiante discutiremos as diferentes possibilidades de aplicação deste modelo, especialmente em comarcas pequenas, com apenas uma vara judicial ou criminal. Cremos que a sistemática interna dos Tribunais de Justiça na definição das varas que atuariam no inquérito e no processo – desde que respeitada a separação das funções – caberia à competência legislativa do Estado, pois trata-se de mero procedimento – já que o instituto em si estaria determinado em legislação federal e seria fundamento do processo – além do fato de as diferenças regionais exigirem talvez modalidades diversas de organização.

penal preconizado pela nossa Constituição e referendado pelas garantias da Convenção Americana de Direitos Humanos.

4.3. Adaptação do ordenamento ao juízo de garantias e aplicabilidade no cotidiano forense

Se algum dia o sistema de juízo de garantias vier a ser implantado no Brasil, como quer o texto original do Projeto de Lei do Senado n. 156/2009, o ordenamento jurídico brasileiro precisaria sofrer profundas mudanças estruturais.

Na própria legislação guia do processo penal, o Código, haveria a necessidade de disciplina específica para o instituto, a começar pela **inclusão da prevenção como causa de impedimento** do funcionamento do juiz na ação penal. Tal medida, como já abordado neste trabalho, constitui a essência da divisão de tarefas jurisdicionais da investigação e do processo. O juiz que se tornar preventivo por despachar – por qualquer razão – nos autos antes do recebimento da acusação estará, pela prevenção, impedido de exercer jurisdição naquele processo específico.

Os **procedimentos comum, sumário e especiais** deveriam sofrer mudanças quanto à sistemática do início da ação penal. Em primeiro lugar, haveria a necessidade de se decidir a cargo de qual dos magistrados – o de garantias ou o do processo – ficaria responsável pelo recebimento da denúncia. O PLS 156/2009 determina que o juiz do processo deveria decidir pelo recebimento ou não da peça acusatória, **previsão de que discordamos**. Se a instituição do juiz de garantias foi pensada justamente para privar o magistrado encarregado do processo da influência dos elementos informativos pré-processuais, qual é a lógica de se forçar este magistrado a tomar contato com **todos** os elementos informativos do inquérito e realizar o exercício cognitivo de avaliação da justa causa da ação penal? É um contrassenso, e esta questão deve ser cuidadosamente considerada em qualquer legislação que se faça no sentido de poupar o juiz do processo de influência dos elementos pré-processuais.

Isto leva à segunda questão, que é a **presença física dos autos** do inquérito policial junto aos da ação penal. Hoje a praxe é que a ação penal seja anexada – inclusive em folhas numeradas sequencialmente às anteriores – aos autos do inquérito policial, trocando-se apenas a “capa”. originariamente confeccionada na delegacia de polícia, pela “capa” do Poder Judiciário. Não há dúvida de que o acesso de todas as informações não submetidas a contraditório oriundas da fase de investigação continuam ali, sujeitas ao folheio do juiz. Trata-se de um caso de exceção à máxima “ao processo importa tudo e somente aquilo que está nos autos”, já que as folhas anteriores à proposição da peça acusatória devem ser presumidas desconsideradas. Difícil é efetivar esta presunção subjetivamente, dentro do ser humano juiz que tem os elementos não submetidos a contraditório anexados ao mesmo livro que as provas produzidas judicialmente. Defendemos, portanto, que uma reforma de

inclusão do juiz de garantias no ordenamento brasileiro deveria prever a **exclusão de tudo o que for pré-processual de dentro dos autos do processo penal.**

Dada a taxatividade que a legislação processual requer para ser eficaz e criar regras do jogo que não possam ser burladas, deveria a lei que determinar a instalação do juízo de garantias trazer um **rol taxativo das atribuições que lhe cabem.** É certo, pela própria natureza do instituto, que lhe caberá decidir acerca dos pedidos de liberdade provisória. Porém, deve ele decidir acerca de questões penitenciárias dos presos provisórios?

