

O INQUÉRITO JUDICIAL FRENTE À IMPARCILIDADE DO JULGADOR

Mauro Fonseca Andrade*

1. Introdução

No curso do processo falimentar, nem só de dívidas tratamos. Em tempo determinado, passa-se ao exame da conduta do devedor e de outras pessoas envolvidas na falência, a fim de se analisar se cometeram eles ou não algum ilícito penal falimentar. Recebe este exame o nome de inquérito judicial, que nada mais é do que uma investigação criminal.

De acordo com nossa atual Lei de Quebras e o Projeto de Lei nº 4.376/93, que “*Regulamenta a Falência, a Concordata Preventiva e a Recuperação das Empresas que Exercem Atividades Econômica Regida pelas Leis Comerciais, e dá outras providências*”, dita investigação, ao invés de ser conduzida pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, está sob a presidência do Juiz de Direito competente para o exame do processo falimentar.

Por assim ser, o objetivo do presente estudo é o de averiguar o ferimento ou não do dever de imparcialidade do Juiz no momento do recebimento da denúncia e nos casos em que, além de fazer e presidir a investigação referida, também é ele o julgador deste processo, situação que

ocorre em inúmeras Comarcas onde há somente um cartório judicial, e que, se depender do projeto citado, passará a ser regra em todo o país.

2. O Inquérito Judicial frente à nossa Sistemática Processual

O primeiro diploma falimentar a surgir no Brasil republicano foi a Lei nº 859, de 16 de agosto de 1902, que, em seu Capítulo VII, tratava *Da Classificação da Fallencia e dos Crimes que della Decorrem*. Abrindo este capítulo, o artigo 84 fazia a previsão de separação entre o processo criminal e o processo da falência, condicionando aquele à sentença declaratória deste. No que dizia respeito ao processo criminal, iniciava ele perante o Juiz da falência, que o instruía com o interrogatório do falido, ouvida de testemunhas e outras diligências que julgasse necessárias. Finda a instrução, o Juiz da falência pronunciava ou não os indiciados, caso a quebra fosse fraudulenta ou culposa, e, após superados os recursos, o feito era remetido ao Juiz criminal da Comarca onde o falido mantinha seu estabelecimento (arts. 85, § 8º, e 89). Quanto à investigação sobre a ocorrência de crime falimentar, outorgou à autoridade policial a competência de tal mister¹.

Posteriormente a este diploma, adveio a Lei nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908, que, em alguns casos, manteve a mesma redação dada pela Lei nº 859/02 ao processo criminal falimentar. Permaneceu a distinção entre o processo falimentar criminal e civil, bem como a necessidade da

* Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul. Doutorando em Direito Processual pela Universidad de Barcelona.

¹ Art. 85, § 6º - As autoridades policiaes remetterão ao juiz processante os inquéritos a que procederem durante o summario.

declaração da falência para o início do primeiro (art. 174, *caput*). O trâmite do processo criminal continuou com o Juiz da falência até a pronúncia ou não dos indiciados (art. 174, § 1º), sendo, após isso, remetido ao Juiz criminal da Comarca onde o falido mantinha sua sede (art. 175, *caput*). E, no que diz respeito à investigação criminal, também manteve esta competência adstrita à autoridade policial (art. 174, § 5º).

Sucedendo a Lei de Quebras de 1908, chegou até nós o Decreto nº 5.746, de 09 de dezembro de 1929. Nele, o artigo 175 (*caput* e parágrafos) manteve o mesmo regramento do processo criminal previsto em 1902, com a duplicidade de trâmite entre o juízo falimentar e criminal, tendo o processo criminal seu início perante o primeiro, mas, após a pronúncia, sendo julgado perante o segundo. A autoridade policial continuou competente para a investigação criminal para esta categoria de crimes.

De modo a dar um fim nessa duplicidade de trâmite prevista desde a Lei nº 859, de 16 de agosto de 1902, nosso atual CPP devolveu ao juízo criminal a integral tramitação da ação penal, sob o argumento de restituir a ele uma função específica, qual seja, a da instrução do processo criminal, permitindo-lhe uma “*segura visão do conjunto, necessária ao acerto da decisão final*”². Sua Exposição de Motivos chegou ironicamente a qualificar o rito processual adotado pelo Decreto nº 5.746/29 como sendo um processo *anfíbio*, em razão da troca de um juízo (cível) pelo outro (crime) após a pronúncia dos indiciados.

² As Formas de Processo, *in* Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.

Apesar disso, não duraram muito os argumentos do legislador adjetivo. Poucos anos depois, a Lei de Quebras de 1945 (Decreto-Lei nº 7.661) retomou a participação do juízo cível em parte dos assuntos atinentes à esfera criminal. A autoridade policial, pela primeira vez desde 1902, não se fez presente nas disposições criminais de uma lei que versasse sobre matéria falimentar. Criou-se, então, em substituição à investigação policial, a figura do inquérito judicial. De acordo com este novo regramento, foi dada ao Juiz da falência a incumbência de investigar criminalmente, instaurando o inquérito judicial e dele sendo seu presidente³, ordenando ou não a produção das provas requeridas, bem como de ofício podendo determinar aquelas que entenda oportunas⁴. E, após o oferecimento da ação penal, a ele também passou a incumbir o seu recebimento ou não. Houve, portanto, um retorno ao fortalecimento da figura do Juiz da falência.

No mesmo caminho está trilhando o Projeto de Lei nº 4.376/93⁵, que “*Regulamenta a Falência, a Concordata Preventiva e a Recuperação das Empresas que Exercem Atividades Econômica Regida pelas Leis Comerciais, e dá outras providências*”. De origem no Poder Executivo, mantém ele a figura do Juiz investigador e do inquérito judicial, quando, a partir do artigo 186, dá início ao tratamento *Do Procedimento Penal na Liquidação Judicial*. Outras disposições, como a previsão de ação penal privada subsidiária da pública, e ajuizamento da ação penal perante o juízo da liquidação também são mantidos no projeto. Como inovação, não prevê a

³ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. Vol. 15. São Paulo : Edição Saraiva, 1966, p. 518.

⁴ PONTE DE MIRANDA. F. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXIX. Rio de Janeiro : Editor Borsoi, 1960, p. 279.

remessa da ação penal para o juízo criminal após o seu recebimento, fazendo com que todo o processo criminal se desenvolva perante o juízo falimentar.

Em razão de o artigo 106 da atual Lei de Quebras fazer referência à possibilidade de o falido contestar as arguições contidas no inquérito judicial, dúvida se criou em torno de sua natureza: seria ele um procedimento de ordem processual ou pré-processual de caráter inquisitorial? Depois de um período de debates, firmou-se a posição de que sua natureza se assemelha ao inquérito policial, sendo, portanto, um instrumento pré-processual de caráter puramente inquisitorial. Estaria ele destinado somente a servir de elemento para futura ação penal, sendo que tal entendimento se encontra hoje consolidado tanto em sede jurisprudencial⁶, como doutrinária⁷, chegando parte da doutrina, a fim de afastar qualquer

⁵ Dito projeto está no endereço eletrônico do Congresso Nacional: <http://www.congressonacional.com.br/projetos/proj/diversos/p14376.shtml>.

⁶ STF: RHC 64318/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Francisco Rezek. J. 26-09-86, DJ 24-10-86, p. 20317; RHC 65028/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Célio Borja. J. 23-06-87, DJ 18-09-87, p. 19670; RHC 65397/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Djaci Falcão. J. 17-12-87, DJ 26-02-88, p. 03193; RHC 67024/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Djaci Falcão. J. 18-11-88, DJ 09-12-88, p. 00543; RHC 67106/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Francisco Rezek. J. 21-02-89, DJ 10-03-89, p. 03015; RHC 65368/SP. 1ª Turma. Rel. Min. Sydney Sanches. J. 30-10-87, DJ 04-12-87, p. 27640. STJ: RHC 455/SP. 6ª Turma. Rel. Min. Dias Trindade. J. 07-08-90, DJ 20-08-90, p. 07974, RSTJ 12, p. 147; RESP 102712/RJ. 6ª Turma. Rel. Min. Vicente Leal. J. 20-05-97, DJ 23-06-97, p. 29202; RHC 7046/SP. 5ª Turma. Rel. Min. Edson Vidigal. J. 17-02-98, DJ 23-03-98, p. 00118; RHC 7434/SP. 5ª Turma. Rel. Min. José Dantas. J. 22-09-98, DJ 19-10-98, p. 00113. TJRS: Correição Parcial 586033177. 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Nelson Oscar de Souza. J. 24-09-86.

⁷ ABRÃO, Nelson. *Curso de Direito Falimentar*. 4ª edição. São Paulo : RT, 1993, p. 183. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. Vol. 1. 15ª edição. São Paulo : Editora Saraiva, 1993, p. 300.

sombra de dúvida sobre o assunto, ao ponto de qualificá-lo como sucedâneo do inquérito policial⁸.

Estando, então, a presidência do inquérito judicial afeita ao Juiz de Direito, e sendo esta investigação um instrumento pré-processual de cunho inquisitorial, temos, em verdade, um procedimento investigatório que foge ao padrão escolhido pelo legislador adjetivo, ou seja, de que a investigação criminal é realizada pela autoridade policial. Pois esta investigação criminal, quando presidida por um Juiz de Direito, recebe o nome de *juizado de instrução*⁹.

Dita forma de investigar se caracteriza pela particular atuação do Poder Judiciário. Neste sistema, além de possuir como função o julgamento de ações, o Poder Judiciário também está encarregado da investigação criminal e coleta do material probatório, para tanto possuindo amplos poderes para a investigação, podendo ou não determinar a oitiva de pessoas, realização de prova pericial, abertura de correspondências, interceptações telefônicas, entre outros meios de prova admissíveis. No juizado de

⁸ PONTE DE MIRANDA, F. Ob. cit., p. 271.

