

ALGUNS ASPECTOS DO JUIZ DE GARANTIAS NA LEI 13.964 E AS DIFICULDADES QUANTO A SUA IMPLEMENTAÇÃO

Rogério Tadeu Romano

Procurador Regional da República aposentado

Tem-se da Lei nº 13.964:

A teor do art. 3º-A, o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.’

É sabido que o Brasil adotou de acordo com o modelo plasmado na Constituição de 1988 o chamado sistema acusatório.

Tal modelo tem como características fundamentais a separação entre as funções de acusar, defender e julgar conferidas a personagens distintos, concedendo-se ao Ministério Público, do que se lê do artigo 129, I, da Constituição o mister constitucional de ajuizar a ação penal pública. Ademais, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo e o sistema de apreciação das provas é do livre convencimento motivado.

Foge o sistema acusatório, adotado pela Constituição-Cidadã de 1988, do sistema inquisitório, caracterizado pela inexistência de contraditório e de ampla defesa, com a concentração das funções de acusar, defender e julgar na figura única do juiz, e pelo procedimento escrito e sigiloso com o início da persecução, produção da prova e prolação da decisão pelo juiz. Por ser um procedimento não cabe falar em partes, mas em interessados.

O modelo inquisitório vigorou durante os períodos do século XVII e XVIII, nas legislações europeias. Aliás, aqui, a repressão criminal era um primordial interesse público, sendo de interesse estatal.

No processo penal, a evolução histórica deu-se nesse sentido: o que se tinha outrora era o juiz-inquisidor. Paulatinamente, se foi liberando o juiz da função de acusar e, conseqüentemente, da colheita preliminar da prova, para chegar a condição de terceiro imparcial.

Aponto que, naquele caso, emblemático para os estudiosos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou que “todo juiz em relação ao qual possa haver razões legítimas para duvidar de sua imparcialidade deve abster-se de julgar o processo. O que está em jogo é a confiança que os tribunais devem inspirar nos cidadãos em uma sociedade democrática”.

O exercício prévio no processo de determinadas funções processuais pode provocar dúvidas de parcialidade.

Que dizer do caso De Cubber vs Bélgica, quando o Tribunal Europeu de Direitos Humanos concluiu que “na própria direção, praticamente exclusiva, da instrução preparatória das ações penais empreendidas contra o Requerente, o citado magistrado havia formado já nesta fase do processo, segundo toda verossimilhança, uma ideia sobre a culpabilidade daquele.”

A imparcialidade do julgador é uma garantia constitucional implícita. Se a Constituição de 1988 não enunciou de forma explícita o direito a um juiz imparcial, temos que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro

de 1966(artigo 14, I), assim como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de dezembro de 1969, garantem o direito a um juiz ou tribunal imparcial, como se lê do artigo 8.1, que integra o nosso ordenamento jurídico, uma vez que foi promulgado internamente por meio do Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, o que ainda ocorreu com a Convenção Americana dos Direitos Humanos, cuja promulgação se deu por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

Observo, aliás, que, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, entendeu o Supremo Tribunal Federal que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal.

Há uma incompatibilidade lógica entre tais funções cumuladas, a de investigar e de julgar. Não há dúvida que assim agindo o juiz, quando, na fase processual, já está contaminado pela parcialidade.

A imparcialidade do juiz o levará a formar sua convicção apenas na fase do contraditório, como se vê da exegese do artigo 155 do Código de Processo Penal, diante da chamada persuasão racional.

Institutos como o chamado inquérito judicial, previsto no Decreto-lei 7.661/1945, Lei de Falências, em flagrante violação ao sistema acusatório, não foram recepcionados pela Constituição de 1988, a par ainda do texto da Lei 11.101/2005, Nova Lei de Falências.

A imparcialidade que se exige do juiz não justifica a persistência do artigo 5º, II, do Código de Processo Penal, na parte em que se diz que o juiz poderia requisitar a instauração de inquérito policial. Se o juiz conhecer do fato que, em tese, admite a persecução penal, cumpre aplicar o artigo 40 do Código de Processo Penal e remeter ao Parquet a notícia para a adoção das providências que são de seu mister, como titular da ação penal pública.

