

O JUIZ DAS GARANTIAS NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR CRIMINAL

The judge of guarantees in the preliminary criminal investigation

Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti

Professora Adjunta de Direito Processual Penal da UFPE

Doutora em Direito Processual pela USP

Mestre em Direito Público pela UFPE

Juíza Federal

RESUMO: O artigo trata da figura do juiz de garantias, que consta de proposta legislativa de alteração do Código de Processo Penal brasileiro e cuja adoção, no Brasil, viria fortalecer o processo penal acusatório, sobretudo no aspecto da imparcialidade objetiva do magistrado que é chamado a atuar na etapa pré-processual de investigação dos delitos. Defende que o juiz de garantias, ou juiz garantidor, é o único papel cabível ao membro do Poder Judiciário na investigação criminal, restrito a matérias que demandem reserva de jurisdição, sobretudo por não se haver instaurado o processo propriamente dito. Atenta, ainda, no rastro de tendência de diversos outros ordenamentos, para a necessária separação entre o juiz que atuou na investigação (juiz de garantias) e o juiz do processo penal.

ABSTRACT: The article deals with the figure of the judge of guarantees contained in the legislative proposal to amend the Brazilian Code of Criminal Procedure and whose adoption, in Brazil, would strengthen the adversarial criminal justice system, especially in the aspect of objective impartiality of the magistrate who is called to act in the pre-trial stage of investigation of crimes. It states that the judge of guarantees, or guarantor judge, is the only appropriate role to a member of the judiciary in criminal investigation, which is restricted to matters that require reservation of jurisdiction, especially for not having initiated the process itself. Yet it is attentive in the pathway of several other juridical systems for the necessary separation between the judge who acted in the investigation (judge of guarantees) and the judge of the criminal proceedings.

INTRODUÇÃO

Uma das principais polêmicas que afloram nos debates sobre a reforma do Código de Processo Penal pátrio versa sobre a instituição do chamado “juiz das garantias” na investigação criminal preliminar e, *a fortiori*, sobre a função que cabe ou deveria caber ao Juiz nessa importante etapa da persecução de delitos, dentro de um sistema acusatório de processo penal, como é o brasileiro.

Tramitam, no Congresso Nacional, alguns projetos de lei visando à reforma do Código de Processo Penal (Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941) e, d’entre eles, no que interessa ao tema, o de reforma parcial do Título do “Inquérito Policial” (Projeto de Lei 4.209, de 2001) e o de reforma global do CPP (Projeto de Lei 8.045, de 2010, originado do Projeto de Lei do Senado 156, de 2009), ambos tendo como móvel a necessidade de adequação do vetusto Código à atual Constituição.

O primeiro deles, oriundo de Comissão presidida pela Professora Ada Pellegrini Grinover e com várias emendas aprovadas na Câmara dos Deputados, em 11.12.2008, prevê alterações importantes, como é o caso da regra (agora expressa) de motivação dos atos da autoridade policial e das manifestações do Ministério Público (art. 16), não trazendo, porém, alterações substanciais quanto ao papel do juiz na investigação criminal, que continua – como no diploma ainda em vigor – atrelado ao sistema inquisitório que inspirou a elaboração do Código de 1941.

O segundo, resultado da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, criada em 5 de junho de 2008, e coordenada pelo Ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, já aprovado no Senado com algumas emendas e enviado à Câmara dos Deputados em 2011, veicula proposta de mudança fundamental na estrutura da investigação, retirando o juiz de atividades tipicamente burocráticas, que nada têm de jurisdicional e criando a figura do “juiz das garantias”, já incorporada em outros sistemas do direito alienígena, e da qual se tratará adiante.

1. REPENSANDO O PAPEL DO JUIZ NO SISTEMA ACUSATÓRIO: A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Ensina Afrânio Silva Jardim, inspirado nas lições do processualista italiano Liebman, que “a grande dificuldade do processo penal moderno é compatibilizar este indispensável princípio da imparcialidade do Juiz, com a busca da verdade real ou material, na medida em que a outorga de poderes instrutórios pode, ao menos psicologicamente, atingir a sua necessária neutralidade”¹.

1 - JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*, 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 40.

O sistema acusatório de processo penal, adotado em nossa Constituição e caracterizado pela separação entre as funções de acusar e julgar (art. 129, I, da CF)², retira o magistrado das funções persecutórias e, em consequência, resguarda-lhe a imparcialidade, que constitui nota fundamental do processo.

Previnem-se, ademais, possíveis resquícios do chamado processo inquisitivo, que conferia ao julgador poderes instrutórios amplos, sob o pálio da tão propalada “busca da verdade real ou material”³. Daí se reconhecer, no acusatório, o perfil do processo mais condizente com a realização da Justiça criminal, porque liberta o juiz de qualquer vinculação psicológica com a pretensão em causa, ao lhe retirar a iniciativa de instaurar a ação ou de buscar ele mesmo a prova.

A questão, todavia, é saber de que maneira há de ser modulada a fase de investigação preliminar, para manter-se harmonizada ao perfil garantista e à separação de funções entre os sujeitos envolvidos na persecução penal, preconizada pelo modelo acusatório, sejam elas jurisdição, acusação e defesa. Afinal, a estrutura da investigação criminal é um elemento crucial para distinguir entre sistemas de índole acusatória ou inquisitória.

Sobre a legitimidade para instaurar e conduzir a investigação preliminar, no confrontar dos sistemas, o juizado de instrução, típico do sistema francês, cede espaço a uma etapa investigativa livre de ingerências do julgador que não sejam para garantir a legalidade das medidas investigatórias tomadas, contra e a favor do investigado.

Os maiores movimentos reformistas das últimas décadas retiram dessa cena o julgador e a diluem entre os agentes de segurança pública e o Ministério Público, conferindo-se ao juiz o posto de garantidor, atuando em incidentes jurisdicionalizados dentro da investigação criminal⁴. No transcurso dessa

Acrescentaríamos ao adjetivo “instrutórios” o correlato “investigatórios”.

2 - À Polícia Judiciária, a Constituição cometeu a função precípua de investigação; ao Ministério Público, o controle externo dessa atividade, ao Poder Judiciário, o conhecimento e julgamento de processos. A evolução publicista do processo rumo à oficialidade da ação direciona-o, de fato, a um processo de partes, com separação das principais atividades processuais (acusar, defender e julgar), sem, no entanto, descurar o Estado da *persecutio criminis*: entrega a acusação a uma instituição independente (o que se torna possível com a criação do Ministério Público), seja em caráter exclusivo (como na Itália, Alemanha e Brasil) ou compartilhado (como na Espanha, que ainda mantém o juiz instrutor), desvinculando o juiz dessa atividade.

3 - Essa adjetivação da verdade que se pretende alcançar com o processo, conquanto ainda recorrente no meio jurídico, parece-nos, como já afirmado, infeliz, seja pela natural impossibilidade de reconstituição perfeita dos fatos trazidos a juízo em todos os casos, seja porque, em qualquer situação, a verdade da decisão será afinal ditada mediante o processo, o encontro das partes, com oportunidades equânimes de apresentação de provas e de contra-argumentação. Cf., a respeito, ZAGREBELSKY, Vladimiro. *Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 36, p. 435-492, apr./giugno 1993.

4 - Quanto a essa tendência, Fauzi Hassan Choukr (*Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 26-28) destaca que, nas propostas de alteração legislativa na França, o juizado foi abrindo espaço à polícia judiciária, sobretudo com o recrudescimento da importância das *enquêtes préliminaires*, realizadas pela polícia, agindo autonomamente ou por delegação da magistratura. Nada obstante, ainda é mantido o juiz de instrução, embora intervindo em uma minoria de

etapa, o modelo acusatório ideal repudia a introdução de outro órgão estatal que não o legitimado ativo para sua condução e valoração. Consolida-se o Ministério Público como titular da ação penal e orientador de sua preparação, contando com o apoio da polícia judiciária⁵.

Assim, percebe-se que não tem sentido a inserção, na fase pré-processual, do julgador (sujeito a quem cabe, na tripartição de poderes do Estado soberano, a decisão do conflito de interesses instaurado com o processo), a menos, quando em debate, matéria sujeita à reserva de jurisdição, como nos casos de decretações de prisão cautelar, de escuta telefônica, de busca e apreensão, etc. Afigura-se mais consentâneo ao princípio acusatório, evitando-se a colheita de elementos desnecessários, que o titular da ação penal, e não o juiz, oriente a investigação preliminar, atuando em conjunto com a polícia investigativa.

2. A GARANTIA DO JUIZ NATURAL E SUA APLICAÇÃO À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

A Constituição de 1988, seguindo uma tradição inaugurada com a Carta Política de 1824 (e excepcionada apenas pela Carta de 1937), consagra, de forma clara em seu texto⁶, o postulado do juiz natural sob a perspectiva de uma dupla garantia individual: a de que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (art. 5.º, XXXVII) e a de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5.º, LIII). Desses enunciados, extrai-se que o juiz natural, em matéria penal, no nosso direito, é a autoridade competente para processar e julgar segundo ditames constitucionais⁷.

casos. Há uma ligação, inclusive, hierárquica entre a polícia judiciária e o Ministério Público, a quem cabe a fiscalização do trabalho policial. Aponta o autor, também, a criação, pela Lei 516, de 15.6.2000, de um juiz específico para os incidentes jurisdicionais ao longo da investigação (o juiz de garantias), mesmo quando desenvolvida por um juiz instrutor.