⁹ O antecedente histórico mais remoto que encontramos de uma investigação criminal realizada por um magistrado é junto ao direito grego, personificada na figura dos *thesmothetai*. Apesar de na Grécia Antiga o regime de persecução penal estar fundado na acusação popular, determinadas infrações capitais, e que se mostravam como um perigo ao Estado, eram investigadas por esta classe de magistrados, que levavam suas conclusões ao Senado ou à Assembléia do Povo, a fim de que algum cidadão apresentasse acusação (MAIER, J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. 2ª edição. Buenos Aires : Editores del Puerto, 1999, p. 270). Por certo esta atribuição lhes foi conferida algum tempo depois de sua criação, pois sua finalidade, ao princípio, era de tornarem escritas as leis (transcrevê-las) e guardá-las, de modo a que pudessem ser utilizadas nos julgamentos de casos onde houvesse dúvida na sua resolução (ARISTÓTELES. *La Constitución de Atenas*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 49).

instrução, a investigação de crimes está contextualizada como típica atividade jurisdicional que, apesar disso, permanecerá adstrita aos princípios que regem a atuação judicial, tais como o da imparcialidade, além da possibilidade de efetuar restrições aos direitos fundamentais dos investigados¹⁰. Em célebre acórdão do E. Supremo Tribunal Federal, mas sem fazer menção à existência do juizado de instrução como sistema regente no inquérito judicial, foi reconhecida a competência do juízo da falência para decretar a prisão preventiva após o término do inquérito judicial, mas quando do recebimento da denúncia¹¹, momento em que ainda estava o processo criminal em poder do juízo que investigou criminalmente o fato objeto da ação penal.

Em razão de a regra no nosso ordenamento processual estabelecer que a presidência de uma investigação criminal está a cargo da autoridade policial, dúvida poderia surgir quanto à validade da inclusão do juizado de instrução em nossa processualística. Dúvida, aliás, que poderia ser alimentada pelo fato de haver-se travado forte discussão, quando da reforma de nossa lei penal adjetiva (e que desaguou no atual CPP), sobre o afastamento do inquérito policial como forma de investigar. Só para lembrar, doutrinadores da época, tais como Galdino Siqueira¹², quase três

¹⁰ SOLAESA, José R. de Prada. España. *Sistemas de Proceso Penal en Europa*. Barcelona : Cedecs Editorial, 1998, p. 108.

¹¹ STF: RHC 64816/RJ. 1ª Turma. Rel. Min. Néri da Silveira. J. 24-02-87, DJ 26-02-88, p. 03191.

¹² Com argumentos que ainda merecem atualidade, Galdino Siqueira pregava que: *“Effectivamente, o que se tem observado é a existência de um processo duplicado, o do inquerito e o da formação da culpa, dando em regra, como resultado, prejuízos à causa da justiça, vendo-se indiciados confessar a prática do crime perante a polícia, e depois, por conselhos de advogados menos escrupulosos, negarem-n’o sob allegação de terem feito confissão forçada, ou ao inverso, por*

décadas antes do atual CPP já pregavam a extinção do inquérito policial, com sua substituição pelo juizado de instrução. Isto motivou a que, durante os trabalhos de reforma da lei adjetiva de então, fosse apresentada uma proposta de se extinguir o inquérito policial, sendo que a modalidade de investigação a vingar entre nós seria a do juizado de instrução, mudança que acabou por não ser aceita. Portanto, passados alguns anos da entrada em vigor do CPP, que, em sua Exposição de Motivos, expressamente afastou a investigação presidida por um Juiz de Direito como modelo a ser adotado em nosso país¹³, foi o juizado de instrução ressuscitado pela Lei Falimentar de 1945 e somente a ela adstrito. Teríamos, assim, bons elementos para questionar a aplicabilidade do inquérito judicial entre nós.

Todavia, esta verdadeira exceção do Juiz-investigador no inquérito judicial foi possibilitada pelo próprio legislador adjetivo, que, no artigo 4º, parágrafo único, do CPP, deixou claro que outras autoridades, que não só a policial, poderiam efetuar investigações criminais. Ao analisar este dispositivo, a doutrina legitimou o inquérito judicial, aceitando o Juiz de Direito como sendo uma das autoridades que poderiam investigar, e assim se posicionou sem proceder a maiores questionamentos sobre a abrangência e

abusivos interrogatórios, extorquem-se confissões ou depoimentos na policia. Uma tal pratica não pode perdurar, assim o reclamando os interesses sociaes em jogo, e ou se dá execução exacta á lei, ou então supprima-se o inquérito, creando-se juizes especiaes para a instrucção criminal.” (Curso de Processo Criminal. São Paulo : Centro de Propaganda Católica, 1910, pp. 194-5).

¹³ A tanto, alude a Exposição de Motivos de nosso Código, ao tratar sobre *A Conservação do Inquérito Policial*. A possível limitação da função da autoridade policial, aliada à dificuldade de haver um Juiz-instrutor em cada cidade, foram utilizados como argumentos para a manutenção do inquérito policial.

conseqüências de ma investigação presidida por um magistrado¹⁴. Contraditoriamente, ao examinar o tema *Juizado de Instrução*, esta mesma doutrina invariavelmente se restringe a conceituá-lo, a afirmar que é o modelo seguido em países como a França, e que não foi ele implantado em nosso país quando da criação do atual Código de Processo. A conclusão que o leitor tira é de que o fato de saber o que se trata o juizado de instrução serve tão-só para mero conhecimento teórico e leve noção sobre direito comparado, já que em nosso país foi ele rejeitado¹⁵. Inexplicavelmente, nenhuma linha de nossa doutrina vincula o juizado de instrução ao inquérito judicial, omissão que não se aplica ao Poder Judiciário, que reconheceu, de modo expresso¹⁶, a presença do juizado de instrução nesta investigação falimentar. E a importância de assim proceder é enorme, pois as

¹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 5ª edição. São Paulo : Atlas, 1997, p. 36. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 1. 15ª edição. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 179. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 3ª edição. São Paulo : Atlas, 1994, p. 75. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual*. Vol. I. Rio de Janeiro : Forense, 1961, p. 146.

¹⁵ Ressalva deve ser feita aos mestres Magalhães Noronha e José Frederico Marques. Dos autores nacionais examinados, foram eles os únicos a mencionar uma das conseqüências do juizado de instrução, qual seja, a possibilidade de perda da imparcialidade do Juiz. Magalhães Noronha aponta para a possibilidade de “*formação precipitada da convicção do juiz, quando ainda recente o delito, envolto quase sempre em paixões, ódios, etc, que perturbariam sua ação serena*” (*Curso de Direito Processual Penal*. 20ª edição. São Paulo : Editora Saraiva, 1990, p. 24). Estas palavras são reproduzidas na íntegra por Paulo Lúcio Nogueira, em sua obra *Curso Completo de Processo Penal* (5ª edição, São Paulo : Editora Saraiva, 1991, p. 49). José Frederico Marques foi enfático ao afirmar que “*pensar que um magistrado togado possa, sozinho, dirigir toda essa série de pesquisas, com ânimo sereno e imparcial que se exige na judicatura, é extrema ingenuidade ou desconhecimento completo dos fatos e fenômenos que se desenrolam na fase preambular da informatio delicti.*” (sic) (*Estudos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1960, p. 60).

¹⁶ TJRS, RHC 27253. 1ª Câmara Criminal. Rel. Des. Jorge Alberto de Moraes Lacerda. J. 06-10-82.

características e regras que regem o modo de investigação adotado em nosso Código de Processo Penal não são exatamente os mesmos do juizado de instrução que, como se disse, é uma exceção.

Assim, o foco de nossa discussão é a verdadeira omissão em se aplicar ao inquérito judicial, seja da atual Lei de Quebras, seja do Projeto de Lei nº 4.376/93, uma das regras básicas a que está atrelado o juizado de instrução - ou seja, a regra de que o Juiz que preside a investigação não pode julgar a ação penal dela decorrente.

3. A Imparcialidade do Juiz

Do ponto de vista morfológico, imparcialidade significa não ser parte de algo, situação que, transportada para a esfera judicial, acarreta na impossibilidade de o julgador de um processo ser uma das pessoas sujeitas à sua própria sentença. Por isso, a imparcialidade daquele que irá decidir é vista como a razão de ser do Poder Judiciário, o fundamento de sua criação¹⁷.

¹⁷ LIMA, Alcides de Mendonça. Sentença Proferida por Juiz Impedido porque Devedor da Opoente - Sentença Favorável à Opoente - Alegação do Fato em Apelação. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 37, ano 10, jan/mar, 1985, p. 182.

Dita restrição, a de não ser o magistrado uma das partes sujeitas ao seu veredicto, está textualmente prevista no artigo 252, inciso IV, de nosso CPP, embora se apresente como algo tão primário e básico que, nas mais diversas legislações mundiais, sequer consta expressamente como óbice ao exercício da atividade jurisdicional¹⁸. Por isso, em geral passa-se à visão de que se traduz a imparcialidade na necessidade de a pessoa que irá julgar ser isenta de qualquer interesse ou sentimento, seja em relação à causa, seja em relação a um dos litigantes. Em duas palavras, é ela entendida e conceituada como sinônimo de neutralidade e desinteresse no feito¹⁹.

Ao contrário de ser uma qualidade do julgador²⁰, se traduz ela no seu primeiro e mais importante dever. É certo que não se concebe um Juiz que seja parcial, mas não é a imparcialidade algo que aflore espontaneamente do magistrado, e, prova disso, é que, de modo a que seja alcançada, ao Poder Judiciário e às partes são oferecidos instrumentos externos ao julgador, seja para a consecução de sua isenção, seja para seu controle.

Quanto ao primeiro, a Constituição Federal, através de seu artigo 95, entabula as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos aos magistrados, além das vedações em seu parágrafo único, tudo destinado a assegurar a ele e, por via de consequência, também aos cidadãos, que as manifestações processuais emitidas pelo presidente do processo não sejam fruto de pressões econômicas ou políticas, ou, tampouco,

¹⁸ AROCA, Juan Montero. *Principios del Proceso Penal – Una Explicación Basada en la Razón*. Valência : Tirant lo Blanch, 1997, p. 87.

¹⁹ MORENO, Faustino Cordon. *Las Garantias Constitucionales del Proceso Penal*. Navarra (Espanha) : Aranzadi Editorial, 1999, p. 101.