Creemos que são atribuições **necessariamente** conferidas ao juízo de garantias:

- recebimento imediato de cópia do auto de prisão em flagrante;
- comunicação prévia e acompanhamento dos atos de flagrante em ação controlada, conforme Lei Federal n. 9.034/95;
- recebimento imediato da portaria de instauração de inquérito policial;
- determinação do trancamento do inquérito policial quando o procedimento carecer de fundamento razoável;
- decisão acerca da legalidade do flagrante e de seu eventual relaxamento;
- decisão acerca do pedido de liberdade provisória e eventual arbitramento de fiança;
- decisão acerca dos pedidos de prorrogação de prazo de conclusão das investigações e do prazo das prisões cautelares;
- decisão acerca das representações ministeriais e policiais de prisão preventiva e temporária;
- decisão acerca das representações ministeriais e policiais de busca e apreensão, interceptação das comunicações telefônicas, quebras de quaisquer sigilos protegidos constitucionalmente ou quaisquer diligências que violem direitos fundamentais do sujeito passivo;
- comunicação prévia e acompanhamento contínuo dos procedimentos de infiltração de agentes em estruturas de crime organizado, também conforme Lei Federal n. 9.034/95;
- determinar, mediante provocação, a realização de exame médico psiquiátrico visando verificar o grau de imputabilidade do investigado;
- determinação da produção antecipada de provas urgentes ou não repetíveis, obedecendo-se a ampla defesa e o contraditório;
- decisão acerca de representações ministeriais de adoção de medidas cautelares reais;
- decisão acerca da conveniência e extensão do sigilo do inquérito policial, zelando pela (excepcional) extensão do sigilo à defesa quando a natureza da

diligência requerer, e zelando também pela integridade da imagem do indivíduo frente à superexposição da mídia;

recebimento preliminar da peça acusatória e citação do acusado para responder à acusação; e

- recebimento definitivo da peça acusatória.

São atribuições que consideramos **passíveis** de ser atribuídas ao juízo de garantias, mas que devem obedecer à lógica do sistema, seja ela qual for, por **não haver prejuízo da atribuição a outro juízo**:

- receber, processar e julgar o recurso de *habeas corpus* impetrado pelo sujeito passivo contra ato perpetrado pelas autoridades envolvidas na investigação preliminar, desde que impetrado antes do recebimento da denúncia (não se deve limitar de nenhuma forma o exercício do *habeas corpus* atribuindo a competência a um órgão específico - deve-se lembrar que qualquer magistrado é competente para impetrar *habeas corpus* de ofício ou dele conhecer, pelo que a mera previsão da competência do juiz de garantias ou é limitadora ou é redundante);

zelar pelos direitos dos presos cautelarmente antes do recebimento da denúncia (embora seja válida a preocupação em atribuir-se pensando-se no completo domínio do juízo de garantias sobre qualquer tema jurisdicional oriundo da investigação preliminar - o zelo do preso cautelar ao juízo de garantias, há que se considerar que o juízo das execuções penais também é especializado em sua atribuição de zelar pelas condições dos encarcerados, e não há risco de perda da imparcialidade deste juiz, que não tem participação no mérito do processo penal); e

funcionar nas etapas preliminares ao processo penal por crimes de menor potencial ofensivo, no procedimento sumaríssimo (dado o procedimento célere deste tipo de delito, há que se avaliar, consoante a legislação específica, a conveniência de se atribuir todo o controle, desde o fato até a sentença, aos juízes especializados dos Juizados Especiais Criminais).

Ao juiz de garantias incumbirá a função legal de zelar pela estrita legalidade da investigação preliminar e pelos direitos do acusado. Mesmo se não provocado, deve ser-lhe dado o poder de intervir no procedimento administrativo quando julgar necessário, se constatada alguma irregularidade ou violação real ou potencial dos direitos do investigado. Porém, esta atuação de ofício do magistrado deve estar limitada às medidas *favor rei*, pelo própria natureza do princípio acusatório, que veda a atuação jurisdicional não provocada. Porém, dada a hipossuficiência natural da defesa em um procedimento inquisitório, e pela maior eficiência na guarida dos direitos fundamentais do investigado, entendemos que a adoção de medidas de ofício pelo juízo de garantias deve ser prevista, desde que a favor do investigado.

Muito se especula⁷⁶ acerca dos problemas estruturais do Poder Judiciário brasileiro com relação à disponibilização de juízes de garantias em todas as comarcas. Tratar-se-ia de, no entendimento dos críticos, *duplicar* no dia seguinte à promulgação da lei o número de varas criminais no País, quando o Judiciário já tem dificuldades de aumentar em 10% ou 20% ao ano. Jamais negando as claras e (por vezes) absurdas deficiências dos recursos materiais e humanos da Justiça, o argumento levantado é falacioso.