5 - Assim o revela Antonio Scarance Fernandes (Rumos da investigação criminal no direito brasileiro. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, São Paulo, v. 5, n. 21, jul./set. 2001, p. 13): “Há um forte movimento na Europa continental no sentido de migrar de um sistema informado pelo juizado de instrução para outro em que se dá ao Ministério Público a tarefa de supervisionar a investigação. O exame, contudo, dessas realidades mostra que sempre há necessidade de uma atividade típica de investigação realizada pela polícia. A diferença existente é em relação à autoridade para a qual são remetidos os resultados dessa investigação preliminar, autoridade essa que poderá, a partir desse momento, ouvir quem foi apontado como autor do crime, inquirir pessoas e determinar novas diligências”.

6 - A Constituição de 1967 e a Emenda 1 de 1969 – seguindo o modelo das Cartas de 1824, 1891, 1934 e 1946 – referiam-se, respectivamente, nos arts. 150, § 15, e 153, § 15, apenas à proibição de tribunais de exceção: “§ 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá fôro privilegiado nem tribunais de exceção”.

7 - Assinale-se que vários diplomas internacionais de envergadura dão guarida ao princípio, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948 (art. 26), a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (arts. 8.º e 10), a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1950 (arts. 5.º e 6.º), o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, de 1966 (arts. 9.3 e 14), e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (art. 8.1).

Firma-se o juiz natural como a garantia do acusado de submeter-se apenas ao juiz competente e imparcial. Na investigação preliminar de cunho penal, não sendo o juiz o condutor do procedimento (coordenado, via de regra, por autoridades administrativas), é-lhe reservado um papel compatível com a elevada função que, na tripartição clássica dos poderes estatais, coube claramente ao Poder Judiciário: dizer o direito (*ius dicere*) e aplicá-lo aos casos concretos. Assim prevê a nossa Constituição, ao dispor, no art. 2.º, que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, e asseverar, no art. 5.º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Desses dois princípios constitucionais, extrai-se a garantia da *reserva de jurisdição*, a significar, em primeiro plano, que qualquer pessoa tem o direito de recorrer ao Poder Judiciário para que este, aplicando a lei ao caso concreto, assegure a observância dos direitos fundamentais eventualmente desrespeitados; e, em segundo lugar, que determinadas matérias devem ser de apreciação exclusiva dos órgãos jurisdicionais (afastados, portanto, os órgãos dos Poderes Legislativo e Executivo), não apenas para que deem a última palavra, mas para que sua manifestação ocorra em primeiro plano, como requisito para a legitimidade do ato⁸. Assim é que o Poder Judiciário será o único legítimo a apreciar e adotar medidas que impliquem restrições aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos⁹.

Trata-se de tema, a todo instante, presente nas investigações preliminares com fins penais, em que é comum a prática de atos de averiguação e de prova, passíveis de ingerir na esfera de direitos fundamentais dos investigados, sobretudo por via de medidas cautelares (prisão cautelar, busca e apreensão domiciliar, indisponibilidade de bens, arresto, quebras de sigilo bancário, fiscal e de dados, interceptação telefônica, etc.).

É certo que algumas matérias já estão especificadas no próprio Texto Constitucional como integrantes da reserva de jurisdição (v.g, os casos de ingresso na casa de alguém sem o seu consentimento; de violação do sigilo

8 - FRANCO, Alberto Silva; MORAES, Maurício Zanoide de. Dos princípios e garantias constitucionais do devido processo legal. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui (Coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 331-332. Nesse sentido, concluem os autores que o princípio da reserva de jurisdição garante ao cidadão, sempre que entender violado ou ameaçado direito seu, por ato de particular ou de ente público, exerça seu direito fundamental de recorrer ao Poder Judiciário “para que este, em primeira ou última manifestação, verifique a legalidade do ato impugnado e, em respeito aos princípios contidos no devido processo legal, profira decisão apta a pacificar o conflito pela mais justa aplicação da norma” (Idem, p. 333).

9 - A funcionarem, eles mesmos, como freios à atividade jurisdicional, já que “é no processo penal, entendido como instrumento da persecução, que a liberdade do indivíduo avulta e se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade jurisdicional. (...) [A] obrigação do Estado de sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado se transforma na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 20).

das comunicações telefônicas e de prisão de um indivíduo – art. 5.º, XI, XII e XLI). Outros atos, contudo, embora não expressamente remetidos à prévia intervenção judicial, integrarão igualmente a cláusula de reserva de jurisdição sempre que se tratar de restringir direito fundamental constitucional¹⁰, sendo de frisar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem tendo importante papel no preenchimento paulatino do conteúdo da cláusula¹¹.

Aplicada a garantia do juiz natural à investigação preliminar – na qual existe, também, “acusação” em sentido amplo, impondo-se, por isso, a existência de um órgão jurisdicional destinado a apreciar os pedidos que interfiram na liberdade do cidadão –, segue-se que, não vigorando entre nós o sistema dos juizados de instrução, todo investigado tem direito a um juiz, previamente determinado em normas de competência e afastado de qualquer atividade propulsora da investigação, a quem deverá tocar tão-somente a determinação e controle do alcance e duração das medidas cautelares adotadas nessa fase, coibindo eventuais abusos por parte das demais autoridades envolvidas, seja da Polícia, do Ministério Público ou do Poder Legislativo.

A figura do juiz competente, independente e imparcial, como controlador da legalidade na investigação preliminar e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo, embora ainda não satisfatoriamente definida em nosso Direito, será de suma importância para salvaguarda dessas liberdades,

10 - Paulo Castro Rangel, ao analisar a reserva de jurisdição no direito português, explica que a matéria foi-se delineando, sobretudo, pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, fixando-se conceitos que expressam níveis diferenciados de jurisdição, pelo que denomina “critério das duas palavras”: em primeiro lugar, haveria *reserva absoluta de jurisdição* para matérias que exigissem a primeira palavra do órgão jurisdicional; em segundo lugar, haveria apenas uma *reserva relativa de jurisdição*, em que ao juiz competiria apenas a última palavra acerca da matéria. No primeiro caso, quando a reserva estivesse já especificada no texto constitucional ou na lei (reserva absoluta de jurisdição especificada), não haveria maiores dúvidas; fora desse âmbito, a questão se tornaria problemática, havendo ainda certa indefinição sobre o tema (*Reserva de jurisdição*: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 59-65). Na mesma linha, ver J. J. Gomes Canotilho, ao tratar da reserva de juiz e da reserva de tribunais (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 667-673).

11 - É paradigmático, nesse sentido, o acórdão proferido no julgamento do MS 23.452/RJ (rel. Min. Celso de Mello, DJ de 12.5.2000), pelo qual o Plenário do STF considerou que as Comissões Parlamentares de Inquérito (órgãos não-jurisdicionais) poderiam decretar a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico (sobre os dados/registros telefônicos), relativamente a pessoas por elas investigadas, desde que justificassem a necessidade da medida excepcional, sem prejuízo do controle jurisdicional ulterior desses atos. Ficou gravado em sua ementa: “POSTULADO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO: UM TEMA AINDA PENDENTE DE DEFINIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais’. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5.º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5.º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5.º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. Doutrina”.

sempre que ameaçadas¹², não se confundindo com a do investigador ou a do coordenador da investigação.

3. A GARANTIA DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ E SUA EXTENSÃO À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

A imparcialidade do julgador representa uma das facetas da garantia do juiz natural, consequência lógica da adoção da heterocomposição, por meio da qual um terceiro imparcial substitui a autonomia das partes, justamente a posição que o Estado ocupa no processo, por via do juiz.

Se bem que a Constituição da República de 1988 não estabeleça a imparcialidade do juiz de forma expressa, ela pode ser inferida das garantias do devido processo legal e do juiz natural e, por isso, tida como orientadora do processo penal bem antes da vigência da atual Carta¹³. Inegável, porém, que, com ela, resultou fortalecida a garantia, máxime pelo destaque de outras – como o princípio do juiz natural e a correlata proibição dos tribunais de exceção – às quais está necessariamente relacionada, e também pela reserva, ao Ministério Público, da promoção da ação penal pública, em caráter exclusivo (a privatividade a que alude a redação constitucional¹⁴ nada mais representa que o resguardo da ação penal privada subsidiária, pelo ofendido).

A parcialidade ou a ausência de imparcialidade do juiz conduz ao descrédito da sociedade em suas instituições, d'onde necessária a instituição de mecanismos que contribuam à incolumidade dessa garantia. Um deles consiste no princípio da ação, ou da demanda, ou da inércia da jurisdição, segundo o qual cabe à parte a iniciativa de instaurar o exercício da função jurisdicional. A experiência demonstra que o juiz que toma a iniciativa de

12 - Ao tratar da proteção jurisdicional das liberdades contra o Executivo e os particulares, ou do papel do juiz como *protetor da ordem* nos Estados liberais, Jean Rivero e Hugues Moutouh (*Liberdades públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 279-280) explicam que o juiz, “mesmo quando reprime, mostra-se o elemento essencial de um sistema de sanções do estatuto das liberdades”, pois a experiência prova que é a intervenção do juiz que reduz ao mínimo o risco de abusos da liberdade no âmbito de uma sociedade organizada.