²⁰ BARBI, Celso Agricola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume I. 5ª edição. Rio de Janeiro : Forense. 1988, p. 546.

que estejam as partes submetidas a um juízo de exceção. É certo que, ao invés de serem tratadas como meios para se atingir a imparcialidade, ditas garantias estão voltadas à independência do Poder Judiciário e seus integrantes²¹, independência vista desde a ótica econômica até a política, quando posto o Judiciário em confronto com os demais Poderes de Estado. No entanto, e em última análise, a finalidade básica destas garantias é a de se alcançar a imparcialidade do julgador - do contrário, não haveria o porquê da existência de um Poder suscetível a pressões ou (des)mandos, sendo destituído de credibilidade perante os jurisdicionados.

Já, quanto às partes, quando em contato direto com o magistrado em um processo judicial qualquer, à sua disposição estão as exceções processuais, seja de impedimento, seja de suspeição, destinadas a afastar do feito o Juiz que, de alguma maneira, tenha ou venha a ter comprometidas suas convicções sobre o fato ou as partes nele existentes. E, em nossa legislação processual penal, estão elas previstas no art. 252 e seguintes.

De um modo geral, em países de tradição jurídica, estes mesmos instrumentos processuais são disponibilizados às partes para o exercício do controle sobre a imparcialidade do julgador. E assim os temos na Itália²², Alemanha²³ e Espanha²⁴, onde ocorrem as mesmas preocupações existentes entre nós para se afastar o julgador que tenha interesse no feito ou que tenha exercido alguma outra profissão que estivesse ligada à matéria discutida (órgão do Ministério Público, defensor ou membro da polícia judiciária),

²¹ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª edição. São Paulo : Malheiros Editores, 1993, pp. 504-5.

²² Codice di Procedura Penal, art. 34 e seg.

²³ StPO, § 22 e seg.

bem como possua amizade íntima ou inimizade com as partes, relação de parentesco, entre outras situações.

Em países que adotam o juizado de instrução como modelo de investigação criminal, uma outra causa surge, e igualmente para garantir a imparcialidade daquele que irá julgar o feito. Se trata da impossibilidade de o julgador que efetuou a investigação criminal ser o mesmo que irá julgar a ação penal. Como exemplo disso, temos a Espanha²⁵, que, por adotar a investigação criminal presidida por um Juiz, estampa na sua lei processual a possibilidade de ser a presença deste recusada na fase judicial²⁶⁻²⁷.

Na Espanha, a imparcialidade do julgador é vista sob dupla ótica, uma sendo encarada sob o ponto de vista subjetivo, e a outra sob o ponto de vista objetivo. A primeira diz respeito à garantia da independência judicial,

²⁴ LECrim, art. 52 e seg.

²⁵ Juan Montero Aroca leciona que a impossibilidade de o Juiz-instrutor ser o mesmo que irá julgar não está fundada na preservação da imparcialidade do julgador. Isto porque não poderia ser inquinado de imparcial aquele que exerce uma função tipicamente jurisdicional, como é o caso do Juiz de Direito no juizado de instrução na Espanha. Segundo ele, estaríamos, na verdade, diante de uma causa de incompatibilidade de funções, e não de mácula à imparcialidade do julgador. In: *Principios del Proceso Penal – Una Explicación Basada en la Razón*. Valência : Tirant lo Blanch, 1997, pp. 92-5.

²⁶ Art. 54 LECRIM - Son causas legítimas de recusación: 12. haber sido Instructor de la causa.

²⁷ Importante marco na consolidação desta regra junto ao processo penal espanhol foi, indiscutivelmente, a Sentença 145, de 12 de julho de 1988, proferida por seu Tribunal Constitucional (STC 145/88). Tal decisão julgou inconstitucional a previsão do parágrafo 2º do art. 2º da Lei Orgânica nº 10/80, pois impedia a recusação do juiz-instrutor em processos envolvendo determinados crimes dolosos (menos graves e flagrantes), vulnerando, assim, o direito fundamental do acusado em ser julgado por um juiz imparcial. Conseqüência desta decisão foi uma pronta reforma legislativa, onde se estendeu a legitimidade investigatória também ao Ministério Público - sendo mantida a do juiz-instrutor -, porém restrita aos

circunstância não só garantida com a previsão constitucional da inamovibilidade²⁸, bem como também com os instrumentos processuais para recusá-lo outrora referidos. Já, quanto à segunda, típica dos juizados de instrução, diz respeito ao receio de que o Juiz da investigação criminal tenha se contaminado com o resultado nela alcançado, comprometendo sua neutralidade e pendendo, desde o início, para o acolhimento de uma das teses, defensiva ou acusatória, expostas na ação. Sintetizando dito sentimento, Juan Montero Aroca leciona que “*entrar en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Y aunque ello no suceda es difícil evitar la impresión de que el juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible.*”²⁹ E o seu afastamento do feito judicial se impõe³⁰, mesmo que as conclusões e provas existentes na fase inquisitorial tenham que ser renovadas em juízo, pois incidirá sobre o Juiz-instrutor a desconfiança de que sua convicção já está formada sobre o tema em debate³¹.

processos regidos pelo procedimento abreviado (art. 785 LECrim, aplicado aos crimes com pena de até 09 anos de prisão).

²⁸ Constituição Espanhola, art. 117.

²⁹ AROCA, Juan Montero. *Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales*. Valencia : Trant lo Blanch, 1999, p. 48.

³⁰ De se ressaltar que nem toda a intervenção judicial realizada no curso da investigação criminal poderá ser elevada à condição de proporcionar um ferimento ou risco de ferimento à imparcialidade do Juiz. Em diversas ocasiões, o Tribunal Constitucional da Espanha tem efetuado ressalvas à impossibilidade de o Juiz que atuou na investigação criminal ser o mesmo que está a presidir o feito judicializado. Sobre o tema, ver: PICÓ I JUNÓY, Joan. *Las Garantia Constitucionales del Proceso*. Barcelona : J. M. Bosch Editor, 1997, pp. 137-40.

³¹ CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Buenos Aires : Librería El Foro, 1960, p. 232.

Por isso, tenha ele sido afetado ou não pelos resultados da investigação, o Juiz-instrutor é afastado por um critério meramente objetivo, prevenindo-se à ocorrência de algum prejuízo às partes. Além de ser subjetivamente imparcial, deverá o julgador também ser objetivamente imparcial (ou seja, se ele investigou, poderá sua presença ser recusada no processo judicial), afastando-se a possibilidade de dúvida quanto à sua isenção.

No mesmo caminho trilha o Convênio Europeu dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. Realizado em Roma, no ano de 1950, prevê ele, em seu artigo 6.1³², a necessidade da existência de um Juiz imparcial no feito, de modo a que seja alcançado o que denomina de processo equitativo. Dito Convênio não conceituou nem estabeleceu as diretrizes para se alcançar a imparcialidade do julgador, de modo a vincular todos os países que o subscrevessem. Por isso, coube ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, criado pelo próprio Convênio³³ para assegurar o respeito de seus preceitos pelos Estados que o subscreveram, preencher essa lacuna e firmar posição no sentido de que a imparcialidade do julgador também passa por essa vedação ao Juiz investigador. Assim, tem o Tribunal firmado, por diversas vezes, a necessidade da separação entre o Juiz-

³² Art. 6º Derecho a un proceso equitativo. - 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos e obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella." (Derechos Humanos - Textos Internacionales. 3ª edición. Madrid : Editorial Tecnos, 1999, p. 343).

³³ Art. 19 e seg.

instrutor do Juiz-julgador, de modo a que seja preservada a imparcialidade daquele a quem incumbirá decidir o processo³⁴.

Além da preservação da imparcialidade do julgador, dita separação da atuação judicial repousa também em um outro motivo igualmente sólido. Ao se proceder ao impedimento de o Juiz-instrutor poder julgar o fato que ele mesmo investigou, o que se estará preservando é a própria manutenção do princípio acusatório³⁵, que não se vê ferido pelo simples fato da adoção do juizado de instrução³⁶, mas sim pela não-separação de atribuições do Juiz. Acaso esta separação não acontecesse, seria o Juiz encarado como parte no processo penal, pois deixaria sua condição de mediador, e passaria a somar forças com um dos pólos da relação processual. Seria, assim, o retorno do Juiz-inquisidor do modelo antigo, com o abandono do processo acusatório³⁷.

Não foi por outro motivo que Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo³⁸ equiparou o sistema inquisitivo, do Juiz acusador e julgador, ao acusatório misto (quando regido pelo juizado de instrução), acaso não ocorra a preocupação do legislador em criar instrumentos destinados à separação das atribuições de instrutor e julgador. Em suma, com dita separação de misteres, se estará protegendo toda a estrutura sobre a qual se assenta o

³⁴ Caso *Piersack*, Sentença de 01 de outubro de 1982; Caso *De Cubber*, Sentença de 26 de outubro de 1984; Caso *Pfeifer y Plankl*, Sentença de 25 de fevereiro de 1992.

³⁵ LEIBAR, Iñaki Esparza. *El Principio del Proceso Debido*. Barcelona : J. M. Bosch Editor, 1995, p. 217.

³⁶ DEU, Teresa Armenta. *Principio Acusatório Y Derecho Penal*. Barcelona : J. M. Bosch Editor, 1995, p. 58.

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório*. *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*. Año XL, nº 61, La Plata, 2000, p. 272.

processo penal de um país, uma vez que a distinção entre o órgão acusador do órgão julgador - que é um dos pilares do princípio acusatório - poderá se ver comprometida, em razão de a convicção do julgador já se apresentar consolidada pelo resultado da investigação que presidiu.

Como vemos, é da tradição dos países que adotam o juizado de instrução preverem a separação entre o Juiz que instrui a fase preliminar daquele que irá presidir o feito judicial. Cabe-nos, então, diante da existência do inquérito judicial, previsto que está na Lei de Quebras - e que nada mais é do que um típico juizado de instrução inserido como exceção à nossa forma de investigação criminal -, examinar as conseqüências da regra do “juiz que instrui não julga” em nosso país.

4. Competência para o Inquérito Judicial e Subseqüente Ação Penal

Reza a Lei de Quebras, em seu artigo 109, § 2º, que o Juiz da falência será competente, além da realização da investigação criminal, também para efetuar o recebimento da denúncia. Finalizada a investigação criminal sob sua presidência, caberá ao mesmo Juiz, em sendo oferecida a ação penal, seja pública, seja privada, o ato de dar ou não início ao processo penal. Idêntica previsão encontramos no Projeto de Lei nº 4.376/93, em seu artigo 194, *caput*. Pois, já neste primeiro momento processual, vislumbramos o primeiro conflito com a regra do “juiz que instrui não julga”.

