

O Juiz das Garantias no Projeto de Código de Processo Penal

Fernando Fragoso¹

O projeto de Código de Processo Penal aprovado no Senado da República e em tramitação na Câmara dos Deputados apresenta uma importante novidade: a atuação de um juiz cuja atribuição será a de decidir todas as matérias que se apresentem no curso da investigação penal.

Este juiz não irá atuar no curso da ação penal, que será necessariamente desenvolvida sob o comando de outro magistrado, a quem estará afeta a presidência dos trabalhos instrutórios em Juízo, incumbido, ao final, de proferir sentença.

Naturalmente, o novo instituto pressupõe uma estrutura administrativa do Poder Judiciário que deverá dotar cada Comarca com, ao menos, dois juízes para a matéria penal, um dos quais somente atuará na fase da investigação preliminar: o juiz das garantias do indiciado, sendo o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais, na dicção da exposição de motivos da Comissão Redatora do Anteprojeto, em obediência ao princípio do processo penal acusatório.

A experiência demonstra que é comum o envolvimento do juiz que participa do andamento da investigação penal, deferindo prisão temporária ou preventiva, escutas telefônicas, busca e apreensão de bens, avaliação da necessidade de prorrogações destas limitações a direitos constitucionais. É freqüente verificarmos que o juiz que participa ativamente das investigações avaliando medidas cautelares, termina por contaminar-se da própria atuação, perdendo, frequentemente, a isenção e a indispensável equidistância entre acusação e defesa, posto que exercita juízo de valor sobre o fato de delituoso e o investigado em cada momento em que seja chamado a proferir decisões.

Por conseguinte, é de salutar inspiração afastar-se do julgamento do caso o juiz que tenha exercido certas atividades no curso da investigação penal, estabelecendo-se necessariamente um juiz para a fase preliminar com atuação no curso da investigação penal (das garantias) e outro que presidirá a ação penal e sentenciará o réu (do processo). Todavia, deve-se sublinhar que o projetado Juiz das Garantias não é um juiz destinado a

¹ Professor Titular de Direito Penal UCAM/RJ. Advogado Criminal. Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros. Palestra realizada na XXI Conferencia Nacional da OAB (Curitiba, 2011).

presidir uma investigação penal (juizado de instrução). Ele não irá comandar o inquérito policial, não tomará depoimentos e não produzirá prova.

A criação do juízo das garantias reforça o princípio da imparcialidade do juiz, de vez que o primeiro magistrado a ter contato com o caso investigado não será aquele que vai conduzir as atividades no decorrer fase judicial da ação penal. O Juiz das Garantias terá competência para atuar até o momento da propositura da ação penal. Todos os atos a serem praticados no curso da investigação preliminar que dependam da atuação judicial estarão a ele submetidos.

Em alguns Estados da federação (mesmo contrariamente à regra do vigente Código de Processo Penal), os inquéritos policiais não passam mais pelo crivo do juiz competente quando a autoridade policial necessita de maior prazo para encerrar a investigação que desenvolve (art. 10, §3º., CPP). O controle da atividade policial passou a ser atribuição das promotorias de justiça, que fazem diretamente ao Delegado de Polícia as determinações de colheita de prova e fixam prazo para sua conclusão. Os juizes não se importaram com a supressão de controle do inquérito policial.

Atuação do Ministério Público avançou para a própria realização direta da investigação penal, ao argumento de que a estrutura policial não investiga seus próprios crimes e não seria impermeável a interesses de investigados poderosos. A óbvia inconstitucionalidade da investigação direta pelo MP não foi imediatamente afirmada pelo Supremo Tribunal (até hoje o plenário não a apreciou, ainda que conste da pauta há anos). Com isto, os Ministérios Públicos continuaram a fazer investigação penal, resultando em várias situações de fato que se anulada pelos tribunais iriam ter forte impacto no meio social. Daí que foram criados organismos de investigação penal no âmbito do MP, com apoio de policiais militares, escolhidos pelo órgão.

Não raro, hoje em dia, juizes se valem deste corpo de policiais vinculados ao MP para cumprirem suas deliberações, o que constitui verdadeira usurpação da função policial-judiciária ou da função do Oficial de Justiça do juízo. Ou seja, uma clara subversão das normas processuais e de competências constitucionais.

De toda sorte, a Comissão para o Anteprojeto de CPP inspirou-se nos Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária (Dipo) de São Paulo para formular a instituição do Juiz das Garantias. Juizes em São Paulo integram um departamento na estrutura do Poder Judiciário local para o fim de cuidar de todos os incidentes que possam surgir no curso do Inquérito Policial.

Atribuições do Juiz das Garantias:

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 (art. 15 do Anteprojeto e 14 do Projeto aprovado no Senado).

Compete ao Juiz das Garantias:

- I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República;
- II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543; (relaxar a prisão ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva; ou arbitrar fiança ou aplicar outras medidas cautelares; ou conceder liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação).
- III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;
- IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial; (no Senado: “investigação criminal”).
- V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;
- VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;
- VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;
- VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em atenção às razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

- IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;
- X – requisitar documentos, laudos e informações ao Delegado de Polícia sobre o andamento da investigação;
- XI – decidir sobre os pedidos de:
 - a) interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática;
 - b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;
 - c) busca e apreensão domiciliar;
 - d) acesso a informações sigilosas
 - e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado
- XII – julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia;
- XIII - determinar a realização de exame de sanidade mental.
- XIV – arquivar o Inquérito Policial.
- XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito previsto nos arts. 11 e 37 (acesso do investigado ao apuratório, estando na Polícia ou no Min. Público).
- XVI – deferir admissão de assistente técnico para acompanhar perícia.
- XVII – outras matérias inerentes às atribuições previstas no caput

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar a duração do inquérito por período único de 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada. (No anteprojeto prazo era de 10 dias)

A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal. §1º - Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo. §2º - As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso. §3º - Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão juntados aos autos do processo.