13 - Já sob a vigência da Constituição de 1988, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (Nova Iorque, 1966), incorporado em nosso sistema pelo Decreto 592/1992, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969), pelo Decreto 679/1992, são explícitos ao consagrar a garantia da imparcialidade do juiz, referindo-se ao direito de toda pessoa, na apuração de qualquer acusação penal, ser ouvida por um juiz ou Tribunal “competente, independente e imparcial”, nos arts. 14.1 e 8.1, respectivamente. Os diplomas internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil aderiu são acoplados ao nosso direito interno com o grau de preceito constitucional, por força dos §§ 1.º e 2.º do art. 5.º da CF, porquanto veiculam matéria tipicamente constitucional, conclusão reforçada após a inclusão do § 3.º ao referido artigo pela Emenda Constitucional 45/2004 (cf. PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário*: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005, p. 71-73).

14 - “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (...)”.

instaurar o processo, o que é típico do sistema inquisitivo, acaba por ligar-se à pretensão, propendendo a decidir favoravelmente a ela¹⁵.

O modelo acusatório de processo põe em evidência a imparcialidade do julgador, que, como representante do Estado-juiz, deve colocar-se entre as partes e além do interesse delas. O juiz deve agir imparcialmente para bem conceder a prestação jurisdicional. Para tanto, são-lhe asseguradas certas garantias (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos), mas também lhe são vedadas certas atitudes, como o exercício de atividade político-partidária, o recebimento de participações no processo ou o exercício de outra profissão (exceto uma de magistério), tudo isso buscando assegurar a sua maior independência e isenção.

Expressa-se a imparcialidade mediante dois ângulos: o subjetivo e o objetivo. O primeiro corresponde a um estado pessoal anímico do juiz, à ausência de pré-juízos acerca de determinado assunto de que é conhecedor e que venha influir em sua convicção no caso concreto. O segundo diz com a adoção de garantias necessárias para repelir quaisquer dúvidas sobre sua imparcialidade, colocando-o em uma situação jurídica objetivamente imparcial¹⁶. As normas de competência definem o aspecto objetivo do aludido princípio. Já sob o prisma subjetivo, a legislação infraconstitucional cuida de preservar a imparcialidade pelas regras de suspeição e impedimento, como são as contidas no Código de Processo Penal (art. 252 e seguintes).

Certo que a imparcialidade plena é algo de difícil (quicá impossível) alcance, um mito a ser relativizado, pois o juiz, como qualquer outra pessoa, possui sua escala de valores construída em face de sua origem, formação, cultura, etc., o que, inexoravelmente, influi em suas decisões¹⁷. No entanto,

15 - No sistema dos juizados de instrução, marcado pela inquisitividade, compreende-se possível o resguardo da imparcialidade judicial, desde que se criem fases distintas: uma persecutória preliminar e uma acusatória para o julgamento (diferenciando-se, pois, o juiz de instrução e o juiz do julgamento). Todavia, isso redundaria em um acoplamento forçado entre os modelos inquisitório e acusatório, mediante fases processuais sucessivas, não oferecendo vantagem alguma tratar o juiz como órgão de investigação em um sistema que dispõe de instituições vocacionadas a essa tarefa, como a Polícia Judiciária e o Ministério Público.

16 - A distinção é referida por Aury Lopes Jr. (*Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 76-77), evocando precedente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, de 1982.

17 - Como explica Plácido Fernández-Viagas Bartolomé (*El juez imparcial*. Granada: Comares, 1997, p. 6-8), os condicionamentos sociais e ideológicos do juiz são, a princípio, impossíveis de perceber, pois se passam no estrito mundo do psíquico e cultural. A formação e origem social do juiz serão essenciais na determinação de sua ordem de valores, e, portanto, dos critérios que vão presidir sua atividade interpretativa, porque diretamente relacionados a seu contexto vital. “Seu sentimento do ‘justo’ supõe um dado prévio a todo raciocínio que estará determinado pela personalidade do julgador. É impossível que este seja uma máquina e, se não é, sua forma intelectual de reagir será o resultado de um conjunto de influências”. E continua o autor, explicando que o grau de aceitação da função do juiz dependerá sempre da coesão do sistema em que inserido. Assim, “num Estado Democrático de Direito, que encontra seu fundamento na soberania popular, sempre que atingido um aceitável nível de estabilidade social, oferecerá em princípio as condições necessárias para proporcionar uma tutela judicial efetiva à cidadania em seu conjunto”. Também Luís Roberto Barroso (*Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma*

um sistema assentado em bases democráticas deve cercar-se de todos os meios institucionais possíveis para evitar sacrifícios a esse caro princípio, não se podendo, por exemplo, endossar atitudes de verdadeira substituição da parte pelo julgador, ou mesmo a adoção de diligências investigativas, na fase pré-processual, pelo sujeito que é incumbido da garantia de direitos fundamentais dos envolvidos na investigação e do conhecimento e julgamento das causas penais.

Como ensina Emilio de Llera Suárez-Bárcena, a atribuição conjunta de atos de investigação e de medidas instrumentais limitativas de direitos (medidas cautelares pessoais e reais) a um mesmo juiz, na fase prévia, anula irremediavelmente a sua imparcialidade como condição estrutural dos órgãos jurisdicionais. Os atos puramente de investigação não só são incompatíveis com o exercício do poder jurisdicional, como também ocasionam a perda da imparcialidade do juiz que os realiza e dirige¹⁸.

No terreno da investigação preliminar, portanto, há que se preservar a garantia da imparcialidade como essencial vetor da atividade do juiz, chamado a intervir nos incidentes que demandam jurisdicionalização. Calha registrar, todavia, que, no plano processual penal brasileiro, segundo a lei vigente, não existe distinção entre o juiz que analisa medidas cautelares na investigação preliminar, o juiz que efetua o juízo de admissibilidade da acusação e o juiz que efetivamente julga a ação penal. Trata-se, como bem observa Fauzi Hassan Choukr, “de fator de complicação para a aplicação substancial da imparcialidade, na medida em que sua formação de convencimento já está comprometida com o desenrolar dos fatos desde antes do início da ação penal propriamente dita”¹⁹.

4. O JUIZ COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como destaca Aury Lopes Jr., “o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição”²⁰.

dogmática constitucional transformadora. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 289) escreve que “a neutralidade pressupõe algo impossível: que o intérprete seja indiferente ao produto do seu trabalho. É claro que há uma infindável quantidade de casos decididos pelo Judiciário que não mobilizam o juiz em nenhum sentido que não o de burocraticamente cumprir seu dever. Outros tantos casos, porém, envolvem a escolha de valores e alternativas possíveis. E aí, mesmo quando não atue em nome dos interesses de classe ou estamentais, ainda quando não milite em favor do próprio interesse, o intérprete estará promovendo as suas próprias crenças, a sua visão de mundo, o seu senso de justiça”.

18 - La inidoneidad constitucional de jueces y fiscales para asumir la investigación oficial. In: *El modelo constitucional de investigación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 120-121.

19 - *Processo penal à luz da Constituição*. Bauru: Edipro, 1999, p. 33.

20 - *Sistemas...*, cit., p. 162-163.

Logo, a partir do momento em que se altera a estruturação da investigação preliminar, retirando do juiz o trabalho meramente administrativo-burocrático de intermediar pedidos de prazo, de diligências ordinárias, etc., confere-se maior efetivação aos preceitos constitucionais e maior legitimidade à função jurisdicional, deixando ao magistrado tão-somente a função que lhe cumpre na fase pré-processual, que é a de garantidor.

Juiz garante, juiz garantidor, juiz de (ou das) garantias ou *juiz das liberdades* são expressões indistintamente aptas a designar, no Estado Democrático de Direito, o papel do Juiz na garantia dos direitos do acusado na persecução penal, não podendo ficar inerte diante de violações ou ameaças a direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Quando chamado a atuar no inquérito policial, o juiz deve adotar a posição de garante dos direitos fundamentais do sujeito passivo, direito estes que se dirigem contra o Estado. A função do juiz, no processo penal, passa a ser a de proteção do indivíduo, em seus direitos fundamentais de liberdade e segurança coletiva, contra eventuais abusos do Estado, ao mesmo tempo em que, atuando como garante, é legitimador dos atos do Estado-Polícia²¹.

A já referida separação de funções do sistema acusatório, portanto, deve ser retraída ao início da fase investigatória, evitando-se que o magistrado, cuja vocação precípua é a de decidir conflitos de interesses, imiscua-se na produção de elementos de convicção que serão, mais tarde, a ele mesmo dirigidos, quando da apreciação da viabilidade da ação penal. Suas decisões na fase investigativa passam a depender das alegações dos sujeitos envolvidos na persecução preliminar, não lhe sendo reconhecidos poderes investigatórios ou instrutórios nessa fase inicial da persecução.

5. A DEFINIÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NA INVESTIGAÇÃO

Ante as premissas até aqui expostas, conclui-se que os procedimentos de investigação preliminar também reclamam observância à cláusula do devido processo penal e às garantias dela decorrentes, entre elas o juiz natural. A função do juiz natural na fase pré-processual, integrada ao sistema acusatório, deve ser a de *garantidor* – restrita, portanto, à solução dos incidentes que demandem jurisdicionalização, por implicarem ferimento a direitos fundamentais do indivíduo²².