³⁸ *Proceso, Autocomposición Y Autodefensa*. 3ª edição. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p. 20.

Dito ato judicial, o do recebimento da denúncia, se caracteriza como verdadeira decisão judicial, já que deverá ser fundamentada a contento, sob pena de nulidade, matéria, inclusive, já sumulada pelo E. Supremo Tribunal Federal³⁹. E, sendo competente para receber a ação penal, este mesmo magistrado será o encarregado de examinar se há algum caso de rejeição da peça inicial acusatória, pressuposto lógico para recebê-la, já que diz respeito às condições da ação penal e seus pressupostos processuais, para, após isso, ver se ela se apresenta formalmente oferecida⁴⁰. Assim, o Juiz da falência deverá examinar, em caráter preliminar, se o fato posto à sua frente é, em tese, crime ou não, bem como se o denunciado, em tese, é ou não o verdadeiro responsável pelo fato que está lhe sendo imputado.

Em razão de a investigação criminal ser realizada sob a égide do juizado de instrução, a decisão sobre o recebimento ou não da ação penal já poderá estar definida antes mesmo do oferecimento desta, pelo simples motivo de as convicções do julgador já haverem sido firmadas ao longo da investigação que ele mesmo presidiu. Para se ter uma idéia da gravidade da situação, Pontes de Miranda chega ao ponto de afastar o envolvimento anímico do condutor da investigação como sendo uma possibilidade, dando-o como efetivo, ao aprovar a postura do legislador em optar pelo deferimento ao Juiz da falência, e não ao juízo criminal, da decisão de receber a ação penal. Segundo ele, o Juiz da falência apresentaria melhores condições de receber ou não a acusação formulada, pois *“já está, pela função que exerce,*

³⁹ Súmula 564 – A ausência de fundamentação do despacho de recebimento da denúncia por crime falimentar enseja nulidade, salvo se já houver sentença condenatória.

⁴⁰ Sobre a distinção entre não-recebimento e rejeição da denúncia, ver: BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação Penal - Denúncia, Queixa e Aditamento*. Rio de Janeiro : AIDE, 1993, p. 161.

com os elementos mais reveladores.”⁴¹(sic) Tais “*elementos reveladores*” não seriam provas que não fariam parte da ação penal e, via de consequência, do próprio inquérito judicial. Seriam, isto sim, informações ou impressões pessoais que o magistrado traria consigo desde a fase inquisitorial ou do processo civil referente à quebra. Por isso, a outra conclusão não chegamos, senão à de que, de suas palavras, se extrai que o investigador é o encarregado de receber a denúncia ou queixa por estar mais próximo do fato investigado, mais inteirado sobre tudo o que envolveu a falência, ter mais conhecimentos sobre o fato nela articulado e estar mais convicto sobre o que é possível ou não conter a peça inicial acusatória do que o próprio “*juízo criminal competente*”, a quem o feito deverá posteriormente ser remetido. O prejulgamento do Juiz-instrutor seria a razão de ser em se conferir a ele o recebimento da denúncia.

Ao invés de ser encarado com ares de correção, este envolvimento emocional do Juiz-instrutor com o fato investigado é justamente o que a regra do “*juiz que instrui não julga*” procura evitar⁴². Nítido prejuízo

⁴¹ Ob. cit., p. 272.

⁴² A materialização desta mácula à imparcialidade do julgador é de difícil comprovação em sede doutrinária ou jurisprudencial, pois nenhum Juiz sai aos quatro ventos propagando que sua convicção foi concebida antes da fase judicial. Por isso, de singular importância se apresenta a biografia de Baltazar Garzón, Juiz-instrutor espanhol, conhecido internacionalmente em virtude de haver dado início ao Caso Pinochet, e encabeçado a busca de sua responsabilidade criminal pelos assassinatos de espanhóis ocorridos no período da ditadura chilena. Em determinado trecho de sua biografia, sacamos sua profunda inconformidade com o arquivamento de uma de suas investigações por parte do Tribunal competente, demonstrando perfeitamente a afetação que ocorre no ânimo do magistrado-investigador. Vejamos: “*Me había desfondado mucho la sentencia absolutoria para Ricardo Ynestrillas por el asesinato de Josu Muguruza. Yo tenía la íntima convicción de que fue coautor. También me pesaba el sesgo que iba tomando la causa contra Manuel Charlin, el capo de las mafias gallegas de la droga. Al final,*

poderá ocorrer, seja ao órgão acusador, seja ao acusado, em virtude da manutenção deste magistrado para a realização de tão importante ato processual. Somente para exemplificar, podemos citar a hipótese de o Juiz haver entendido, já na investigação, que o fato descrito na denúncia não é doloso, mas sim culposo, ao contrário do que sustenta a acusação; ou, ao revés, haver entendido, também durante a fase preliminar, que o autor do fato delituoso é o denunciado, e não o seu sócio, afastando, assim, possível ilegitimidade de parte levantada na fase inquisitorial. É certo que estas hipóteses podem ocorrer com qualquer outro Juiz que se defronte com os termos de uma ação penal “*não-falimentar*”, com a qual ele não concorde ao examinar o conteúdo do inquérito policial. No entanto, sobre este Juiz não figurará a sombra de que sua convicção foi formada anteriormente à apresentação da denúncia, situação que é o foco da regra do “*juiz que instrui não julga*”.

Não bastasse isso, outra hipótese, que não só a do recebimento ou não da ação penal, também pode ser levantada, de modo a demonstrar o ferimento da regra do “*juiz que instrui não julga*”. É ela a ocorrente em situações excepcionais nas Comarcas do interior do Estado onde há somente uma Vara Judicial, mas que passará a ser a regra segundo as disposições do Projeto de Lei nº 4.376/93. Além de presidir a investigação criminal, o Juiz-instrutor também será o presidente do processo criminal. Após realizar o

la Sala no consideró algunas pruebas - pruebas reales e objetivas -, siendo como era clamorosa su culpabilidad. Esos reveses, que desbaratan y dejan en nada meses y meses de trabajo agotador, tuyo y de tus funcionarios y de los policías, son peores que un ataque feroz contra la fama, o que una amenaza de muerte. Esos reveses, como bofetadas de la propia Justicia, descorazonan, le quitan a uno la moral. Yo no estaba cansado: yo tenía desalento.” (URBANO, Pilar. Garzón: El

ato de receber a denúncia, não terá ele um “*juízo criminal competente*” para remetê-la. Se encarregará o Juiz, além da instrução do inquérito, também da instrução do processo e julgamento da ação penal⁴³. Na prática, tratará o magistrado de judicializar as provas anteriormente produzidas na sua presença, devendo elas serem novamente realizadas, agora na fase processual, com o acréscimo daquelas apresentadas costumeiramente pelo réu somente em juízo, e que poderão importar na produção de novas provas.

Como se pode ver, seja no nascedouro deste processo criminal, seja no seu curso em Comarcas do interior, seja, por fim, em razão das previsões do Projeto de Lei nº 4.376/93, grave mácula o atingirá, acarretando sua nulidade *ab initio*, se dermos acolhida ao pensamento dominante nos países que utilizam o juizado de instrução como forma de investigação criminal, ou seja, ao afastamento do Juiz-instrutor da fase judicial. No entanto, a dificuldade que existe é justamente a adequação da regra do “*juiz que instrui não julga*” junto ao cenário nacional, já que: a) o juizado de instrução não é o padrão de investigação adotado por nós; b) não recebeu ele da doutrina um estudo adequado; e c) não foi merecedor, seja no CPP, seja na Lei de Quebras, seja no Projeto de Lei nº 4.376/93, de qualquer disposição legal

Hombre que Veía Amanecer. 5ª edição. Barcelona : Plaza & Janés Editores, 2000, p. 32).

⁴³ As previsões do Projeto de Lei nº 4.376/93 demonstram uma tendência do legislador nacional em fortalecer a figura do Juiz, transformando-o em verdadeiro investigador criminal e, o que é pior, julgador de sua própria investigação. Dita tendência, aliás, já se viu concretizada através da Lei nº 9.034/95, que “*Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.*” Em seu artigo 3º, este diploma legal confere ao Juiz a possibilidade de realizar diligências investigatórias, também transformando-o em Juiz-instrutor. Questionada judicialmente através da ADIN nº 1517-6, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 30 de abril de 1997, indeferiu a

que pudesse efetuar um controle sobre o estado de ânimo do Juiz-instrutor, de modo a poder afastá-lo do processo criminal.

Quanto ao papel da doutrina atual, incompreensível foi sua omissão em não estudar o juizado de instrução, e não vinculá-lo ao inquérito judicial. Se trata ela, além de nítida formadora de opinião que é, também em um importante meio de hermenêutica jurídica, conhecida como interpretação doutrinal, chegando a ser apontada como a verdadeira interpretação, no sentido técnico do vocábulo⁴⁴. E nem se diga que a notícia da regra do “juiz que instrui não julga” não havia desembarcado em nosso país, sendo desconhecida por todos. Já nos idos de 1959, João Mendes de Almeida Júnior noticiou a existência da regra do “juiz que instrui não julga”, como sinônimo do afastamento cada vez maior de um processo com instrução inquisitiva para se adotar a instrução contraditória. Disse ele: “... a tendência hoje é para a instrução contraditória. Mesmo em França, onde mais foi afagada a instrução secreta, foi dado o golpe no sistema inquisitivo pela Lei de 8 de dezembro de 1897, na qual ficaram firmados os seguintes princípios: 1º) O juiz da instrução não pode concorrer ao julgamento das causas, cujo processo instruiu.”⁴⁵ Dito autor deixou claro que a separação das funções do Juiz no juizado de instrução era pressuposto lógico para um processo acusatório.

liminar de suspensão de seus efeitos. Seguiram-se, para o mesmo fim, as ADINs nº 1569-9 e 1570-2, que não tiveram melhor sorte.

⁴⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 12ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 1992, p. 94.

⁴⁵ In *Processo Criminal Brasileiro*. Vol. 1. 4ª edição. Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos S.A., 1959, p. 242.