Na Ação Penal Originária: nas investigações em que a ação penal deva ser promovida nos tribunais, por privilégio de foro, as funções do juiz das garantias serão exercidas por membro do tribunal, escolhido na forma regimental, que ficará impedido de atuar no processo como relator. (Art. 302 do Anteprojeto e 314 do Projeto aprovado).

É de mister juiz imparcial para julgar o acusado

É fato o Código de Processo Penal vigente permite, com amparo jurisprudencial, que o magistrado atue tanto na fase inquisitorial quanto na fase processual da persecução penal. É perceptível a manutenção deste cenário se apresenta inadequada, notadamente por macular o convencimento do juiz incumbido do julgamento da correspondente ação penal. Um ser humano que já tenha deliberado medidas em face do acusado, necessariamente examinando e valorando elementos de informação que lhe chegam à apreciação, ainda que no seu íntimo, estabelece – inegavelmente - convicções sobre o acusado, que são motivadores das decisões que adota, resultando na fratura da imparcialidade.

A alteração legislativa é digna de aplauso, na medida em que promove a compatibilização entre as garantias dos acusados e a determinação judicial atinente às medidas investigatórias com a isenção e imparcialidade no que respeita ao julgamento da correspondente ação penal, purificando o processo de julgamento.

O Projeto elaborado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros: O PLC 7987/10 do Deputado Miro Teixeira (PDT-RJ).

A Comissão Permanente de Direito Penal do IAB, que teve a honra de presidir de 2008 a 2010, preparou uma profunda análise do projeto de lei 156/2009 do Senado Federal, e sua crítica resultou num projeto de lei alternativo, apresentado à Câmara pelo deputado federal Miro Teixeira. Temas como a relativização das nulidades (cf. art. 131 do projeto), a limitação do Habeas Corpus, privilégios de armas ao Ministério Público não conferidas à defesa, o interrogatório do réu em Juízo deixa de ser ato de defesa todos lhe fazem perguntas antes do próprio defensor, entre outras previsões, levaram o IAB a produzir a alternativa.

Um dos pontos significativos do projeto preparado no IAB reside na proibição de o Ministério Público realizar qualquer ato direto de investigação penal, não apenas porque seus membros selecionam aquilo que querem investigar, mas especialmente porque confere a uma das partes no processo um poder que não atribui à outra: MP é parte no processo e permitir sua atuação como órgão de investigação tem representado indiscutível violação ao princípio da igualdade das partes. As investigações secretas no âmbito do MP causam indignação a todo o segmento jurídico e representa clara manifestação de um processo penal absolutamente antidemocrático.

Por outro lado, se o promotor de justiça se traveste de investigador, despe-se da promoção de justiça e passa a atuar como interessado no resultado condenatório, ainda que o réu possa se valer da prova em sentido contrário ou do benefício da dúvida. Em matéria penal, a Constituição Federal determina tão somente que o MP pode requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

De toda sorte, o projeto oficial (PLS 156) trata debilmente de “investigação criminal” sem dizer quem está investido de poderes de realizá-la. Fugindo do essencial debate, o projeto oficial fala de “autoridade competente para conduzir a investigação criminal” (art. 9º.), sem ousar ingressar no tormentoso e já antigo tema da competência.

Afastando-se de incisiva definição sobre quem é a autoridade competente para investigar, obrou mal o legislador, porque, mesmo que admitisse a possibilidade de o MP investigar, deveria necessariamente estabelecer todas as regras de sua conduta (hoje, de resto e por incrível que seja, fragilmente reguladas por normas internas dos Ministérios Públicos), mormente estabelecendo direto e franco acesso do representante do investigado a todos os elementos coligidos, e ordenando que o juiz de garantias tenha informação contemporânea de todos os atos praticados, deles dando ciência ao representante da defesa.

Omitindo tratamento do tema, remanesce a atividade do Ministério Público sem censura alguma, sem fiscalização alguma, sem certeza de que a prova que interessa à defesa estará nos autos, sem ciência alguma de qualquer organismo externo.

No que toca especificamente ao instituto do Juiz das Garantias, o IAB prestigia a inovação, todavia, diante da clara impossibilidade de sua implantação em todas as Comarcas brasileiras, lançou como proposta limitadora da atuação do Juiz que delibera medidas no inquérito policial a

idéia fundamental de **impedimento** de sua atividade no curso da ação penal e julgamento do réu.

Assim, o IAB e o projeto 7987/10 da Câmara optaram por fixar que o juiz, que exera qualquer das decisões elencadas no capítulo do Juiz das Garantias, ficará impedido de processar e julgar a ação penal, medida mais adequada neste momento em que os que rejeitam a proposta em sua plenitude utilizam o argumento da incapacidade de dotar as Comarcas de, pelo menos, dois juizes criminais.

As garantias do cidadão devem estar respeitadas em toda e qualquer atividade estatal. O Processo Penal constitui um conjunto de normas destinadas a frear o poder estatal, sujeitando-o a regras rígidas de validade de sua atuação, em nome precisamente da obrigatoriedade de ser o cidadão oportuna e inteiramente informado daquilo que se busca em seu desfavor, garantido pelas normas constitucionais de garantia e do exercício pleno da advocacia que o representa.

Novembro de 2011