21 - Como pontua André Machado Maya (O juiz das garantias no projeto de reforma do Código de Processo Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 17, n. 204, nov. 2009, p. 6), apesar da redundância da expressão, o instituto do *juiz das garantias* vem reforçar a compreensão da efetiva função dos juízes no cenário processual penal, pondo em destaque, não apenas na instrução criminal, mas especialmente na fase pré-processual, o dever de o magistrado atuar não como investigador, mas como garantidor de que a investigação criminal obedeça a rígidos padrões de legalidade.

22 Como bem sintetiza Paula Bajer Fernandes Martins da Costa (*Igualdade no direito processual*

Assim, no Estado Democrático de Direito, a presença do julgador ou do juiz natural, na fase prévia da *persecutio criminis*, deve revelar-se, simplesmente, no papel de *Juiz das garantias*, aquele cuja atuação – afinada ao princípio acusatório e à estrutura dialética do processo penal – fica restrita, agindo não como investigador ou instrutor, mas somente como controlador da legalidade e garantidor dos direitos fundamentais do sujeito passivo.

A justificativa para definir-se a figura do Juiz das garantias (também chamado de juiz de controle, juiz das liberdades, juiz garante, etc.²³), existente em alguns países, está em que, ao ingerir na investigação criminal exercendo tarefas não propriamente jurisdicionais, pode o magistrado acabar comprometendo-se com a prova (por ele mesmo) produzida e assim prejudicar a característica da imparcialidade, rompendo-se a haste de garantias que dá base ao sistema²⁴.

Na Itália, modelo por excelência do juiz garantidor, com a abolição do sistema do juiz de instrução e a atribuição ao Ministério Público das investigações, surgiu a necessidade de criar-se um instrumento de controle da etapa investigativa, no que tange à sua adequação, ao fundamento da prova para a abertura do processo e à liberdade pessoal do sujeito passivo. Nasceu, então, o *giudice per le indagini preliminari*, previsto no art. 328 do CPP italiano, cujo papel é basicamente o de custódia da legalidade dos atos levados a efeito na fase prévia. Age a requerimento dos interessados, que a ele se dirigem quando se trata de resolver questões referentes à liberdade pessoal, às intervenções telefônicas, à antecipação de provas urgentes, ao arquivamento

penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 131), “o juiz, especialmente na primeira fase da persecução penal, ordena medidas constritivas. Esse ordenar existe para preservar direitos individuais: o juiz não preside a investigação criminal preliminar”.

23 Na Alemanha, conforme mostra Bernd Schünemann (La policía alemana como auxiliar del Ministerio Fiscal: estructura, organización y actividades. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 7, n. 12, sep. 2001, p. 109-110), existe o chamado “juiz investigador” (*Ermittlungsrichter*), que exerce a proteção do imputado frente a graves violações no procedimento de investigação, e não pode ser confundido com a tradicional figura do juiz instrutor (*Untersuchungsrichter*), já abolida. O juiz investigador é, em geral, um juiz jovem, de uma instância inferior – cabe notar que a instrução oral alemã é realizada pelos tribunais penais –, que não dirige a investigação em seu conjunto, mas apenas tem que decidir, caso a caso, sobre requerimentos do Ministério Público de ordenar medidas coercitivas. Também em Portugal, para maximizar o alcance da estrutura acusatória do processo, o CPP luso limita a atuação do juiz na fase de inquérito, que fica circunscrita às medidas dirtamente relacionadas aos direitos e liberdades fundamentais das pessoas, vedada a determinação ou realização de qualquer ato de natureza investigatória. Como traduzem Nicolás Rodríguez García e Fernando Andrade Fernandes (Orientações fundamentais da fase preliminar do processo penal: uma análise comparativa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, v. 5, n. 3-4, jul./dez. 1996, p. 434-435), substituiu-se a figura de um “juiz de instrução” por um “juiz na instrução”.

24 - Sobre o tema, calha transcrever também a observação de Antonio Magalhães Gomes Filho (Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 260): “De fato, é difícil imaginar que um juiz ativo na fase de investigação possa ser, ao mesmo tempo, um magistrado imparcial no momento da decisão, porque a tarefa de recolher elementos para a ação penal é, por natureza, parcial e, no nosso sistema, realizada unilateralmente pelos órgãos oficiais incumbidos da persecução”.

do procedimento. É ele que convalidará ou invalidará as detenções feitas pela Polícia e presidirá o contraditório que se desenvolve nos incidentes probatórios²⁵.

O Juiz garantidor, tal como propriamente concebido, não investiga; mantém-se afastado da investigação preliminar, limitando-se a exercer o controle formal da prisão em flagrante e a autorizar medidas restritivas de direitos. Esse afastamento ou alheamento, pessoal e institucional, revela-se importante garantia de imparcialidade, pressupondo que o magistrado não oriente a investigação policial tampouco presencie seus atos, ocupando uma postura suprapartes e distante da atividade policial²⁶.

Parte-se da premissa de que a genuína razão de interferência do Magistrado, na fase prévia da persecução penal, reporta-se à cláusula de reserva de jurisdição²⁷, aplicada em alguns episódios da investigação e pela qual determinadas matérias, envolvendo a violação ou a preservação de direitos fundamentais dos indivíduos, que constituem núcleo essencial do Estado de Direito, devem ser apreciadas tão-somente pelo Poder Judiciário. Essa é a capital função do magistrado na esfera investigativa, senão que, antes da instauração do processo penal, caber-lhe-ia conhecer apenas, de um lado, medidas implicativas de lesão a direitos (por via de *habeas corpus*, mandados de segurança, pedidos de restituição de coisas, de busca e apreensão, etc.) e, de outro, medidas cerceadoras de liberdade ou privacidade do investigado, como pedidos de prisão provisória, de quebra de sigilo bancário ou das comunicações

25 - Comparando o *giudice per le indagine preliminare* com o antigo juiz instrutor italiano, Nicolás M. Guzmán (Algunos aspectos del modelo procesal penal italiano: en particular, la novedosa estructuración de la fase de la investigación preliminar. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, v. B, 2002, p. 629) diz que o que mais caracteriza o primeiro é a sua imparcialidade (*terzietà*) ou alheamento a respeito da tarefa investigativa, já que ele não se envolve nas investigações promovidas pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária. Como contrapartida à posição do juiz garantidor, com as investigações preliminares se desenvolvendo de forma livre, fora do controle judicial para a maioria dos atos, o Ministério Público teria recuperado seu natural papel de parte (acusador).

26 - LOPES JR., Aury. *Sistemas...*, cit., p. 164. No mesmo raciocínio, Emilio de Llera Suárez-Bárcena (*La inidoneidad...*, cit., p. 126) esclarece que a intervenção do juiz de garantia se concebe com a finalidade de amparar o titular de um direito ameaçado ou lesionado por outro sujeito distinto, mediante um ato de tutela jurídica a cargo do juiz que lhe é pedida por algum interessado, de modo que a intervenção do juiz em garantia de um direito supõe as garantias próprias do processo ou, pelo menos, de um juízo imparcial.

27 - Therezinha Astolphi Cazerta, ao tratar especificamente das ações penais de competência originária de tribunais (Ação penal originária: apontamentos: reflexões. *Revista TRF 3.ª Região*, São Paulo, v. 80, nov./dez. 2006, p. 19-20), explica que “a participação do juiz nessa fase é limitada, sendo os poderes instrutórios reservados à autoridade policial e ao Ministério Público, que deterão a iniciativa da produção de provas. Do juiz são exigidas decisões sobre medidas que dependam essencialmente de autorização judicial, v.g., autorização de interceptações telefônicas, expedição de mandados de busca e apreensão, decreto de prisão temporária ou preventiva, quebra de sigilo bancário, fiscal, etc. Nada que resulte em execução de atividade própria de autoridade policial ou do Ministério Público, e nem mesmo acompanhamento direto de trabalhos de campo, realização de diligências policiais, etc. A atuação do magistrado, nessa fase, é medida de proteção do investigado, para que sejam respeitados seus direitos fundamentais, funcionando como verdadeiro juiz ‘garante’ ou ‘de garantias’, órgão suprapartes”.

telefônicas²⁸. E muitas são as medidas dessa natureza encontradas na investigação preliminar, por vezes mais que na fase processual.

No Brasil, não temos ainda positivada a definição do *Juiz das garantias* na investigação preliminar, de modo que o magistrado chamado a atuar como juiz natural na etapa investigativa exerce, por disposições legais, outras várias atividades, além da garantia dos direitos fundamentais porventura ameaçados ou violados.

É de ver-se, outrossim, que todas as espécies de investigação preliminar em nosso sistema, policiais ou extrapoliciais, constituem mero procedimento voltado à reunião de elementos mínimos para confirmar ou para elidir a prática de um delito. Dessas atividades, administrativas em sua essência, entendemos deva afastar-se o julgador, em prol do equilíbrio visado pela principiologia acusatória, concentrando-se apenas em suas funções precípuas, aquelas que impliquem efetivamente uma prestação jurisdicional, evitando-se que se acumulem sobre o mesmo órgão as atribuições de decidir sobre a necessidade de um ato de investigação e, posteriormente, valorar a legalidade de sua prática, numa “condescendente auto-avaliação”²⁹.