Quanto ao nosso CPP, podemos dizer que foi ele “*pego de surpresa*” com a criação do inquérito judicial e deferimento da possibilidade de investigar criminalmente ao Juiz de Direito. E assim se diz porque, durante as discussões legislativas que nele desaguaram, conforme já vimos, foi o juizado de instrução sugerido e claramente repelido como modelo de investigação a ser implantado no Brasil. Isto explicaria o porquê de o legislador adjetivo não estabelecer entre nós a regra do “*juiz que instrui não julga*”, quando tratou dos impedimentos à atuação judicial. O que mais se próxima dela é o impedimento imposto ao Juiz de figurar no processo criminal onde tenha atuado como órgão do Ministério Público ou autoridade policial (art. 252, II), figuras que costumeiramente exercem a investigação criminal. A razão para o afastamento do Juiz, nestes casos, é a nítida falta de isenção que o acomete⁴⁶, e o ferimento a este impedimento acarretaria a nulidade absoluta do feito⁴⁷ ou, segundo alguns autores, importaria na prática de ato juridicamente inexistente⁴⁸.

O entendimento prevalente, no que diz respeito às causas de impedimento do Juiz, está firmado no sentido de se dar a esta disposição legal uma interpretação restritiva⁴⁹, o que impediria a inserção da regra do “*juiz que instrui não julga*” entre aquelas hipóteses abarcadas no art. 252 do

⁴⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 3ª edição. São Paulo : Atlas, 1994, p. 215. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 2. 15ª edição. São Paulo : Saraiva, 1994, pp. 510-1.

⁴⁷ Julgados do TARS 80/59. RTJ 47/543. RT 550/303 e 526/435.

⁴⁸ NORONHA, E. Magalhães. Ob. cit., p. 139. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual*. Vol. II. Rio de Janeiro : Forense, 1961, p. 417.

⁴⁹ STF, HC 73099/SP, 1ª Turma. Rel. Min. Moreira Alves. J. 03-10-95. DJ 17-05-96, p. 16.324. STJ, RHC 258/SP, 6ª Turma. Rel. Min. Willian Patterson.

CPP, embora vez por outra encontremos um ou outro julgado permitindo a interpretação extensiva⁵⁰. Assim, qualquer outra atividade do magistrado que não venha a ser enquadrada naquelas previsões é vista como possível, não sendo reconhecida nenhuma mácula à sua imparcialidade⁵¹. Como exemplo, temos as sindicâncias administrativas realizadas pelos Juizes de Direito - e que serviram de base para futuras ações penais por eles mesmos julgadas -, sendo, pelo Supremo Tribunal Federal, consideradas como não-aptas a ferir a imparcialidade de quem as presidiu⁵².

A grande oportunidade para a inserção da regra do “*juiz que instrui não julga*” entre as hipóteses deste impedimento foi desperdiçada pelo próprio Supremo Tribunal Federal^{53 54}. Através da Lei Estadual nº 3.947/83,

J. 19-12-89. D.J. 05-02-90, p. 00460. TJRS, Inc. de Suspeição 298010927,6ª Câm. Crim. Rel. Des. Sylvio Baptista Neto. J. 04-06-98. RT 619/372.

⁵⁰ RT 724/593-4

⁵¹ Apesar de o presente estudo não estar voltado à interpretação dos arts. 252 e 254 do CPP, merece referência a crítica feita por Joan Picó i Junoy ao processo penal espanhol. Após referir-se que também nele as causas de recusação e abstenção do julgador são interpretadas pelos tribunais espanholes como se *numerus clausus* fossem, o ilustrado autor manifesta que o que se deveria buscar seria uma interpretação teleológica da lei, pois outras causas de ferimento à imparcialidade do julgador poderão existir além daquelas já previstas. A finalidade da lei seria a de garantir que as partes não permitam a presença de um Juiz que considerem parcial, e não a de permitir que um magistrado parcial preside determinado feito criminal pelo simples fato de que o motivo de sua parcialidade não estar previsto em um rol conserado taxativo (Picó i Junoy, J. *La Imparcialidad y sus Garantías: La Abstención y Recusación*. Barcelona : J.M.Bosch, 1998, pp. 48-50).

⁵² STF, HC 68784/DF. 1ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. J. 01-10-91. D.J. 26-03-93, p. 05003. Além do STF, também encontramos julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo: RT 649/256 e 628/294.

⁵³ STF, RHC 63.787-6/SP. 1ª Turma. Rel. Min. Rafael Mayer. J. 27-06-86. DJ 22-08-86.

⁵⁴ Alguns anos após esta decisão, também o E. Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de examinar a questão sobre o envolvimento anímico do julgador no juizado de instrução existente na falência. Quando da fundamentação sobre o afastamento de eventual impedimento do Juiz que presidiu o inquérito judicial (e

de iniciativa do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi modificada a Organização Judiciária daquele Estado, passando os crimes falimentares a serem julgados pelo juízo universal da falência⁵⁵, como hoje propõe o Projeto de Lei nº 4.376/93. Dita modificação deu ensejo à impetração de *habeas corpus* perante aquela Corte Superior, sob o argumento de que o juízo cível em que estava o paciente sendo processado criminalmente era incompetente para tal, em virtude do evidente conflito que provocou frente aos arts. 504 do CPP e 109, § 2º, da Lei de Quebras. A conclusão a que se chegou foi no sentido de que a alteração provocada na Organização Judiciária paulista não se configurou em ato de legislar sobre matéria processual, o que somente toca à União, que detém sua competência exclusiva. Um dos argumentos do parecer da Procuradoria-Geral da República, representada no feito pelo eminente Francisco de Assis Toledo, então Subprocurador-Geral, foi no sentido de que, por ser “*universal*”, o juízo da falência abarcaria toda a espécie de processos relativos a ela, inclusive o feito criminal. Chegou-se a dizer que “*o juiz natural, para crimes falimentares, será obviamente o da falência*”. Já, como razões de

que estava, naquele momento, presidindo o processo criminal), se adotou a posição manifestada no parecer emitido pelo representante do Ministério Público Estadual em 2º grau, transcrevendo-a. Em síntese, o órgão ministerial estadual afastou o impedimento invocado, pois o art. 252 do CPP não prevê a hipótese invocada no recurso (*numerus clausus*). Ademais, ele também fez referência ao acórdão do STF em comento, como sinônimo de ausência de mácula à imparcialidade do juiz-instrutor, por haver-la afastado expressamente (STJ, RHC 258/SP, 6ª Turma. Rel. Min. Willian Patterson. J. 19-12-89. D.J. 05-02-90, p. 00460). Em virtude disso, e apesar da possível existência de outras decisões proferidas nos mesmos termos, o posicionamento adotado pelo STF é de suma importância para o trato deste tema, visto que é invocado como razão de decidir por outros tribunais.

⁵⁵ Diz o art. 15 daquela lei: As ações por crime falimentar e as que lhes sejam conexas passam para a competência do respectivo Juízo Universal da Falência.

decidir, se entendeu que a competência criminal do juízo da falência decorreria em razão da matéria tratada na ação penal, que é falimentar.

No entanto, a grande questão que deveria ser examinada em suas filigranas foi o exame sobre a imparcialidade do juízo universal da falência, a quem a Lei Estadual tornou competente para a investigação e também julgamento dos crimes falimentares. Dita questão até que foi aventada pelo impetrante, não de forma escrita e prévia, mas quando de sua exposição na tribuna. No entanto, o Ministro Relator afastou-a através da comparação entre a atividade judicial e a do Ministério Público, que também atua no processo falimentar, no inquérito judicial e, por força do art. 504 do CPP, deverá ser o mesmo no processo criminal. No seu entender, se o Ministério Público não está impedido para atuar na fase inquisitorial e judicial, também não estará o magistrado. Além disso, também deixou de lado a argumentação jurídica para se adotar o critério da “*praticabilidade*” na manutenção do juízo falimentar como adequado para o julgamento do processo criminal⁵⁶.

⁵⁶ Do acórdão se extrai a seguinte passagem: “O eminente professor e advogado, da tribuna, teceu considerações a respeito dos problemas emergentes da circunstância de o juiz que vai julgar o crime de falência seja aquele mesmo que tenha presidido a formação do inquérito judicial. Gostaria de reportar-me aos tempos de juventude, de modesto advogado de comarca do interior e de membro do Ministério Público, em que funcionei em comarcas que tinham somente uma vara, como Curador de Massas Falidas e como representante do Ministério Público Criminal, sem que daí decorresse impedimento. Então, como se haveria de sair um juiz que era, ao mesmo tempo, o juiz da falência e presidia o inquérito judicial e depois recebia a denúncia, e depois continuava, também, apurando e acompanhando o processo criminal e julgando no final sem prejuízo de que também conduzisse o procedimento falencial? Vê-se, pois, que a praticabilidade é completa, sem que haja qualquer problema quanto ao impedimento do juiz, ...”

Ora, a ausência de impedimento do órgão do Ministério Público que atuou na investigação criminal é matéria recentemente sumulada pelo E. Superior Tribunal de Justiça⁵⁷, e o seu fundamento encontramos no próprio Código de Processo. Anteriormente a ela, já tivemos oportunidade de examinar a questão⁵⁸.

O foco da controvérsia reside na previsão do artigo 258 do CPP, que estendeu aos membros do Ministério Público, “*no que lhes for aplicável*”, as situações de suspeição e impedimento relativas aos Juízes - assim, a questão envolve saber se o inciso II do art. 252 daquela lei adjetiva também se aplica aos titulares da ação penal. Por primeiro, e por tratar-se de norma restritiva, sabido é que deverá ela ser interpretada restritivamente, razão pela qual é ela encarada como definidora de situações taxativas, e não exemplificativas. Portanto, para que haja o impedimento, deverá o órgão ministerial ter atuado realmente como integrante da polícia judiciária, e não apenas haver desempenhado atividades a ela afeitas. Não bastasse isso, a função desta causa de impedimento é evitar a parcialidade do julgador, mas, como a investigação é destinada ao convencimento do próprio Ministério Público, não se pode querer que a essência da magistratura seja a mesma daquele a quem incumbe demandar. Se o órgão ministerial não estiver

⁵⁷ Súmula 234 - A participação do membro do Ministério Público na fase investigatória não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.