Dita o artigo 3º-B: . 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.

É o que se tem como juízo de garantias.

É digno de aplausos a aprovação do instituto, que já estava previsto no Projeto do Código de Processo Penal desde 2002. O tema, apesar de ser apresentado como uma novidade, nada mais é do que a bem sucedida experiência iniciada em São Paulo há mais de 30 anos, do Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO) que, obviamente, não é um mero gestor de inquéritos e, sim, um complexo que atua no inquérito velando pelo respeito à legalidade e, portanto, impedindo abusos investigatórios. Com isso, preserva-se a imparcialidade do juiz da causa, que não atuou na fase investigativa. Explicando melhor: o juiz que na fase do inquérito autoriza medidas como escutas telefônicas e ambientais, além de buscas e apreensões e prisões; ele acaba se tornando uma espécie de protagonista da própria investigação. Seu olhar e sentir fica profundamente comprometido com o que viu, ouviu e produziu. Esse juiz, quando sentenciar, não será imparcial. Ele está contaminado pela sua atuação na fase investigativa.

Coautor da emenda, o deputado Paulo Teixeira disse que o Brasil ainda é um dos poucos países que não adotou o juiz de garantias. “É extremamente oportuno e importante que aproveemos esse tema aqui hoje. É a reestruturação da Justiça brasileira para garantir a imparcialidade”, afirmou. Ele

acrescentou que ninguém pode ser julgado por um juiz parcial. "O Parlamento inova e dá sua contribuição própria para as propostas dos dois juízes", disse.

Pelo texto aprovado, o juiz de garantia seria um magistrado que fiscalizaria a legalidade das investigações e teria o poder impedir possíveis excessos por parte do juiz que dá a sentença. Também poderia revogar medidas cautelares, como a prisão preventiva, instrumento fundamental de Moro para fazer a Lava-Jato avançar. A prisão em flagrante, seja obrigatória ou facultativa, a ele será comunicada de imediato, devendo, no prazo legal, seja para essa forma de prisão provisória ou ainda a prisão preventiva ou temporária, ser objeto de audiência própria de custódia, no prazo de 24 horas.

Sabe-se que o Código de Processo Penal ainda não o havia adotado. Dele tampouco cogitou o Anteprojeto Frederico Marques. No Juizado de Instrução, a função da polícia se circunscreveria a prender os infratores e a apontar os meios de prova, inclusive a testemunhal. Caberia ao "Juiz Instrutor" colher as provas. Assim colhidas as provas pelo citado magistrado, vale dizer, feita a instrução propriamente dita, passar-se-á à fase do julgamento, suprimindo-se o inquérito.

O Juizado de Instrução existe em vários países da Europa. É o próprio juiz quem ouve o pretense culpado, as testemunhas e a vítima e, enfim, quem colhe as provas a respeito do fato infringente da norma e respectiva autoria. Concluída a instrução (que na França é inquisitiva), cumpre ao magistrado (juge d'instruction) proferir decisão (equivalente à nossa pronúncia), julgando acerca da procedência ou não do *ius accusationis*. Se se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, remeterá os autos ao juiz competente, onde haverá lugar a audiência do julgamento.

A Exposição de Motivos que acompanha o CPP, no seu inciso IV, esclareceu as razões da negativa de adoção do juízo de instrução:

"O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juizados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiquidade. De outro modo, não se compreende como poderia presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, a grande distância uns dos outros e da sede da comarca, demandando, muitas vezes, com os morosos meios de condução ainda praticados na maior parte do nosso hinterland, vários dias de viagem, seria imprescindível, na prática, a quebra do sistema: nas capitais e nas sedes de comarca em geral, a imediata intervenção do juiz instrutor, ou a instrução única; nos distritos longínquos, a continuação do sistema atual. Não cabe, aqui, discutir as proclamadas vantagens do juízo de instrução. Preliminarmente, a sua adoção entre nós, na atualidade, seria incompatível com o critério de unidade da lei processual. Mesmo, porém, abstraída essa consideração, há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo a propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos

juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena.”