Com base em tal percepção, a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal coordenada pelo Ministro Hamilton Carvalhido, ao elaborar o Anteprojeto que originou o PLS 156/2009, propôs introduzir, em nosso sistema, a figura do *Juiz das garantias*³⁰, o qual atuaria apenas na primeira fase da persecução penal (etapa pré-processual), para controlar as ações policiais e decretar atos como, por exemplo, prisões preventivas, buscas e apreensões ou quebras de sigilo. Eis, a propósito, trecho do parecer do Senador Renato Casagrande, da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal, sobre o PLS 156/2009³¹:

28 - Portanto, como assinala Afrânio Silva Jardim (*Direito processual penal*, cit., p. 330), a par do controle externo sobre a atividade policial, mediante o encaminhamento direto dos inquéritos entre Ministério Público e Polícia Judiciária, há de se ressaltar os episódios em que necessário o exercício de uma atividade jurisdicional cautelar por parte do juiz, quando então o expediente deve ser distribuído ao juízo competente. É o caso da comunicação de prisão em flagrante, distribuída normalmente a fim de que o magistrado fiscalize a sua legalidade, relaxando ou não a prisão, bem como examine o cabimento da norma do art. 310 do CPP; das representações por prisão temporária ou preventiva; de eventuais requerimentos de liberdade provisória formulados pelos investigados, etc.

29 - Dito de outra forma, a atividade investigadora se mostra incompatível com a imparcialidade que caracteriza a estrutura dos órgãos jurisdicionais (SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio de Llera. *La inidoneidad...*, cit., p. 121 e 153).

30 - A expressão escolhida pelos redatores do Anteprojeto convertido no PLS /2009 e posteriormente renumerado, na Câmara dos Deputados, para PL 8.045/2010, foi “Juiz das garantias”, e não “Juiz de garantias”, não se identificando, todavia, nenhuma diferença semântica entre uma e outra.

31 - Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getPDF.asp?t=70407>>. Acesso em: 20 dez. 2009.

Ainda no título da investigação criminal, o projeto de Código disciplina o que talvez seja uma das grandes novidades da proposta. Trata-se da figura do juiz das garantias, responsável último pelo controle de legalidade da investigação criminal e salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado (art. 15, *caput*).

Hoje, o juiz que participa da fase de inquérito policial torna-se preventivo, isto é, será o mesmo juiz que proferirá a sentença, porque foi o primeiro a tomar conhecimento do fato (arts. 73, parágrafo único, e 83 do atual CPP).

O projeto de Código institui a figura do juiz de garantias para romper com essa lógica da prevenção. Com efeito, o juiz chamado a intervir no inquérito policial ficará impedido de julgar o caso (art. 17). Trata-se, portanto, de um giro de 180 graus.

A ideia é garantir ao juiz do processo ampla liberdade crítica em relação ao material colhido na fase de investigação. O raciocínio é o seguinte: o juiz que atua no inquérito, seja mantendo o flagrante ou decretando a prisão preventiva do investigado, seja autorizando a quebra dos dados resguardados por sigilo constitucional, incluindo a interceptação das conversas telefônicas, seja permitindo técnicas invasivas como a infiltração de agentes, pois bem, esse juiz tende, cedo ou tarde, a assumir a perspectiva dos órgãos de persecução criminal (polícia e Ministério Público). Por isso, para que o processo tenha respeitado o equilíbrio de forças e assegurada a imparcialidade do magistrado, seria melhor, na ótica do PLS nº 156, de 2009, separar as duas funções. Além do mais, como teríamos um juiz voltado exclusivamente para a investigação, estima-se que isso se traduza em maior especialização e, portanto, ganho de celeridade.

Com efeito, a competência do juiz das garantias cessa com a propositura da ação penal e alcança todas as infrações penais (art. 16), ressalvadas as de menor potencial ofensivo, que seguem o rito dos juizados especiais.

Todavia, é preciso ter claro que o juiz das garantias difere do juiz das varas de inquérito policial, hoje instituídas em algumas capitais, como São Paulo e Belo Horizonte. É que o juiz das garantias deve ser compreendido na estrutura do modelo acusatório que se quer adotar. Por conseguinte, o juiz das garantias não será o gerente do inquérito policial, pois não lhe cabe requisitar a abertura da investigação tampouco solicitar diligências à autoridade policial. Ele agirá mediante provocação, isto é, a sua participação ficará limitada aos casos em que a investigação atinja direitos fundamentais da pessoa investigada. O inquérito tramitará diretamente entre polícia e Ministério Público. Quando houver necessidade, referidos órgão dirigir-se-ão ao juiz das garantias. Hoje, diferentemente, tudo passa pelo juiz da vara de inquéritos policiais.

Percebe-se que, caso seja aprovada tal proposição, além de inserir-se a salutar figura do Juiz garantidor em nosso sistema, ter-se-á também instituída a separação entre juiz natural da investigação (agora sinônimo apenas de juiz garantidor) e juiz do processo.

A presença do julgador nos autos das investigações penais dar-se-á, portanto, na figura do *Juiz das garantias*, não se concebendo atribuir-lhe poderes administrativos de investigação, seja porque tal atividade tende a ferir-lhe a garantia da imparcialidade³², seja porque vai de encontro a uma realidade facilmente detectável: o juiz não tem pendor nem treinamento para investigar ou orientar investigações. A função que lhe cabe, dentro da estrutura do Estado, é a judicante, não fazendo sentido investi-lo também da função administrativa de investigação dos delitos, que lhe é estranha. Isso equivaleria, na prática, à mesma disfunção ocorrida nos países que deixam ao membro do Ministério Público, que é parte acusadora no processo penal, o poder de decretar prisões, nítida função jurisdicional³³.

A participação do juiz na etapa prévia, embora meramente contingente (porque a investigação pode iniciar-se, desenvolve-se e concluir-se sem a sua intervenção), será de suma importância, por representar a instância de controle judicial, quando a excepcionalidade do ato exigir autorização ou controle jurisdicional, ou ainda para salvaguarda dos direitos e garantias individuais daqueles envolvidos na investigação, sempre que ameaçadas ou vulneradas. A ele caberá conhecer dos mecanismos de impugnação dos atos da Polícia e do Ministério Público, além dos pedidos que visem afetar ou limitar os direitos dos indivíduos. Na investigação preliminar, enfim, a (única) função que deve reservar-se ao magistrado é a apreciação de medidas que digam com a afetação (restrição ou resguardo) de direitos fundamentais, seja do investigado, do ofendido ou de terceiros³⁴.

32 - A respeito, igualmente se pronuncia Paula Bajer Fernandes Martins da Costa (*Igualdade...*, cit., p. 130): “O juiz que colhe a prova e assume a iniciativa da pesquisa da verdade aproxima-se das partes e corre o risco de preferir um interesse ao outro. A suspeição do juiz estará evidente quando a preferência a um dos interesses em conflito interferir nas medidas que adotar. Nesse caso, a suspeição substitui a imparcialidade necessária ao ofício jurisdicional”.

33 - Nesse sentido, Arthur Pinto de Lemos Júnior (A investigação judicial no âmbito da Corregedoria da Polícia Judiciária e a titularidade da ação penal do Ministério Público. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 5, n. 2, jul./dez. 2004, p. 186) lembra que, pelo princípio acusatório, nosso sistema “impede que o Ministério Público determine medidas processuais penais que atinjam a liberdade ou intimidade do cidadão acusado, reservando tal mister ao juiz – de Garantias – de Direito. Ao mesmo tempo, tirou das mãos do magistrado o poder de dar início à ação penal e, por conseguinte, de avaliar o conjunto probatório das peças de informações ou do inquérito policial (...). Essa aferição fica reservada, tão-somente, ao instante processual de denúncia”.

34 - Sobre o papel do Juiz penal no decorrer das investigações preliminares e sua distinção das atividades de polícia judiciária, esclarecedoras são as palavras de Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues (*Processo penal garantista*. Goiânia: AB, 1998, p. 45): “Ao judiciário incumbe a preservação das garantias constitucionais latejantes, não tendo ligações com a finalidade de tutelar a segurança pública. A função garantista é absolutamente incompatível com a da segurança pública e às vezes até mesmo contraditória a ela, porquanto em diversos momentos, a busca da segurança pública esbarra nas garantias fundamentais”.

Uma vez que seja incorporada a figura do Juiz de garantias em nosso sistema, será preciso determinar, em cada seção judiciária (no caso da Justiça Federal de primeira instância), em cada Estado ou comarca (no caso da Justiça Estadual de primeira instância) e em cada Tribunal (quando for o caso de ações penais originárias de tribunais), o Juiz – ou Desembargador, ou Ministro – que ocupará tal papel. Tal função revela-se típica do juiz de primeiro grau, no curso do inquérito policial comum, ou do chamado “Relator” do inquérito, nas investigações envolvendo titulares de prerrogativa de foro.

A tarefa de pré-determinar o juiz natural da investigação preliminar (o juiz das garantias) deve ficar a cargo das normas de organização judiciária e dos regimentos internos de tribunais³⁵. Haverá quem se oponha, trazendo à baila, nesse ponto, o corriqueiro argumento da “inaplicabilidade” ou “inviabilidade prática” do instituto em face da extensão territorial do nosso país ou do vasto universo de comarcas desprovidas de órgão jurisdicional permanente.