⁵⁸ ANDRADE. Mauro Fonseca. *O Ministério Público e sua Investigação Criminal*. Porto Alegre : ULBRA, 1999. Monografia (Especialização em Direito Processual Penal), FESMP em convênio com a Universidade Luterana do Brasil, 1999, posteriormente editada em 2001 pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Ainda sobre o tema: FARIAS, Cristiano Chaves de. *A Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público e a Inexistência de*

convicto da acusação que formula, quem o estará? Por isso, sem cabimento a pretensão manifesta no acórdão referido de alcançar também ao Ministério Público o impedimento existente para o magistrado.

E, quanto ao critério de praticabilidade levantado no acórdão, jamais poderia ele se sobrepor à possibilidade de mácula à imparcialidade do Juiz. Ao se adotar este pensamento, se deixa claro que mais prático seria manter um Juiz parcial, do que dar às partes a possibilidade de um julgamento onde o magistrado partiria do zero em termos de conhecimento e posicionamento sobre o fato denunciado.

É certo que dita decisão foi proferida há quase 14 anos, e que muitas modificações legislativas e de pensamento ocorreram de lá para cá - só para lembrar, dito acórdão é anterior à atual Constituição Federal que, ao redigir o artigo 129, é rica em argumentos que possibilitam a investigação criminal do Ministério Público. No entanto, são necessários os devidos esclarecimentos, a fim de se evitar que seja essa decisão ainda hoje utilizada e propagada com ares de correção, atualidade e adequação aos nossos textos legais, bem como sirva de argumento para a manutenção do processo criminal junto ao juízo falimentar, como o quer o Projeto de Lei nº 4.376/93.

Surge, assim, a questão: é a regra do “*juiz que instrui não julga*” aplicada entre nós? E, em caso positivo, de que forma ela seria levantada?

5. Aplicação da Regra do “juiz que instrui não julga” no Direito Interno

Como já pudemos ver, a regra do “*juiz que instrui não julga*” visa proteger a imparcialidade do julgador e, em última análise, o próprio princípio acusatório. Como obstáculo à sua inserção em nosso país, de antemão já podemos vislumbrar alguns argumentos contrários a ela. O primeiro seria no sentido de que, pela forma como vêm sendo entendidas as hipóteses de impedimento previstas no art. 252 do CPP, não haveria espaço para uma interpretação extensiva, de modo a que fosse aquela regra aplicada entre nós. Outro argumento poderia ser a formulação de crítica aos países que a adotam, de modo a salvaguardar nossa legislação, tendo-a como correta em comparação à legislação destes outros países⁵⁹. Por fim, se poderia refutar a aplicação desta regra em nosso direito interno, sob o argumento de que a Lei de Quebras e lei adjetiva penal nada prevêm sobre o assunto, ou, ainda, através da reprodução, ainda hoje, dos argumentos utilizado no acórdão de 1986 do Supremo Tribunal Federal, acima examinado⁶⁰.

Apesar da possibilidade de argumentos em contrário, entendemos que a regra citada é de aplicação em nosso direito interno, e, como fundamento para isso, utilizamos o próprio ordenamento jurídico nacional.

⁵⁹ No entanto, temerário seria dizer que, por aplicar dita regra, todo o sistema continental, representado por vários países da Europa, se encontra profundamente equivocado, seja pela legislação, doutrina e jurisprudência de cada país em particular, seja em relação à legislação e jurisprudência comum a todos eles, como é o caso do Convênio e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais.

⁶⁰ *Data maxima venia*, aderir a esse pensamento seria de uma pobreza intelectual franciscana.

Nossa Carta Constitucional fez a previsão, dentre o rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, da necessidade do devido processo legal para a privação de liberdade ou restrição de bens (art. 5º, inc. LIV). Logo, por ser o princípio acusatório o eleito pelo constituinte⁶¹, a aplicação da regra do “*juiz que instrui não julga*” passou a ser requisito básico para se atingir o devido processo legal, posição apregoada pela doutrina⁶², por estar a ele umbilicalmente ligada. A partir de 1988, sua aplicação passou a ser obrigatória entre nós, por não ser possível o conflito de atribuições do Juiz-instrutor da falência com a Constituição Federal. Assim, por ser o inquérito judicial um nítido juizado de instrução, não há como fazer vistas grossas à regra do “*juiz que instrui não julga*”, cabendo-nos, então, a aplicabilidade de seus efeitos em nosso país, sob pena de ferirmos o princípio acusatório.

Não bastasse isso, outro meio legal encontramos para sua aplicação.

Ao contrário do que se possa pensar, a imparcialidade do Juiz não recebeu, apesar de ser um dos princípios reitores do direito processual, menção direta em nossa Constituição Federal, quando do trato dos Direitos Fundamentais, como o fez a Constituição espanhola, por exemplo. Na verdade, de forma indireta a imparcialidade recebeu proteção constitucional.

E assim se diz, porque o Brasil, através do Decreto nº 678/92, aderiu à Convenção Americana dos Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Dita Convenção é a versão americana do

⁶¹ PRADO, Marcelo. *Sistema Acusatório - A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1999, pp. 143-72.

⁶² LEIBAR, Iñaki Esparza. Ob. cit., p. 217. MORENO, Faustino Cordon. Ob. cit., p. 103.

Convênio Europeu dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, e já no preâmbulo manifesta que seu intento é a consolidação da democracia nas Américas, bem como atingir a liberdade pessoal e justiça social através do respeito e garantia dos direitos essenciais do homem. Quando a Convenção tratou de elencar as garantias judiciais do indivíduo, foi clara e explícita em arrolar a imparcialidade do Juiz ou Tribunal como um dos direitos que dela fazem parte⁶³. Portanto, o direito a ser submetido a um Juiz ou Tribunal imparcial foi incorporado ao nosso ordenamento jurídico.

A aplicabilidade de dita Convenção em nosso país seria a primeira questão a surgir ou o primeiro obstáculo a ser imposto por aqueles que relutam em afastar do processo judicial o Juiz-instrutor da falência. Não é por outro motivo que Fábio Konder Comparato⁶⁴ alerta que “*o cumprimento das normas internacionais de direitos humanos é freqüentemente dificultado em Estados organizados sob a forma federativa.*”. Segundo ele, isso se deve à falta de meios do governo nacional em fazer com que suas unidades federadas cumpram ditas normas internacionais. Por outro lado, também encontramos aqueles que apregoam que isso ocorreria em virtude de o teor e conseqüências do Convênio não serem objeto de percepção mais atenta por parte da doutrina e dos tribunais^{65 66}.

⁶³ Art. 8.1 - Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

⁶⁴ *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo : Editora Saraiva, 1999, p. 336.

⁶⁵ CUNHA, J. S. Fagundes. BALUTA. José Jairo. *O Processo Penal à Luz do Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba : Juruá Editora, 1997, p. 26.

Pois o Decreto 678/92, que incorporou dita Convenção à nossa legislação, foi claro, em seu art. 1º, em determinar que ela “*deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém*”. E, ao ser incorporado à nossa legislação, e por se tratar de um direito fundamental do indivíduo, foi o direito à imparcialidade guindado à categoria de garantia constitucional, por força do que preceitua o § 2º do art. 5º da Constituição Federal⁶⁷, se tornando, então, cláusula pétrea - portanto, imodificável -, conforme preceitua o art. 60, § 4º, deste mesmo diploma⁶⁸. Assim, o direito de ser julgado por um Juiz ou Tribunal imparcial passou a ter natureza jurídica de norma constitucional⁶⁹, e, em razão de no Brasil, por determinação constitucional, os direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade

⁶⁶ Merece referência o acórdão inserto no Hábeas Corpus nº 598040780 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O tema versou em torno da manutenção ou não da possibilidade de prisão do falido em virtude das disposições do Pacto de São José. Por dois votos a um, a 5ª Câmara Cível concedeu a ordem, mas, dos três votos, o Relator invocou o Pacto como razão de decidir e conceder a ordem, ao passo que o voto divergente se restringiu a integrar o parecer do Ministério Público de 2º grau e afirmar que a Constituição Federal somente ressalvou a prisão do depositário infiel no contrato de alienação fiduciária, nada referindo expressamente quanto aos termos do Pacto. O voto de desempate foi dado pela concessão da ordem, mas sua integralidade ficou exposta nos seguintes termos: “*Peço vênua ao eminente Dr. Mariani para acompanhar o eminente relator, concedendo a ordem, não obstante pretenda melhor refletir a matéria no futuro.*” (RJTJRS 188/170-3)

⁶⁷ Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁶⁸ MOURÃO, Prinscila de Pádua. *O Impacto Jurídico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Constitucional Brasileiro e a Inconstitucionalidade da Prisão Civil do Depositário Infiel*. http://www.direito.adv.br/artigos/deposit_infiel.htm.

⁶⁹ Idem. CUNHA, J. S. Fagundes. BALUTA. José Jairo. Ob. cit., p. 53.

imediat⁷⁰, não há necessidade de lei nacional reproduzir os termos da Convenção, de modo a dar a ela plena eficácia em nosso país.

Outra questão ou obstáculo que poderia ser levantado é o conflito entre a Convenção e o nosso CPP, pois, ao mesmo tempo em que a imparcialidade do julgador é um direito fundamental, nossa legislação adjetiva prevê os casos em que seu ferimento pode ocorrer, bem como os remédios para saná-lo, o que é alcançado através de uma interpretação restritiva sobre as hipóteses de suspeição e impedimento. Sob esta ótica, os casos de probabilidade do comprometimento anímico do julgador já estariam contidos no CPP, e, por não haver previsão de afastamento do Juiz-instrutor da falência, não haveria como afastá-lo do feito. Nossa lei adjetiva seria, então, vista como a regulamentação do princípio da imparcialidade previsto no Pacto de São José.

No entanto, tal conflito não ocorre, pois somente existiria caso fossem tais diplomas de mesma hierarquia, o que já restou acima refutado em virtude do caráter constitucional dos direitos fundamentais previstos na Convenção. Ao lecionar sobre situação similar que atingiu o direito português, assim já se manifestou Canotilho: *“A paridade hierárquico-normativa, ou seja, o valor legislativo ordinário das convenções internacionais deve rejeitar-se pelo menos nos casos de convenções de conteúdo materialmente constitucional (exs.: Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos e*

⁷⁰ Art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

Pacto Internacional sobre direitos económicos, sociais e culturais).” (sic)⁷¹
Ademais, por conter princípios erigidos à categoria de norma constitucional, jamais poderia uma lei de hierarquia inferior, sob o pretexto de regulamentá-los, vir a restringir seus termos, dizendo menos que eles querem dizer⁷².