O PLS n. 156/2009 já previa a figura do chamado “Juiz das Garantias”, que seria responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, em seu art. 15.

Aliás, a Exposição de Motivos no Projeto de Código de Processo Penal, em seu item III, justifica a necessidade do “Juiz das Garantias”, visando a consolidação de um modelo que venha a ser orientado pelo princípio acusatório. Manter-se-ia o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão de acusação. Assim, pela redação do artigo 17, daquele Projeto, “o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15, ficará impedido de funcionar no processo.”

Vem a pergunta ao estudioso: A questão da imparcialidade objetiva do magistrado pode ser analisada a partir de algumas decisões que ele pode ser chamado a proferir ao longo do inquérito ou de outra forma de investigação preliminar? Haverá tal parcialidade, se, na fase de investigação, o juiz proferir manifestação, com afirmações taxativas sobre a existência do crime e mesmo a autoria delitiva? Não tenho dúvidas de que se nessa decisão o juiz, de forma categórica, em sua fundamentação, afirmar que houve crime, que o investigado foi o autor, compromete a sua parcialidade para instruir e julgar o processo.

Isso se distancia claramente da cognição que faz o juiz de pronúncia, funcionalmente competente para externar se há prova da materialidade de um crime doloso contra a vida e ainda de indícios de sua autoria.

A parcialidade objetiva surge mediante um forte prejulgamento que faz o juiz, em cognição, para adoção de medida cautelar na investigação: garantia real, prisão cautelar, busca e apreensão, por exemplo. Essa cognição será horizontal, sobre questões, ou ainda vertical, sobre o fundo do direito.

Se o magistrado disser que, na decretação de uma prisão preventiva(artigo 312 do CPP), que não tem dúvidas de que o investigado é autor do crime, estará, sem dúvida, demonstrando a sua parcialidade. Ele terá exercido muito mais do que uma cognição superficial, uma cognição própria do modelo da probabilidade. Estará comprometendo sua imparcialidade no processo.

Claro que um juiz que autoriza uma ação controlada(Lei 9.034/1995) ou ainda a prisão preventiva do investigado, diante de fortes provas de autoria delituosa, tem comprometida a sua imparcialidade para instruir e julgar o processo penal. Como poderá condenar, ou até mesmo negar uma absolvição sumária? O crivo da nulidade absoluta da sentença faz-se necessário, pois estaríamos diante de um juiz impedido.

Se um juiz puniu um servidor num processo administrativo, não pode julgá-lo em ação penal, que verse sobre o mesmo fato(causa petendi).

Na prática, o juizado de garantias vem a ser uma resposta dos parlamentares ao âmbito da chamada operação “lava-jato”, onde o mesmo juiz que condenou presidiu a coleta de provas para oferecimento da ação penal.

Assim poderá decidir o juízo de garantias sobre:

- a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
- b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados 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

Para sua efetivação a norma depende de lei de organização judiciária que distribua juízes dentro dessa nova competência criminal.

Assim se disse: O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal.

No entanto, alerte-se, a teor do artigo 3§ - D, daquela lei: O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

Trata-se de uma nova de eficácia contida, que dependerá de ajuste nas Leis de Organização Judiciária locais.

O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

Caberá ao Tribunal de Justiça ou ao Tribunal Regional Federal, estabelecer o rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições da lei. Lembre-se que a criação de novos cargos públicos somente poderá ser feita através da edição de lei. Mas, há, por certo, um óbice que é o aumento de gastos, em época em que as finanças públicas recomendam uma redução de despesas. Lembre-se, aliás, que o ingresso no serviço público deve se dar por concurso público e isto demandará tempo. De toda sorte, é essencial que o Conselho Nacional de Justiça vem a normatizar tal matéria que exigirá muitas discussões.