Todavia, há de se ter em mente que objeções meramente utilitaristas ou deficiências de ordem prática (financeiras, de pessoal, etc.) não autorizam nem legitimam o amesquinhamento de princípios processuais, como o da imparcialidade do juiz. Com efeito, pode-se facilmente remover tais entraves, porquanto se faz desnecessário que cada pequena comarca ou subseção judiciária – frações geográficas em que dividido o poder jurisdicional – tenha um juiz das garantias, bastando que se estabeleçam juízes garantidores para regiões maiores, como, por exemplo, um juiz de garantias para cada Circunscrição (no caso da Justiça Estadual) ou para cada Seção Judiciária (no caso da Justiça Federal), ou ainda para um grupo de subseções judiciárias, previstas sempre as hipóteses de substituição automática.

Com a definição do papel do Juiz das garantias, o controle do andamento da etapa preprocessual caberá, enfim, como já previsto na Constituição (art. 129, VII), ao Ministério Público (seja o de primeiro grau ou aquele em atuação perante o Tribunal competente para ações envolvendo sujeitos com prerrogativa de função). Nem mesmo a pretexto de coibir o uso de influências que possam alterar indevidamente o rumo dessa atividade justificar-se-á qualquer participação do Magistrado em atos investigatórios (os quais devem ser requisitados pelo Ministério Público e concretizados pela Polícia Judiciária) ou em despachos meramente burocráticos da investigação, incompatíveis mesmo com sua função garantidora de direitos fundamentais³⁶.

35 - Nesse sentido, está previsto no PLS 156/2009: “Art. 17. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal”.

36 - Exceção apenas ao procedimento de investigação *interna corporis* de magistrados, no qual ainda persiste em nosso sistema a anômala investigação de natureza *judicial*, com isso o magistrado Relator sendo a autoridade condutora do procedimento (art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar 35/1979 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional). Mesmo nesse caso, todavia, aconselhável é que o papel de juiz garantidor seja deixado a outro magistrado do mesmo Tribunal, evitando, com isso, a paradoxal situação de

Assim se efetua a divisão do trabalho na investigação preliminar dos delitos, entre os diversos agentes estatais do sistema de justiça, construindo-se um procedimento afinado aos reclamos do processo penal acusatório, que permita à Polícia a discricionariedade regrada na realização dos atos investigatórios e ao Ministério Público, o controle externo dessa atividade, ficando ao Juiz das garantias apenas as matérias que impliquem reserva de jurisdição.

6. SEPARAÇÃO ENTRE JUIZ DA INVESTIGAÇÃO E JUIZ DO PROCESSO

Outro problema ligado à compatibilização da investigação preliminar ao sistema acusatório – e intrinsecamente atrelado ao primeiro, referente ao juiz das garantias – decorre da previsão, contida no art. 83 do CPP, de que o órgão julgador seja o mesmo que funcionou na fase investigativa.

Pela dicção do art. 83, “[v]erificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3.º, 71, 72, § 2.º, e 78, II, c)”.

Nesse passo, a lei atribui ao magistrado que atuou em algum incidente do inquérito policial – quer autorizando medidas cautelares sujeitas à reserva de jurisdição ou controlando a legalidade dos atos da investigação em geral – a competência, por prevenção, também da ação penal³⁷. O mesmo magistrado que foi provocado, na fase preliminar, a autorizar buscas e apreensões, decretar prisões preventivas, homologar ou revogar prisões em flagrante, etc. tem sua competência firmada, por prevenção, para uma futura ação penal. Assim, além de participar diretamente da fase pré-processual, será o competente também na etapa processual, cabendo-lhe analisar a viabilidade da acusação e, se for o caso, admitir a ação penal, presidir a instrução processual e julgar a causa.

o Relator determinar as medidas investigativas e valorar, ele mesmo, a sua juridicidade.

37 - Como exceção a essa regra, vale mencionar que o Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região estabelece o impedimento do “juiz presidente do inquérito” (refere-se, portanto, apenas às investigações envolvendo magistrados, que, por natureza, são judiciais, como expressamente previsto na LC 35/1979) para a relatoria da ação penal. O art. 200 do Regimento dispõe: “O Desembargador Federal que conduzir a investigação não poderá ser o Relator da ação penal”. Embora dirigido tal preceito, especificamente, ao procedimento investigatório relativo a delito praticado por magistrado, em que a identificação das figuras do investigador com o juiz da instrução processual tem reflexos ainda mais gravosos (podendo-se mesmo invocar, por analogia, o art. 252, I, do CPP, que torna impedido para a jurisdição no processo o magistrado que houver funcionado como autoridade policial), estamos em que tal impedimento deveria vigorar em toda e qualquer investigação preliminar, inclusive naquela de natureza policial, porquanto, inevitavelmente, o juiz atuante na investigação toma contato com a prova que ele mesmo autoriza realizar (caso, por exemplo, das medidas restritivas de direitos), tornando-se discutível a posterior isenção na valoração desses elementos.

A prevenção fixa a competência, satisfazendo-se com o fato de algum juiz, dentre vários a princípio competentes, haver praticado qualquer ato ou medida relativa à infração que se investiga, ou a uma das infrações (quando for o caso de conexão ou continência). Inspira-se na premissa de que melhor julga quem já teve um contato prévio com a causa, a situação e os atos praticados³⁸, não suplantando, porém, o peso dos seus inconvenientes sistêmicos.

A regra – seguida na persecução criminal em primeiro grau e também nos casos submetidos a foro por prerrogativa de função – não se compreende que guarde adequação à Carta da República, mercê de colidir frontalmente com o modelo acusatório, comprometendo a principal garantia das partes no processo penal: o direito a um juiz imparcial³⁹. A concessão de poderes instrutórios ou de gestão ao juiz na fase pré-processual – seja pela atividade de reunir o material, seja por simplesmente estar em contato com as fontes de investigação, ou por autorizar a adoção de prisões cautelares, busca e apreensão, quebra de sigilo ou interceptação telefônica – permite que ele realize diversos prejudgamentos no curso da fase preliminar, inclusive efetuando subsunções provisórias de fatos a normas penais. E esse mesmo juiz, imbuído naturalmente de ideias preconcebidas, frutos até de sua perspicácia, formará “pré-juízos” sobre condutas e pessoas, não sendo conveniente que prossiga na condução do processo penal com tal comprometimento subjetivo, justo a incompatibilidade psicológica que levou ao descrédito do modelo inquisitório.

Ao tratar do “princípio do juiz não prevenido”, também conhecido como “o juiz que instrui não deve julgar”, Andrés de Oliva Santos explica que não se trata de um princípio essencial, sem o qual não se possa, em nenhum caso, alcançar-se resultados justos, mas apenas uma garantia básica ou fundamental. Relata o autor que, na Espanha (país que ainda resguarda o juiz de instrução), a Exposição de Motivos da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882 relacionava problemas que continuam bem atuais, mencionando entre

38 - Essa a justificativa, por exemplo, *mutatis mutandis*, para o veto presidencial ao § 4.º do art. 157 do CPP, na redação da Lei 11.690/2008, que visava tornar impedido o juiz que conhecesse o conteúdo da prova declarada inadmissível. Segundo o veto, tal dispositivo iria de encontro aos objetivos de celeridade e simplicidade propagados pela reforma processual penal, podendo causar “transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente, substituído por outro que bem sequer conhece o caso”.

39 - Como se manifesta Juan Luís Gómez Colomer (La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 64, 2001, p. 211), o princípio acusatório garante, essencialmente, a imparcialidade do julgador, o que se atinge mediante a distinção entre as funções de instrução (ou investigação) e julgamento, que necessariamente não de recair em órgãos distintos, pois o órgão decisório perderia sua imparcialidade se entrasse em contato com as fontes dos materiais do juízo sobre os quais versa o debate contraditório. Em verdade, não só o sujeito que investiga (entre nós, a autoridade policial) entra em contato com essas fontes materiais, mas também o magistrado que é chamado a atuar na investigação, homologando uma prisão em flagrante, decretando a prisão temporária ou preventiva no curso do inquérito, etc., em todo caso exercendo juízos de valor que carregará para a fase processual.

os “vícios capitais” do processo penal o de o juiz que instrui (o sumário – que constitui etapa investigativa naquele sistema) ser o mesmo que pronuncia a sentença, com todas as preocupações e prejulgamentos que a instrução fez nascer em seu ânimo. Inaugurava-se, então, um processo penal de instância única, dividido em duas fases cometidas a órgãos distintos, sendo que, na primeira, o juiz instrutor apenas preparava o júízo, este que só começaria com a abertura dos debates perante o Tribunal, estranho à instrução, para que julgasse com imparcialidade. Mas a Lei 3/1967 rompeu esse sistema e atribuiu a instrução e julgamento ao mesmo órgão, sob o simples argumento da rapidez na tramitação e decisão das causas, fomentando profunda crítica por destruir a imparcialidade do julgador⁴⁰. Posteriormente, a situação foi revertida, com a Lei Orgânica 10/1980, pela qual a investigação (ou *instrução*) prévia procurou salvaguardar o princípio do juiz não prevenido.