A comarca de São Paulo é dividida em Foros Regionais, de competência territorial e material (crimes dolosos contra a vida, por exemplo, enquadram-se em uma categoria diferente de distribuição da vara competente que não segue a lógica da divisão territorial dos foros regionais). O Foro Regional Central possui atualmente trinta e duas varas criminais de primeira instância. Há, no mesmo prédio, a chamada Divisão de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária – DIPO, que é competente para funcionar nos inquéritos policiais apenas até o oferecimento da acusação, que deve ser recebida ou não pelo juiz do processo, de uma das trinta e duas varas criminais. Na prática, o DIPO atua *estruturalmente* como um juízo de garantias, mas sua atuação fica muito aquém do que esperamos do juiz garante, limitando-se a decidir sobre medidas cautelares e abstenendo-se do acompanhamento contínuo do inquérito. O DIPO conta com quatro juízes, responsáveis pelo trâmite de todos os inquéritos policiais instaurados na região central do município de São Paulo. Ora, a relação de juízes do DIPO para juízes do processo, para a mesma área territorial delimitada, e considerando que há muito mais inquéritos que ações penais (pois inquéritos podem ser arquivados e peças acusatórias rejeitadas, e estes são em muito maior número na prática que as ações penais que dispensaram inquérito policial para sua instauração), a proporção de juízes de inquérito policial e juízes de processo no Foro Central da comarca de São Paulo é de **um para oito**. Trata-se da região central da maior metrópole do Hemisfério Sul, certamente muito mais movimentada criminalmente que a imensa maioria dos municípios do País. Para efeito de comparação, o DIPO atende mais de vinte distritos policiais, enquanto o município que mais possui delegacias no Estado em segundo lugar, Campinas, tem menos de dez para todo o território municipal.

É de conhecimento geral que as menores cidades do interior do País, aquelas em que há apenas uma vara judicial, competente para julgar demandas cíveis e penais, têm poucos problemas criminais. São populares as estatísticas que vez por outra são apresentadas na mídia dos índices de furto de galinhas ou de cavalos em relação aos homicídios e roubos.

⁷⁶ Maurício Zanoide de Moraes e André Machado Maya mencionam em seus artigos para o Boletim do IBCCrim a argumentação propalada de que a estrutura judiciária brasileira não é compatível com a implementação do juízo de garantias (MORAES, Maurício Zanoide de. op. cit.; MAYA, André Machado. Outra vez sobre o juízo de garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 215, outubro 2010).

O que se quer demonstrar é que, se em uma das regiões de maior concentração de inquéritos policiais do País a proporção de juízes de inquéritos é de um para cada oito varas criminais, não há razão que impeça o Poder Judiciário de criar uma vara de garantia não para cada comarca, mas para cada *grupo* de comarcas. Absolutamente inescusável o argumento das distâncias quando a campanha pela informatização dos processos já anda a passos tão largos no País, e mostra-se fundamental para levar o Judiciário até os bolsões de isolamento no território nacional.

Trata-se exatamente do mesmo movimento de expansão do Judiciário que os Tribunais vêm adotando, com a diferença da especialização. Por óbvio o juiz da vara criminal terá menos atribuições com a retirada dos inquéritos de seu cartório, podendo ocupar-se da demanda reprimida que há em **toda e qualquer comarca** do Brasil, país de triste fama quando o assunto é celeridade da justiça

Há alternativas. Por certo que em comarcas maiores haverá as varas de garantias que atenderão somente sua própria comarca, mas deve-se delegar às leis de organização judiciária de cada Estado e do Distrito Federal o modo de implantação do juízo de garantias. Se há duas comarcas vizinhas que carecem de varas criminais e estrutura para implementação do modelo, que uma funcione como garante dos inquéritos da outra. Em comarcas maiores, se houver impedimentos quanto à instalação imediata de uma vara de garantias, pode a primeira funcionar de garante da seguinte, e assim sucessivamente até que a última cuide dos inquéritos da primeira. A imparcialidade do julgador do processo, que é o importante, restará preservada. Que mal há nisso? Que ilegalidade, que perda de eficiência, que impedimento a não ser o prejudicamento daqueles a quem mais apraz o modelo atual que qualquer sugestão de mudança?