Ao dar prevalência a uma norma infraconstitucional em prejuízo de disposições de cunho constitucional, como é o caso do direito à imparcialidade e ao devido processo legal, também ingressaríamos na discussão sobre a atuação do Poder Judiciário. O pensamento hoje adotado, e iniciado por Luigi Ferrajoli⁷³, é o do garantismo, ou seja, ao Poder Judiciário incumbe garantir a aplicabilidade dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, sendo chamado a resguardar o Estado Democrático de Direito, não podendo se quedar inerte ou indiferente diante de suas violações⁷⁴. Restringir, portanto, os termos do que seja devido processo legal ou imparcialidade do julgador, amoldando-os a previsões infraconstitucionais, seria obrar contra o moderno entendimento sobre a maneira como deve atuar o próprio Poder Judiciário.

Por fim, como último argumento, podemos manejar o recurso hermenêutico lembrado por Fábio Konder Comparato, ou seja, a invocação do princípio da prevalência dos direitos mais vantajosos para a pessoa

⁷¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra : Livraria Almedina, 1996, p. 901.

⁷² Este tem sido o erro que vislumbramos nos processos onde a aplicação do Pacto de São José é invocada. No *Habeas Corpus* nº 111.293-4, do Tribunal de Justiça do Paraná, há a menção de que dito Pacto possui caráter meramente programático, desprezando-se o que prevê art. 5º, §1º, da CF.

⁷³ In *Diritto e Ragione: Teoria Del Garantismo Penale*. Roma : Laterna, 1990.

humana⁷⁵. Segundo ele, em havendo choque entre sistema nacional e internacional, a norma que deverá ser aplicada é a que venha a proteger mais e melhor os direitos do ser humano. Portanto, sendo a Convenção Americana mais favorável, em virtude de seus termos amplos, à proteção dos direitos humanos, prevaleceria ela em detrimento das hipóteses hoje existentes para o afastamento do Juiz parcial da presidência do processo.

Superado o afastamento de suposto conflito, restaria-nos, então, saber quais as situações que são aptas a ferir a imparcialidade prevista no art. 8.1 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, uma vez que esse diploma é omissivo em arrolar as hipóteses de lesão a esse direito. Teríamos que, através da hermenêutica jurídica, entender a abrangência e dar aplicabilidade às disposições que o Decreto 678/92 trouxe consigo. Interpretações do tipo gramatical, histórica, lógica ou doutrinal nenhum resultado prático nos traria, caso contrário já teriam dado aplicabilidade à regra do “*juiz que instrui não julga*” há muito tempo. Por isso, o instrumento que nos parece mais adequado para lançarmos mão é o da interpretação sistemática. Procura ela situar a norma examinada junto ao sistema jurídico vigente, tentando encontrar o nexos e sentido de seus preceitos, comparando-a com outras que possuem idêntico objeto; em outras palavras, a norma passa a ser examinada num conjunto de textos legais, e não isoladamente. E é através deste meio de interpretação que chegaremos ao direito comparado⁷⁶, o que possibilitará trazer para o Brasil as disposições do direito espanhol e do próprio Convênio

⁷⁴ FRANCO, Alberto Silva. O Juiz e o Modelo Garantista. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 56, julho, 1997, p. 2.

⁷⁵ Ob. cit., p. 333.

⁷⁶ MAXIMILIANO, Carlos. Ob. cit., p. 131.

Europeu dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, que impedem a atuação do Juiz-instrutor na fase judicial.

Em suma, a regra do “*juiz que instrui não julga*” é incorporada ao nosso direito através do Decreto 678/92, que permite, através da interpretação sistemática, inseri-la como uma das formas de ferimento à imparcialidade do julgador. E, ao assim proceder, erigindo-a à categoria de regra com *status* constitucional, por incorporá-la ao rol dos direitos fundamentais de nossa Carta Maior, afastou por completo um possível cerceamento de sua aplicabilidade, em virtude da interpretação restritiva dada aos arts. 252 e 254 do CPP. Como consequência desta linha de pensamento, temos um choque entre as disposições do § 2º do art. 109 da atual Lei de Quebras (que determina o que o Juiz-instrutor dê início ao processo judicial ao receber a denúncia) e dois direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal, quais sejam, o devido processo legal e a imparcialidade do julgador. Choque, aliás, que é muito maior nas Comarcas com uma única Vara Judicial, onde os Juízes têm a incumbência de instruir o inquérito judicial, receber a denúncia e julgar o processo, e que se consolidará como regra, se vingarem as atuais previsões do Projeto de Lei nº 4.376/93.

5. Proposição

Devemos lembrar que a manutenção do princípio acusatório não se vê ferida pelo simples fato da adoção do juizado de instrução⁷⁷. A não-

⁷⁷ DEU, Teresa Armenta. Ob. cit., p. 58.

separação de atribuições do Juiz-instrutor daquelas que tocam ao Juiz-processante é que importará, isto sim, em mácula ao princípio acusatório. Portanto, diante do modo como vem sendo interpretado o art. 252 do CPP, a saída óbvia seria de a regra do “*juiz que instrui não julga*” ser atingida não através de uma interpretação extensiva daquele artigo, mas sim através da aplicação do artigo 3º do CPP⁷⁸, que permite o manejo de princípios gerais de direito toda a vez que houver omissão por parte daquele diploma na resolução de alguma questão. Abriria-se espaço, então, para a aplicação do princípio da imparcialidade do julgador. Não foi por outro motivo que Afrânio Silva Jardim o erigiu, ao lado do contraditório, em um dos princípios mais importantes do processo penal, dos quais os outros seriam meros consectários lógicos⁷⁹. A própria doutrina internacional, ao mencionar a existência de países que adotam o juizado de instrução, mas que se omitiram em fazer a previsão de dita regra impeditiva da atuação judicial (como é o caso do Brasil), é condescendente com a possibilidade de ser ela albergada pelo princípio geral da imparcialidade do Juiz⁸⁰ que, em suma, está ligado ao princípio acusatório.

Se dito pensamento vingar entre nós, o afastamento do Juiz que presidiu o inquérito judicial não encontraria problema nenhum em ser aplicado nas Comarcas com duas ou mais varas judiciais - um Juiz mandaria para o outro a ação penal oferecida, de modo a não julgar o que ele

⁷⁸ A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

⁷⁹ *Direito Processual Penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 1991, p. 59.

⁸⁰ AROCA, Juan Montero. *Principios del Proceso Penal – Una Explicación Basada en la Razón*. Valência : Tirant lo Blanch, 1997, p. 95.

mesmo investigou. Todavia, atualmente o problema surge nas Comarcas em que há somente uma Vara Judicial. Entraríamos aqui na situação que culminou com o argumento da praticabilidade - e que foi invocado no acórdão do Supremo Tribunal Federal acima analisado -, mas não poderia dita praticabilidade se sobrepor ao direito de as partes estarem sujeitas a um mediador no mínimo insuspeito de parcialidade. Se hoje em dia, e em nome do processo acusatório, o fato de o Poder Judiciário ter contato com o inquérito policial⁸¹, e a possibilidade de o Juiz invocar o artigo 28 do CPP⁸², são vistos como grave mácula à sua isenção, o que se dirá quando ele é o próprio investigador e sentenciador do denunciado? E o que se dirá se as previsões do projeto citado se tornarem lei? Por isso, a outros planos deixamos dita praticabilidade.

De acordo com a atual Lei de Quebras, nas Comarcas de Vara Judicial única, a possibilidade de o Juiz efetuar a remessa do feito ao seu substituto de tabela poderia ser a saída para se manter nas mãos do Poder Judiciário a investigação criminal da falência - o Juiz da falência, antes de receber a denúncia, passaria a buscar o “*juízo criminal competente*” previsto no § 2º do art. 109 daquele diploma. No entanto, em razão de o processo deixar aquele juízo, se dirigindo para outro que será o competente para julgá-lo, a previsão do artigo 504 do CPP traria mais problemas do que soluções, visto que, em razão de dito impedimento não atingir o Ministério Público, o órgão ministerial que atua na Comarca do Juiz impedido deverá ser o mesmo que irá atuar na Comarca aonde o processo se dirigirá. Ademais, teríamos o

⁸¹ ABADE, Denise Neves. A Consagração do Sistema Acusatório com o Afastamento do Juiz do Inquérito Policial. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 55, junho, 1997, p. 12.

⁸² PRADO, Marcelo. Ob. cit. pp. 156-7.

inconveniente de toda a prova oral ser realizada por carta precatória, o que viria a afastar o julgador do efetivo contato que deve manter com os fatos, inquirindo pessoalmente a eventuais testemunhas.

Idêntica confusão atingiria a futura Lei de Quebras. Como vimos, a aplicação da regra do “*juiz que instrui não julga*” desponta primeiramente da própria Constituição Federal, razão pela qual a manutenção do processo criminal junto ao juízo falimentar seria de todo inconstitucional. E, se depender do Projeto de Lei nº 4.376/93, o órgão do Ministério Público que deverá atuar frente à ação penal será o mesmo do juízo falimentar (artigo 187). Portanto, haverá a manutenção do problema acima referido, mas agora com ares de incontestável inconstitucionalidade.