Outro ponto importante dirá respeito a forma como os Tribunais de Justiça, os Tribunais Regionais Federais, o STJ e o STF estabelecerão, em seus Regimentos Internos, a forma de funcionamento envolvendo os magistrados, seja para a investigação, seja para a instrução probatória, nos casos que envolvam a prerrogativa de foro e a competência originária desses tribunais.

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 **caput** do art. 5º da Constituição Federal;

II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º 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;

Sua atividade termina com o recebimento ou não da denúncia. Recebida a denúncia a competência passará para o juízo de instrução, a quem caberá coletar a prova, dentro do devido processo legal, observado o contraditório.

Já no juizado de instrução haverá um procedimento e não um processo.

Será uma atividade típica da persecução penal onde o juízo de garantias participará ativamente da coleta de prova. Mas, nota-se, não terá iniciativa, seja da coleta da prova e menos ainda da prisão provisória que poderá ser necessária, caso a caso, concretamente.

O juiz zelará pelos direitos do preso e, sempre que possível, solicitará que este se apresente em juízo. Caberá a ele, juiz de garantias, determinar se cabe ou não liberdade provisória do investigado, sendo a ele dirigidos todos esses pedidos. Nessa atividade tem o dever de evitar a excessiva exposição do investigado diante dos meios de comunicação, com o fim de evitar injustas ilações com relação a ele.

No entanto, suas decisões não constituem coisa julgada não ficando obrigatórias para o juízo de instrução. Suas decisões não vinculam preclusão.

O delegado de polícia, que vier a presidir o inquérito, sempre que necessário, solicitará ao Parquet prorrogação de prazo e tal ficará do conhecimento do juiz de garantias. Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o

Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada. Note-se que a expressão relaxada ocorre sempre que houver prisão ilegal, o que a distingue a chamada liberdade provisória.

Poderá o juiz de garantias determinar de ofício o arquivamento? Entendo que não. Essa proposta deverá partir do titular da ação penal. O artigo 3 – B, inciso IX, da Lei prescreve que ele determinará o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento. Mas, entenda-se: a decisão de arquivamento não fará coisa julgada, podendo o inquérito se reaberto perante o juízo de garantias, sempre que houver fatos novos. No entanto, se for o caso de reconhecimento de excludentes de ilicitude não haverá condições de reabertura dessa fase.

Sempre que possível requisitará documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação.

Será dele a competência para julgar pedidos de habeas corpus durante a fase de investigação.

Determinará, outrossim, a instauração de incidente de insanidade mental, levando-se em conta que essa atividade envolvendo a sanidade mental do investigado não cessa nessa fase, pois poderá ser objeto de novo juízo de cognição, na fase de instrução.

A teor do inciso XIV caberá ao juízo de garantias decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código; Preclusa essa decisão, se houver recebimento da denúncia, a sua competência cessa.

Tanto a autoridade policial, como o membro do Parquet ou ainda o representante do investigado, poderão requerer ao juízo de garantias sobre a prova colhida nesse juízo e ainda falar sobre ela.

No entanto, afasta-se essa atividade do juízo de garantias nos casos dos chamados delitos de pequeno potencial ofensivo que continuam sobre a competência do juizado especial criminal. Em sendo assim não caberá falar de uma eventual transação penal, matéria que não colhe ao juizado de garantias.

Lembre-se que para efeito da pena mínima de quatro anos exposta para efeito de transação penal, serão levados em conta as circunstâncias judiciais, as causas de aumento e de diminuição de pena. Mas, para tal, o delito não deverá traduzir violência.

Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepitíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado, ficando assegurado aos interessados o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias. Ora, será o caso

De especial importância a nova redação do artigo 28 do CPP, trazida pela nova Lei.

Ali se enfocam pontos da antiga lei e ainda da Lei Complementar 75/93.

Senão vejamos:

“Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.” (NR)

Se o Parquet é o titular da ação penal, a ele compete, dentre de seus vários órgãos de ofício, decidir sobre se cabe ou não ajuizá-la, em caso de um juízo de delibação sobre ela.