O que não se pode admitir, sob nenhuma perspectiva, pois configura-se como um ataque violento e frontal à igualdade dos cidadãos, à isonomia de tratamento entre os brasileiros e estrangeiros residentes no País, é a proposta – materializada inclusive em emenda parlamentar do Senador Valter Pereira ao Projeto de Lei do Senado n. 156/2009 – é a determinação da existência do juiz de garantias apenas em algumas comarcas que atendam a alguma condição preesbelecida (no caso da emenda do Senador Valter Pereira, comarcas com cinco ou mais varas criminais). Não se pode permitir que o Estado brasileiro atribua a certa classe de cidadãos um julgamento mais imparcial e ao restante da população um julgamento potencialmente mais viciado. Se o legislador entender ser pertinente a adoção do modelo do juízo de garantias é porque reputou importantíssima a preservação da imparcialidade do julgador do processo. É absolutamente defeso ao Estado diferir o modelo de jurisdição para os cidadãos desta ou daquela comarca de modo tão torpe.

Por certo que mudanças tão drásticas na sistemática atual não seriam levemente impostas. O Substitutivo da Comissão de Constituição e Justiça do

Senado ao Projeto de Lei do Senado n. 156/2009 atribui o prazo máximo de seis anos para os Tribunais se adaptarem ao impedimento decorrente da prevenção. A experiência chilena⁷⁷ nos mostra que é possível modificar as estruturas judiciárias operantes se houver um esforço conjunto dos três Poderes da República. Em nosso vizinho sequer havia a instituição do Ministério Público quando da reforma do sistema processual penal. A adaptação da estrutura judiciária deu-se em etapas seguindo um cronograma definido, de estabelecimento do *Parquet* das menores para as maiores comarcas em um prazo definido de anos. Mudança, evidentemente, muito mais drástica do que a que aqui se estuda, pois envolveu a relação processual em si mesma, não apenas alteração de caráter procedimental como a que aqui se discute.

O dia-a-dia forense não sofreria grandes alterações com a instituição do juízo de garantias. Pelo atual sistema, os autos do inquérito policial vêm aos cartórios judiciais quando há pedido de prorrogação do prazo para conclusão das investigações ou representações da autoridade policial ou do Ministério Público. No modelo da vara de garantias, os inquéritos sofreriam análise mais atenciosa, empenhando-se o magistrado deste juízo em acompanhar de perto a atuação da autoridade policial. Este não é um aspecto essencial do fundamento do juízo de garantias, isto é, não diz respeito à imparcialidade do julgamento, mas seria um erro os operadores do Direito deixarem passar esta oportunidade. Um juízo especializado na investigação preliminar, de enfoque garantista até no nome, certamente deverá ter uma responsabilidade maior sobre o andamento do inquérito e as violações de direitos nele cometidas, fazendo valer a autoridade judicial mesmo quando não provocado, desde que a favor do investigado.

Há que se considerar também que a especialização também geraria frutos indiretos quando à qualidade das decisões. É queixa de longa data dos advogados a rigidez de certos Tribunais brasileiros, havendo divergências doutrinárias e de posicionamento até mesmo entre câmaras e turmas da mesma Corte. O juízo de garantias, até pelo nome, deveria ser destinado àqueles magistrados que se identificarem mais com a proteção dos direitos do investigado que à eficiência cega do processo *pro societatis*, porque de qualquer forma irão cumprir com seu papel garantidor, obrigados ou com prazer. Embora inquantificável, é certo que o ganho prático para a defesa será imenso.

4.4. Posição do juiz de garantias no Projeto de Lei do Senado n. 156/2009 – Anteprojeto de Código de Processo Penal

A pedido do Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, foi montada uma Comissão de Juristas, composta por nomes de mérito no campo processual

⁷⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. op. cit.; MAYA, André Machado. op. cit.

penal presididos pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Hamilton Carvalhido, destinada a compilar os Projetos de Lei propostos ao longo dos anos com vistas a reformas parciais do Código de Processo Penal e montarem um Anteprojeto deste diploma, a ser submetido ao Congresso Nacional.