Em benefício da garantia do juiz natural no processo penal e ao contrário do que prevê a regra do art. 83 do Código de Processo Penal, a prevenção deveria ser tida antes como uma causa de exclusão que de fixação da competência para o processo, de modo que o órgão jurisdicional competente para processar e julgar seja distinto daquele que haja participado da investigação. Essa, inclusive, a orientação já consolidada no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, segundo a qual a atuação do juiz instrutor no tribunal sentenciador supõe uma violação do direito ao juiz imparcial consagrado no art. 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950, porque as atividades de investigação e de verificação e valoração dos fatos constituem atitudes mentais distintas e incompatíveis⁴¹.

Impõe-se não perder de vista, ademais, a diretriz fundamental encartada nas Recomendações de Toledo⁴²:

40 - *Jueces imparciales, fiscales “investigadores”, y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*. Barcelona: PPU, 1998, p. 13-19. A adoção do “juiz prevenido”, explica o autor, dera-se por razões inerentes ao *utilitarismo judicial*, em virtude do qual as reformas processuais se regem primordialmente pelo que se pensa ser conveniente e útil aos órgãos jurisdicionais, tendo em conta suas necessidades, possibilidades, limitações e conveniências. No entanto, logo se demonstraram os desacertos do legislador, pois não se conseguiu diminuir sensivelmente a duração dos processos por delitos menos graves nem tardou a constatar-se uma sobrecarga de trabalho dos órgãos judiciais (Idem, p. 20-21).

41 - Trata-se de orientação adotada pela maior parte dos países europeus, que considera haver presunção absoluta de parcialidade do juiz instrutor, a impedir-lhe de julgar o processo que tenha instruído. Nos casos principais, o *Piersack*, de 1.10.1982, e o *de Cubber*, de 26.10.1984, o TEDH asseverou que o juiz contaminado, seja por falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva, desperta a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições. Mais além, na Sentença 145, proferida em 28.10.1998, o Tribunal declarou violado o direito a um juiz imparcial pelo só fato de dois magistrados que não atuaram como juiz de instrução (ou seja, não praticaram a investigação direta), mas participaram do julgamento de recurso contra decisão interlocutória tomada no curso da investigação, também haverem participado do julgamento (LOPES JR., *Aury. Sistemas...*, cit., p. 167-168).

42 - RECOMENDAÇÕES de Toledo para um processo penal justo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 4. n. 3, jul./set. 1994, p. 438.

Recomendação 4. Na fase do julgamento, deve decorrer da presunção de inocência a exigência de imparcialidade do julgador. Esta pressupõe que a fase de investigação deva ser levada a cabo por uma entidade distinta daquela a quem cabe a fase do julgamento. Assim, o juiz do julgamento não deve participar em actos das fases anteriores. É ainda altamente recomendável, que o juiz do julgamento seja distinto daquele que decide sobre o recebimento da acusação.

Anote-se que o Código de Processo Penal da Itália, procurando adequar-se à normativa europeia ditada pelo TEDH, prevê, no art. 34, os casos de incompatibilidade do juiz que emitir o provimento conclusivo da audiência preliminar para funcionar no processo e sentenciar o caso. A Corte Constitucional italiana declarou, por diversas vezes, a inconstitucionalidade por omissão desse preceito legal, por não haver consignado outros casos de incompatibilidade com relação à anterior atuação do juiz na *indagine preliminare*. Consagrou, assim, o princípio de que o juiz que atua na investigação preliminar está prevento e não pode presidir o processo, por ter comprometida a sua imparcialidade⁴³.

Tal princípio, enfim, consiste na exigência de que as decisões na investigação sejam tomadas e as fontes de prova sejam aportadas por órgãos distintos do julgador, pois, com ou sem referência ao princípio acusatório, a separação entre instrutor e julgador é uma exigência de desejável imparcialidade⁴⁴. E, no sistema do juiz instrutor, o princípio do “juiz que instrui não julga” vige não tanto porque ele instruiu, mas porque decidiu sobre os incidentes da instrução preliminar⁴⁵.

De anotar-se, porém, que, aos olhos do mesmo TEDH, não perde a imparcialidade o magistrado que, na fase preliminar, se comportou tão-somente como juiz, resolvendo um conflito entre partes ao qual era alheio, como nos casos em que adotou decisões de decretação de prisão preventiva, ou praticou “atos inócuos” como receber declarações testemunhais sem emitir qualquer valoração sobre eles (Sentença de 24.5.1989, no *Caso Hauschildt*), ou mesmo decidiu sobre a viabilidade da acusação (Sentença de 22.4.1994, no *Caso Saraiva de Carvalho*)⁴⁶. Nada obstante, conforme exposto, pensamos que tal juiz também se torna incompatível, do ponto de vista institucional (ou externo, ou objetivo), para julgar a causa.

Ainda que nosso sistema não seja o do juizado de instrução, é irrefutável que o magistrado que atua na investigação preliminar conhece dos fatos e os

43 - LOPES JR., Aury. *Sistemas...*, cit., p. 245-246.

44 - SANTOS, Andrés de Oliva. *Jueces imparciales...*, cit., p. 16-18.

45 - LOPES JR., Aury. *Sistemas...*, cit., p. 271.

46 - Cf., a propósito, SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio de Llera. *La inidoneidad...*, cit., p. 140-143.

valora previamente, ao tempo em que profere inúmeras decisões importantes nos incidentes da etapa preliminar, entrando em contato com o material colhido e formando – quer involuntária, quer propositalmente – convicções sobre as provas que se vão reunindo⁴⁷. Por isso, aqui, o princípio do juiz não prevenido torna-se igualmente exigível, para o resguardo da imparcialidade daquele que irá julgar a causa.

O nosso modelo, contudo, ainda não apresenta solução adequada para o problema. Não prevê a legislação um juiz exclusivo para figurar na investigação, apartando-o da função de julgar o processo, de modo a melhor adaptar-se à estrutura acusatória do processo penal. Far-se-ia necessária, no diagnóstico de Fauzi Hassan Choukr, uma reforma estrutural para cindir o juiz responsável pelo acompanhamento das investigações, com a função garantidora, daquele que efetuará o juízo de admissibilidade da peça acusatória e, por fim, do que realmente instruirá a ação penal⁴⁸. Já segundo Aury Lopes Jr., o sistema dito “ideal” será aquele em que o próprio juiz de garantias, na fase intermediária⁴⁹

47 - Ao tratar da influência das atuações investigativas na produção e valoração judicial da prova na fase do processo alemão (que já não contempla, na etapa preliminar, o juiz de instrução, sendo as investigações praticadas em grande parte pela polícia), Bernd Schünemann (La policía..., cit., p. 116-117) descreve que as atas da investigação, em que constam as declarações tomadas pela polícia, têm papel dominante, pois seu conteúdo exerce enorme influência sobre a formação do critério para ditar a sentença. Diz ele ter podido comprovar, em numerosos experimentos com juízes, que o só conhecimento do expediente já conduz a uma formação de pré-juízos por parte do juiz, de tal modo que informações novas e divergentes são desvaloradas. Em consequência, continua, a fase processual tende a uma mera repetição cerimonial e confirmação das atas policiais em que constam as declarações, sendo a explicação dada por duas teorias sócio-psicológicas: pela teoria da dissonância cognitiva, o indivíduo, na aspiração básica de estabelecer relações não-contraditórias entre seu conhecimento e suas opiniões, sobrevalora sistematicamente informações que confirmem uma hipótese anteriormente considerada correta, enquanto as informações opostas e divergentes são subestimadas; e segundo a teoria dos processos sociais de comparação, os seres humanos tendem a orientar-se conforme suas apreciações anteriores diante de situações pouco claras, mediante pessoas de referência tidas por ele como competentes (o juiz adotaria como pessoa de referência o promotor, e não o defensor).

48 - *Garantias...*, cit., 2006, p. 93.

49 - A existência de uma fase intermediária entre a etapa preliminar e o processo propriamente dito funciona como meio de controle judicial da opção feita pelo Ministério Público ao final da investigação preliminar: acusar ou abster-se da acusação. Não se situa mais na investigação propriamente dita. Nela, analisa-se, mediante prévia oitiva do sujeito passivo e uma sumária produção de provas, se existe base suficiente para a imputação e o início do processo. Em alguns sistemas, como no alemão, expressa-se mediante uma audiência judicial a que comparece o denunciado, podendo trazer provas e formular objeções, opondo sua resistência e com isso visando convencer o juízo e impedir o processo (cf. AMBOS, Kai. *El proceso penal alemán y la reforma en América Latina*. Santa Fe de Bogotá: Gustavo Ibañez, 1998, p. 32-33). No direito português, essa fase intermediária, que não é obrigatória (mas depende de requerimento do acusado ou do assistente de acusação), chama-se *instrução* (art. 286 do CPP português). Consiste numa garantia do imputado, porquanto propicia o debate contraditório dos interessados, com ou sem produção de prova, antes da decisão do juiz. O resultado desse debate perante o juiz pode neutralizar a acusação (cf. MOURA, José Souto de. Inquérito e instrução. In: *Jornadas de Direito Processual Penal: o novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1998 p. 126-127). Na Itália, a fase intermediária é denominada de *udienza preliminare* (art. 416 do CPP italiano), celebrada em pleno contraditório: o Ministério Público expõe o resultado das investigações e fontes de prova em que se fundam o seu pedido, depois se manifestam os defensores do acusado, do responsável civil, da pessoa civilmente obrigada pela pena pecuniária e o próprio acusado. O juiz decide, por sentença, se arquivava o caso ou o envia a julgamento. O Ministério Público está obrigado a submeter o seu intento à audiência preliminar, mas o acusado pode renunciar à sua realização, solicitando a celebração do juízo imediato, embora tal situação seja escassa na prática (GARCÍA, Nicolás

e necessariamente contraditória, fará o juízo de pré-admissibilidade da acusação, a qual, uma vez admitida, dará início ao processo penal, sendo distribuída a outro magistrado, competente para presidir o processo e, ao final, julgar⁵⁰. Nessa última postura, em lugar da tripartição, bastaria a bipartição dos órgãos judiciais responsáveis pelo acompanhamento das principais fases da persecução penal (investigativa e processual) com vistas à maior asseguuração da imparcialidade objetiva, implicativa da ausência de ligação do juiz com o objeto do litígio, como elemento essencial para diferenciá-lo das partes⁵¹.