A missão atingiu seus objetivos de maneira exemplar, incluindo em seu procedimento uma série de audiências públicas com os operadores do Direito em diversas regiões do País. Como resultado, no ano de 2009 foi proposto o Projeto de Lei do Senado n. 156/2009 – Anteprojeto de Código de Processo Penal.

O Projeto, elaborado pela Comissão integrada por juristas da estatura de Antônio Magalhães Gomes Filho e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, entre outros, pretendeu, como função precípua, superar a “incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei n. 3.689, de 1941, e da Constituição de 1988” que, segundo a Exposição de Motivos do Projeto, é “manifesta e inequívoca” Tratou-se de projetar a migração do processo penal brasileiro, finalmente, para o sistema acusatório. Para isto, nas palavras da Comissão, “a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor.”

Percebemos, de pronto, que o Projeto foi elaborado com vistas a garantir a imparcialidade do julgador no processo e ao mesmo tempo colher os frutos decorrentes da especialização. Mais uma vez, da Exposição de Motivos:

O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais.

O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.

A leitura das disposições do Projeto permite verificarmos que a Comissão se preocupou em conferir ao juízo de garantias o máximo de atribuições, deixando-o com o controle jurisdicional completo da investigação preliminar. Eis o texto do Substitutivo da Comissão de Constituição e Justiça, sujeito, é claro, à emendas parlamentares até o final de sua tramitação:

Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda

dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da *Constituição da República Federativa do Brasil*;

II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 553;

III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;

IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial;

V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;

VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;

VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;

VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

XI – decidir sobre os pedidos de:

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;

b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

XII – julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 447, §1º;

XIV – arquivar o inquérito policial;

XV – outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo.

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 10 (dez) dias, após o que,

se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada automaticamente.

Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.

§1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.

§2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.

§3º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão juntados aos autos do processo.

Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no parágrafo único do art. 701.

Art. 17. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Com isto, temos que todas as funções essenciais do juízo de garantias foram contempladas pelo texto do Projeto. Exceção infeliz e, a esta altura, dificilmente corrigível é a sistemática de recebimento da peça acusatória. Esta atribuição logicamente deveria ser do juízo das garantias, por uma questão de coerência com seus próprios propósitos de manutenção da imparcialidade do julgador. Trata-se de um erro grave do Projeto, que diminui muito a eficácia da medida enquanto garantidora da imparcialidade. Maurício Zanoide de Moraes ainda vê como necessária a determinação da competência do juízo de garantias sobre todas as formas de investigação preliminar, não somente o inquérito policial, devendo o juízo receber notificação da instauração de qualquer procedimento investigatório, inquérito policial ou não.⁷⁸

Ao atribuir aos entes federativos o dever de legislar acerca das regras de substituição e de designação do juízo de garantias, o Projeto incorre em risco desnecessário. Desde o advento da Emenda n. 45 à Constituição Federal, existe um órgão responsável pela coesão e disciplina de todos os órgãos do Judiciário nacional: o Conselho Nacional de Justiça. Teria sido de bom senso que o art. 17 do Projeto trouxesse a expressão “conforme orientação do Conselho Nacional de Justiça”, ou “mediante consulta ao Conselho Nacional de Justiça”. É difícil saber de que tipos de estripolias jurídicas os Legislativos estaduais são capazes, mas o Conselho Nacional de Justiça deve estar atento a uma uniformização – ainda que relativa, respeitando as diferenças e necessidades regionais – com o escopo de

⁷⁸ MORAES. “Quem...?”. In *Boletim...*

preservar sempre o ideal de resguardo da imparcialidade do juízo do processo, mantendo a isonomia entre os cidadãos.

Enfim, parece-nos que o Projeto de Código de Processo Penal traz uma nova era ao processo penal brasileiro. A instituição do juízo de garantias vem suportada por uma legislação correta e taxativa, de difícil burla. Infelizmente a Comissão, por desatenção ou falta de suporte político, não foi capaz de alterar a sistemática de recebimento da peça acusatória e de limitar a criatividade dos Legislativos brasileiros.