Seguindo-se tal premissa, no direito brasileiro, ainda que o juiz preventivo não atue como juiz instrutor, dever-se-ia proceder a uma mudança legislativa do critério da prevenção, excluindo-se a possibilidade de o juiz que funcionou na investigação criminal atuar na fase processual, abandonando-se, portanto, a regra da prevenção como determinante da competência no processo.

Nesse sentido é que o Projeto de Lei do Senado 156/2009 prevê o impedimento do juiz que atuou na investigação (o juiz das garantias, cuja competência vem listada, exemplificativamente, no art. 15 do Projeto), de funcionar no processo. Conforme a redação do art. 17 do PLS 156, “[o] juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo”.

Ao juiz da investigação (o “juiz das garantias”) caberá apenas a posição de garantidor dos direitos fundamentais na etapa prévia, não exercendo qualquer função que o aproxime do próprio objeto da investigação, menos ainda atividades assemelhadas à de investigador, nem sendo adequado presidir a fase processual.

Imperioso, assim, além de desincumbir o juiz da prática de atos de investigação ou de controle meramente burocrático do andamento da investigação preliminar, como já se expôs, apartá-lo da competência para processar e julgar a ação penal porventura intentada; entregar, com isso, ao juiz que funcione na investigação a competência para atuar nos incidentes jurisdicionalizados na fase investigativa, e de antemão excluí-lo da competência para processar e julgar a ação penal porventura adiante ajuizada.

Rodríguez; FERNANDES, Fernando Andrade. Orientações..., cit., p. 438-439).

50 - *Sistemas...*, cit., p. 271.

51 - O TEDH, ao decidir o *Caso Langborger*, em 22.6.1989, declarou que “Em matéria de imparcialidade, deve-se distinguir entre um aspecto subjetivo, que visaria determinar a convicção pessoal do juiz na situação de que se trata, e outro objetivo, dirigido a assegurar que se ofereçam garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima a respeito”. Inicialmente, a imparcialidade somente foi estudada do ponto de vista subjetivo, como ausência de pré-julgamentos e interesses pessoais e de pressupostos de recusa do magistrado, esquecendo-se do aspecto institucional (ou objetivo, na terminologia do TEDH), pelo qual se indaga se o ordenamento jurídico interno estabelece regras bastantes para garantir a imparcialidade do juiz. Daí a preocupação com que o direito interno, mediante normas de competência (no que se inclui a regra da prevenção), defina o aspecto objetivo do aludido princípio, mediante a previsão comportamentos institucionais desejáveis por parte do magistrado (SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio de Llera. *La inidoneidad...*, cit., p. 143-145).

O juiz natural, na investigação preliminar, deve ser visto como o juiz exclusivo para os episódios de jurisdicionalização que se apresentem nessa etapa, órgão previamente determinado em norma constitucional, com atribuição esmiuçada em norma de organização judiciária ou de regimento interno, e com pleno resguardo de sua imparcialidade, para tanto sendo necessária reforma legislativa no sentido de superar-se a regra de prevenção do art. 83 do CPP e torná-lo impedido de presidir a instrução e julgar a causa, ou mesmo integrar, nos tribunais, como relator ou vogal, o órgão julgador da ação penal porventura desencadeada a partir daquela investigação.

CONCLUSÃO

Toda reflexão sobre o tema da investigação preliminar deve procurar amoldá-la a um procedimento em que se respeite o devido processo penal na sua vertente instrumental e também no seu aspecto substancial, visto ser a investigação prévia, nos dias atuais, uma garantia que se presta a proteger o indivíduo de acusações temerárias, havendo de se prever meios para que essa etapa possa cumprir a sua missão.

Sob os auspícios de uma Constituição democrática já vigente há mais de duas décadas, cremos que apenas uma diretriz procedimental é possível para a investigação criminal: deve dar-se perante os órgãos administrativos da persecução penal (a Polícia Judiciária e o Ministério Público), sendo “judicializada” apenas nos episódios que impliquem reserva de jurisdição, como são as medidas de restrição de direitos, para as quais a intervenção judicial é de rigor.

A participação do Poder Judiciário na etapa pré-processual da persecução penal somente se justifica quando chamado a resolver os incidentes que impliquem a afetação de direitos fundamentais dos envolvidos na investigação. É garantia própria da investigação criminal a intervenção de um juiz imparcial nos incidentes que reclamem judicialização, e, para o resguardo de tal imparcialidade, o juiz deve afastar-se dos atos próprios do inquérito, não lhe cabendo, por exemplo, indicar diligências investigatórias, filtrar diligências ordinárias requisitadas pelo Ministério Público ou mesmo homologar cada ato praticado pela Polícia.

O debate é atual no meio jurídico brasileiro e, apesar da polêmica e sensibilidade inerentes ao tema, ele já ressoa no plano legislativo, na medida em que o Projeto de Lei 8.045, de 2010, originário do Projeto de Lei do Senado 156, de 2009, pela primeira vez no retrospecto das tentativas reformistas do CPP, reserva um juiz exclusivo para exercer a função de garante da investigação, impedido inclusive de atuar na fase processual.

A instituição, por lei, da figura do *Juiz das garantias* na investigação, já conhecida de vários outros ordenamentos ocidentais, e seu consequente impedimento em atuar na futura fase processual, configurará avanço do sistema brasileiro na direção de um processo penal mais igualitário e democrático, ressaltando-se o prestígio à imparcialidade objetiva do órgão julgador.

Necessária, por fim, para além das mudanças legislativas, uma profunda revisão da postura ainda adotada pelos protagonistas do processo penal, eliminando-se as principais incoerências com o modelo de processo anunciado na Constituição. Isso inclui, decerto, a indispensável absorção cultural, pelo Poder Judiciário, de sua real posição dentro do sistema acusatório de processo penal.

BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai. *El proceso penal alemán y la reforma en América Latina*. Santa Fe de Bogotá: Gustavo Ibañez, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARTOLOMÉ, Plácido Fernández-Viagas. *El juez imparcial*. Granada: Comares, 1997.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. *Processo penal garantista: visão constitucional e novas tendências*. Goiânia: AB, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAZERTA, Therezinha Astolphí. Ação penal originária: apontamentos: reflexões. *Revista TRF 3.ª Região*, São Paulo, v. 80, p. 9-79, nov./dez. 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Processo penal à luz da Constituição*. Bauru: Edipro, 1999.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. Rumos da investigação criminal no direito brasileiro. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, São Paulo, v. 5, n. 21, p. 12-13, jul./set. 2001.

FRANCO, Alberto Silva; MORAES, Maurício Zanoide de. Dos princípios e garantias constitucionais do devido processo legal. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui (Coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. v. 1, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 239-1062.

GARCÍA, Nicolás Rodríguez; FERNANDES, Fernando Andrade. Orientações fundamentais da fase preliminar do processo penal: uma análise comparativa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 5, n. 3-4, p. 419-444, jul./dez. 1996.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 246-297.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 64, p. 205-245, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GUZMÁN, Nicolás M. Algunos aspectos del modelo procesal penal italiano: en particular, la novedosa estructuración de la fase de la investigación preliminar. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, v. B, p. 619-643, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. A investigação judicial no âmbito da Corregedoria da Polícia Judiciária e a titularidade da ação penal do Ministério Público. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 179-194, jul./dez. 2004.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAYA, André Machado. O juiz das garantias no projeto de reforma do Código de Processo Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 17, n. 204, p. 6-7, nov. 2009.

MOURA, José Souto de. Inquérito e instrução. In: *Jornadas de Direito Processual Penal: o novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, p. 83-145, 1998.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 67-81.

RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de jurisdição: sentido dogmático e sentido jurisprudencial*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

RECOMENDAÇÕES de Toledo para um processo penal justo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 4, n. 3, p. 437-441, jul./set. 1994.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Trad.

Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SANTOS, Andrés de la Oliva. *Jueces imparciales, fiscales “investigadores”, y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*. Barcelona: PPU, 1998.

SCHÜNEMANN, Bernd. La policía alemana como auxiliar del Ministerio Fiscal: estructura, organización y actividades. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 7, n. 12, p. 95-126, sep. 2001.

SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio de Llera. La inidoneidad constitucional de jueces y fiscales para asumir la investigación oficial. In: *El modelo constitucional de investigación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 119-163.

ZAGREBELSKY, Vladimiro. Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 36, p. 435-492, apr./giugno 1993.