5. O juízo de garantias no Direito Comparado e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

5.1. O regime do juízo de garantias nos ordenamentos em que é previsto

O problema da imparcialidade do julgador que participa da investigação e do processo já foi percebido há muito pelos países da Europa Continental e, por sua influência, na América Latina. A grande maioria dos ordenamentos românicos prevê a separação de funções. Na América do Sul, Chile, Paraguai, Colômbia e algumas províncias argentinas já adotam com sucesso o modelo.⁷⁹

Na Espanha, a partir da Sentença n. 145/1988, do Tribunal Constitucional, todo o sistema processual penal vigente teve de ser repensado. Esta sentença repensou a questão do juiz preventivo, levando o legislador espanhol a reformar sua centenária *Ley de Enjuiciamiento Criminal* através da *Ley Organica 7/88*, para criar o procedimento *abreviado*, em oposição ao *ordinario*, e estabeleceu como método de investigação preliminar o sistema de *diligencias previas* ao invés do *sumario* utilizado como investigação preliminar do procedimento *ordinario*. O procedimento de *diligencias previas* ficou a cargo de um juiz instrutor, com poderes probatórios, mas impedido, pela prevenção, de atuar no processo penal.

Na Itália o *Codice di Procedura Penale* entrou em vigor em 1989 para substituir o Código Rocco, de 1930, promulgado sob regime fascista e altamente voltado ao controle social em detrimento do direito individual. O novo diploma unificou a investigação preliminar como um único procedimento a cargo do Ministério Público: as *indagini preliminari*. Tal procedimento é presidido pelo Ministério Público, que organicamente compõe a magistratura italiana, mas carece de poder jurisdicional. Por isso existe a figura do *guidice per le indagini preliminari*, um verdadeiro juiz de garantias, encarregado de decidir acerca de todas as questões que venham a surgir do conflito entre investigação e direitos do sujeito passivo. A *Corte Costituzionale*, na Sentença nº

⁷⁹ MAYA. "Outra vez..." In *Boletim...*

432/1995, reconheceu o impedimento do juiz prevento (do *guidice* que atuou nas *indagini preliminari*) de participar do processo.

Na Alemanha, a lei processual penal (*Strasfprozessordnung*), de 1974, deixou ambas as formas de investigação preliminar (*ermittlungsverfahren* e *vorverfahren*) sob controle total do Ministério Público, que é quem decide os rumos da investigação e a executa. A investigação preliminar alemã dispõe de um juiz de garantias bastante fiel ao modelo, encarregado de decidir sobre as medidas que a lei determina que o Ministério Público não pode adotar sem autorização judiciária, nomeadamente medidas cautelares pessoais, reais e meios de prova que ofendam direitos fundamentais do investigado, desde buscas e apreensões até mesmo intervenções corporais, como coleta compulsória de sangue para efeito de instrução probatória.

Em Portugal, o Código de Processo Penal veio à luz em 1988, fortemente influenciado pelo intercâmbio doutrinário com o Código alemão e as discussões para a reforma do diploma italiano. Apresenta, em linhas gerais, o mesmo modelo destes dois países. A investigação preliminar, chamada de *inquérito*, fica a cargo do Ministério Público, ente judicial, mas carente de jurisdição. O juiz de instrução português tem competências probatórias limitadas, pois embora participe mais da investigação que seus congêneres italianos e alemães (por exemplo conduzindo pessoalmente as buscas e apreensões em escritórios de advocacia, consultórios médicos ou instituições bancárias), não age de ofício, dependendo sempre da provocação do Ministério Público. De resto, porta-se como um juiz garante, encarregado de zelar pelos direitos do sujeito passivo da investigação.⁸⁰

Curiosamente, o Tribunal Constitucional português vinha sistematicamente considerando que nem toda intervenção no inquérito gerava impedimento, e que tal condição dependeria da intervenção ter-se realizado de maneira garantística ou não. O Acórdão 935/96 veio mudar a situação, declarando inconstitucional dispositivo legal que permitia que o juiz que deliberasse sobre a prisão provisória do investigado poderia julgar a ação penal.

5.2. A Convenção Europeia de Direitos Humanos e a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

A Convenção Europeia de Direitos Humanos foi assinada em 1950, na cidade de Roma, e deriva diretamente do sentimento de necessidade de união pela democracia que sentia o Velho Continente cinco anos após o término da Segunda Guerra Mundial. Os europeus, impressionados com o horror da guerra e as violações até aos mais

⁸⁰ Sobre os sistemas processuais de Espanha, Itália, Alemanha e Portugal: LOPES JR, Aury. *Sistemas... cit.*, p. 243-284.

elementares princípios de conduta na batalha, aderiram a um tratado garantista nos moldes do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, mas com a previsão de um órgão ativo e eficaz na execução das regras: o Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Diz o art. 6-1 da Convenção:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (...)

A imparcialidade do órgão jurisdicional revelou-se uma preocupação peculiar do Tribunal Europeu. Em diversas oportunidades a Corte manifestou-se na defesa da imparcialidade como fundamento básico essencial ao exercício da atividade jurisdicional.

O posicionamento mais relevante da Corte neste sentido foi a decisão do Caso *Piersack vs. Belgium*, de outubro de 1982. M. Piersack, um cidadão belga, foi condenado por uma câmara de juízes que incluía um magistrado recém nomeado, que funcionara antes da atividade judicante como integrante do gabinete do procurador responsável pela acusação de M. Piersack.

A Corte decidiu que houve, por conseguinte, violação da previsão do juiz imparcial do art. 6-1 da Convenção:

However, it is not possible to confine oneself to a purely subjective test. In this area, even appearances may be of a certain importance (...). As the Belgian Court of Cassation observed in its judgment of 21 February 1979 (...), any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw. What is at stake is the confidence which the courts must inspire in the public in a democratic society.

Outra importante manifestação da Corte veio no Caso *De Cubber vs. Belgium*, julgado em outubro de 1984. M. De Cubber, cidadão belga, foi submetido a investigação conduzida por um juiz instrutor que posteriormente integrou a turma que julgou o mérito. O Tribunal reforçou sua posição pela inadmissibilidade, estabelecendo claramente a regra para juízes que funcionaram antes do processo:

In conclusion, the impartiality of the Oudenaarde court was capable of appearing to the applicant to be open to doubt. Although the Court itself has no reason to doubt the impartiality of the member of the judiciary who had conducted the preliminary investigation (see paragraph 25 above), it recognises, having regard to the various factors discussed above, that his presence on the bench provided

grounds for some legitimate misgivings on the applicant's part. Without underestimating the force of the Government's arguments and without adopting a subjective approach (see paragraphs 25 and 28 above), the Court recalls that a restrictive interpretation of Article 6 para. 1 (art. 6-1) notably in regard to observance of the fundamental principle of the impartiality of the courts would not be consonant with the object and purpose of the provision, bearing in mind the prominent place which the right to a fair trial holds in a democratic society within the meaning of the Convention (see the above-mentioned Delcourt judgment, Series A no. 11, pp. 14-15, para. 25 in fine).

Os casos *Piersack e De Cubber* inauguraram um raciocínio jurídico que inclui a análise de diferentes ângulos da imparcialidade (subjéctiva, no primeiro; objectiva, no segundo) e foram estopins para diversas sentenças dos Tribunais Constitucionais dos países europeus, motivando reformas nos sistemas legais destas nações. Mais recentemente, em outubro de 1998, foi julgado o caso *Castillo-Algar vs. Spain*, considerando impedidos de julgar o mérito dois julgadores que haviam integrado turma que denegou recurso do investigado ainda na fase preliminar. Certamente haverá repercussão na jurisprudência dos países membros da Convenção.⁸¹

5.3. A Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Como já ponderamos no item 1.3 supra, a Convenção Americana de Direitos Humanos vige no ordenamento brasileiro a nível constitucional. Foi promulgada em 1992 e trouxe em seu bojo diversas garantias fundamentais dos cidadãos. Entre elas, a garantia do juiz imparcial:

Artigo 8.1 Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza cível, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Não teve ainda a Corte Interamericana de Direitos Humanos oportunidade para se expressar especificamente sobre impedimentos de juizes que participam da instrução. Contudo, na *Opinión Consultiva* nº 20/2009, solicitada pela República Argentina, tratando

⁸¹ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006., p. 85.

da nomeação de juízes *ad hoc*, de nacionalidade daquele que o nomeou, para julgar casos contenciosos originados de petições individuais, a Corte entendeu que a imparcialidade é um bem maior e deve ser preservada:

De lo anterior, la Corte advierte que la cuestión de la nacionalidad del juez es un factor que debe ser tomado en cuenta por el Tribunal para afianzar la percepción de la imparcialidad objetiva del juez. En este sentido coinciden ambas interpretaciones dadas al artículo 55.1 de la Convención, de las cuales es posible concluir, con igual validez, que el juez titular nacional del Estado demandado no debe participar en casos contenciosos originados en peticiones individuales.

Esta postura de valorização da imparcialidade vai ao encontro da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, pelo que cremos que, quando houver oportunidade, a Corte Interamericana não hesitará em condenar modelos de processo em que juiz que tenha participado das investigações possa funcionar no processo.

6. Conclusões

Apresentou este trabalho o instituto do juízo de garantias. Dedicamos especial atenção aos fundamentos garantistas da busca pela presunção de inocência e pelo juiz natural, e como estes institutos dependem fortemente da concretização da imparcialidade.

Entendemos, ao final desta pesquisa, que o modelo do juízo de garantias apresenta grandes vantagens em relação ao juiz competente por prevenção. A imparcialidade e a especialização do garante têm o condão de tornar a fase investigatória – via de regra inquisitória, mesmo nos ordenamentos processuais penais mais recentes – um pouco mais acessível à defesa, que, protegida das ilegalidades por um magistrado focado na proteção de seus direitos, vê o abismo entre si e a acusação, durante a investigação, diminuir-se.

Os argumentos contrários à implementação do modelo no Brasil falam sempre nas dificuldades estruturais em um país de “tamanho continental”, diversos rincões e bolsões de isolamento, com mais de 90% das comarcas tendo apenas um juiz etc. Apresentou-se neste trabalho propostas de soluções práticas como o juízo de garantias para grupos de comarcas ou a substituição, fazendo-se com que o juiz da comarca vizinha sirva de garante desta comarca e vice-versa. Não se pode tolerar, no Século XXI, escusas com relação a distâncias e tempo de chegada a locais de difícil acesso. A grande maioria dos Tribunais está atrasada em relação às metas de informatização do Conselho Nacional de Justiça, portanto não tem autoridade para discutir dificuldades com transporte de autos.

O mesmo raciocínio mesquinho da manutenção da estrutura como está “porque funciona” (funciona para quem olha de fora, para quem não é selecionado pelos

filtros da justiça penal e ingressa em seu sistema; estes, geralmente de poder social e econômico superior, realmente não vêm inconveniente no Judiciário como está...) impede a concretização do mais básico e fundamental direito do cidadão, que é a assistência jurídica gratuita. Não por acaso alguns Estados só muito recentemente passaram a contar com Defensoria Pública organizada.

Por tudo o que se expôs nestas folhas, concluímos que o juízo de garantias é a única forma de se realizar o devido processo legal de acordo com o sistema acusatório. Sua implementação já tarda no ordenamento brasileiro. Desejamos sucesso ao Projeto de Lei do Senado n. 156/2009 em sua empreitada tremenda de reformar completamente o processo penal brasileiro, e implementar este importantíssimo instituto.

Finalmente, rogamos aos três Poderes da nação que dediquem-se no esforço conjunto de implementar de maneira eficaz e não discriminatória as reformas processuais que virão. Estamos falando de processo penal, de estigmatização social, de cerceamento da liberdade por longos anos. Esperamos um tratamento sério e não leviano por parte das autoridades públicas em tudo aquilo que trouxer benefícios ao acusado conforme já previsto há vinte e dois anos pela Constituição da República.

São Paulo, 28 de dezembro de 2010.

Referências

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 _____; LOPES JR., Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. México: Episa, 1997.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito penal: comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 4.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 2

- _____. As garantias constitucionais do processo penal na América Latina. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; CRUZ, Danielle Rocha (Org.). *Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.
- _____. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MARCATO, Antonio Carlos. *A imparcialidade do juiz e a validade do processo*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3021&p=1>>. Acesso em: 22 out. 2010.
- MAYA, André Machado. Outra vez sobre o juiz de garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 215, outubro 2010.
- MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do 'juiz das garantias'? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, edição especial, agosto 2010.
- PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 153, agosto 2005.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SCHREIBER, Simone. O juiz de garantias no Projeto do Código de Processo Penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 213, agosto 2010.
- TAVAREZ, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.