Por tudo isso, entendemos que o inquérito judicial deve ser retirado das mãos do Poder Judiciário, sendo entregue aos cuidados do órgão ministerial que atua no juízo da falência, visto que possui o Ministério Público atribuição e poderes para desempenhar tal atividade, o que se constata a partir da simples leitura do art. 129 da CF. Na nossa visão, nenhum acréscimo teria a investigação realizada pela polícia judiciária, visto que, se o Promotor de Justiça que participa do processo falimentar (cível) é o mesmo que irá denunciar e seguir no processo criminal, ninguém melhor do que ele para auferir os elementos que entenda necessários para firmar sua convicção⁸³ - o fato de ser titular da ação penal é, aliás, uma das linhas

⁸³ Manejando outro argumento, mas também avesso à investigação feita através do juizado de instrução tal como presente entre nós, Carnelutti lecionou que: “*El duelo entre el inquiriente y el inquirido es una triste necesidad a los fines del castigo. Pero el duelo es una relación de fuerza, que corre entre dos partes: por eso, entre el inquirido y el inquiriente, si este último es el ministerio público, es fisiológico; pero, en cambio, si el inquiriente es un juez, estamos en el campo de la*

argumentativas utilizadas para deferir ao Ministério Público a possibilidade de investigar criminalmente⁸⁴. Desfeito estaria, assim, o obstáculo apresentado por Pontes de Miranda⁸⁵, ao lecionar que impossível seria uma investigação nos moldes tradicionais, através do inquérito policial, uma vez que “*o choque seria grave entre as conclusões do inquérito judicial e as decisões do juízo da falência..*” (sic) Se o órgão ministerial tem contato com o mesmo processo que viria a embasar as conclusões do magistrado sobre a ocorrência ou não de algum crime falimentar⁸⁶, não haveria como chegar o representante do Ministério Público a algum tipo de posicionamento estapafúrdio em relação ao mesmo fato.

Sabemos que nossa pretensão de afastamento do Juiz da investigação não encontra adversários somente na doutrina. Embora nossos argumentos não tenham ainda sido examinados, é sabido que a orientação jurisprudencial de hoje também está voltada para a não-acolhida de outra investigação que não a presidida pelo Juiz da falência. Atualmente, mesmo sendo o inquérito judicial uma peça de informação como o é o inquérito policial, esbarramos

patología. Es necesario recordar el carácter indefectible del juez que es de estar sobrepertes. (...) El juez que se convierte en parte, aunque sea en parte pública, es la íntima contradicción que perturba la instrucción formal. Los errores técnicos no son nunca inocuos; éste de que el juez se vea constreñido a hacerse parte, consecuencia inevitable de haber puesto un procedimiento jurisdiccional en lugar de un procedimiento administrativo, constituye ciertamente una de las calamidades más dolorosas del procedimiento penal tal como está actualmente ordenado” (Derecho Procesal Civil y Penal. México : Editorial Pedagógica Iberoamericana. 1994, p. 336).

⁸⁴ MAIER, Julio B. J. *La Investigación Penal Preparatoria del Ministerio Público*. Buenos Aires-Córdoba : Lerner, 1975, p. 20. DEU, Teresa Armenta. Ob. cit., p. 47. ANDRADE, Mauro Fonseca. Ob. cit.

⁸⁵ Ob. cit., p. 271.

no entendimento da impossibilidade de ele ser substituído pela investigação da autoridade policial⁸⁷ e, via de consequência, também do próprio Ministério Público. Igualmente por ser peça informativa, poderá o inquérito judicial nem existir quando do oferecimento da denúncia, que sua falta não é encarada como nulidade⁸⁸, mas, contraditoriamente, a possibilidade de outra autoridade investigar inexplicavelmente não é reconhecida. Pois o Projeto de Lei nº 4.376/93 vai até mais longe, em nítido retrocesso legislativo, tornando obrigatório o inquérito judicial, prevendo que deverá ele acompanhar a ação penal, seja pública, seja privada (artigo 193, § 2º). Por isso, hierarquizar a investigação criminal, sobrepondo a realizada pelo juizado de instrução em relação à realizada por outra autoridade, seria, no mínimo, pretender que o órgão acusador se sujeite a uma, e não a outra, pelo simples fato de a autoridade que a preside ser a judicial. O inquérito judicial perderia, sob este ponto de vista, seu caráter de mera e simples peça informativa, transformando o Poder Judiciário no verdadeiro condutor e titular da ação penal pública.

A substituição do juizado de instrução pela investigação ministerial não é novidade no direito comparado. Conforme já afirmamos acima, a Espanha adota o juizado de instrução como regra para a investigação. E se disse “*como regra*” porque a exceção existente a ela é justamente a investigação do Ministério Público. Dita exceção ocorre somente no procedimento abreviado, que se aplica aos delitos punidos com pena

⁸⁶ Conclusão que se dá, por exemplo, quando examina o recebimento ou não da denúncia, ou concorda ou não com o arquivamento do inquérito judicial (apensamento aos autos principais).

⁸⁷ RT 492/312 e 522/359.

⁸⁸ STF. RHC 62079. 2ª Turma. Rel. Moreira Alves. J. 14-08-84. DJ 28-09-84, p. 15956.

privativa de liberdade não superior a 09 anos. Foi ele fruto de reforma processual ocorrida em 1988, motivada pelas sentenças do Tribunal Constitucional Espanhol, datadas de 03 de julho de 1987 e 12 de julho de 1988. Posteriormente, o Tribunal Supremo daquele país, através da sentença de 25 de junho de 1993, classificou essa tendência - a de passar a investigação de determinados delitos para o Ministério Público - como “*un ensayo de caras a futuras reformas legislativas*”. Ou seja, foi lançada como a primeira semente para o abandono do juizado de instrução na Espanha. Por isso, o procedimento abreviado é apontado pela doutrina como o caminho para que a tendência europeia da investigação ministerial se consolide na Espanha⁸⁹.

Não bastasse isso, a Comunidade Europeia, através de uma comissão composta por juristas notáveis vinculados à Direção-Geral de Controle Financeiro, vem gestionando a possibilidade de se estender a todos os países comunitários a investigação criminal presidida pelo Ministério Público. Em suma, a proposta feita por essa comissão, e que se materializou na edição do *Corpus Juris*⁹⁰, foi no sentido de se criar um processo penal comum europeu, bem como a figura do Ministério Público Europeu, que teria a incumbência de investigar criminalmente e exercer a ação penal pública em crimes previamente definidos e que envolveriam os interesses financeiros da comunidade europeia⁹¹. A adoção deste modelo provocaria profundas

⁸⁹ COLOMER, Juan-Luis Gómez. *El Proceso Penal Español*. 2ª edición. Valência : Tirant lo Blanch, 1997, p. 167.

⁹⁰ CRENIER, Anne. França. *Sistemas de Proceso Penal en Europa*. Barcelona : Cedecs Editorial, 1998, p. 169.

⁹¹ DELMAS-MARTY, Mireille (Dir.). *Corpus Juris: Portant Dispositions Pénales Pour La Protection Des Intérêts Financiers de L'Union Européenne*. Paris : Ed. Econômica, 1997, pp. 81 a 145.

mudanças em países que adotam o juizado de instrução, como França e Espanha, e que são membros da Comunidade Européia, pois teriam que se adaptar a uma forma de investigação não utilizada por eles como regra. Portanto, o próprio modelo adotado por esses países está sendo afastado paulatinamente como referência para a realização de atos de investigações, e, se assim ocorre, é porque o sinônimo de modernidade apregoado por alguns - ou seja, a adoção do juizado de instrução em nosso país - não é visto com todo esse *glamour* por aqueles que lidam com ele diuturnamente⁹².

Além de nossa proposição encontrar guarida junto à tendência européia de afastamento progressivo do Juiz-instrutor como condutor da investigação criminal, forçar a manutenção do inquérito judicial sob a presidência do Juiz de Direito obrigatoriamente passaria pelo não-cumprimento das disposições constitucionais do devido processo legal e imparcialidade do julgador. Ou, então, acarretaria na montagem de intrincado quebra-cabeça, na busca do Juiz criminal competente nas Comarcas onde existe somente uma Vara Judicial, situação que nos atinge hoje e que traria mais prejuízos do que soluções aos jurisdicionados.

6. Conclusão

A pretensão de trazer idéias novas sobre as facetas do inquérito judicial poderá, por certo, chocar aqueles que há muito tempo lidam com o

⁹² Sobre as vantagens decorrentes da criação do Ministério Público Europeu, ver: SOLÉ RIERA, Jaume. Hacia un Proceso Penal Común Europeo. Proyecto de *Corpus Iuris* de Disposiciones Penales para la Protección de los

direito falimentar, mais especificamente com o seu braço processual penal⁹³. E este primeiro embate se explica pela falta de dedicação da doutrina e da jurisprudência ao estudo desta forma de investigação criminal. Como sempre, importamos um pensamento do direito comparado, mas não nos preocupamos em ler o seu “*manual de instruções*”, de modo a sabermos o que se pode ou não fazer, bem como o que a ele é aplicado ou não. Isto foi o que aconteceu com o juizado de instrução criado pela Lei de Quebras, e que poderá ser drasticamente piorado pelo Projeto de Lei nº 4.376/93. Pensar do contrário é imaginar que o juizado de instrução é invenção nacional, e que a falta de sua regulamentação em nosso país foi grave falha de nosso legislador adjetivo - como já vimos, a implantação do juizado de instrução na atual Lei de Quebras se deu após o Código de Processo Penal.

Dito isto, pudemos ver ao longo deste trabalho que o inquérito judicial da Lei de Quebras e do projeto citado é um típico juizado de instrução, por ser uma investigação criminal presidida por um Juiz de Direito. Todavia, a ele não é aplicada uma de suas regras básicas, qual seja, a do “*juiz que instrui não julga*”, que impede a presença do Juiz-instrutor na fase judicial.

Intereses Financieros de la Unión Europea. *JUSTICIA*, Barcelona, ano 1997, nº II, pp. 447-69.

⁹³ A primeira vez que expusemos estas idéias foi no ano de 1999, durante um encontro para estudo da Lei de Quebras entre os membros do Ministério Público do Rio Grande do Sul. A qualificação dada por um dos participantes do encontro foi de que o raciocínio desenvolvido para a aplicação da regra do afastamento do Juiz-instrutor era uma “*maquinação cerebrina*”, em nítida posição depreciativa aos argumentos que havíamos empregado, e que não diferem dos aqui alinhavados. Além disso, o único argumento utilizado pelo opositor foi o da “*autoridade*”. Por isso, em ocasiões como estas é que nos lembramos de Maquiavel, quando, em sua obra *O Príncipe*, disse que “... *no hay cosa más difícil de tratar, ni más dudosa de conseguir, ni más peligrosa de conducir, que hacerse promotor de la implantación de nuevas instituciones*” (ob. cit., Madrid : Alianza Editorial, 1999, p. 56).

Elementos há para sua aplicabilidade em nosso país, e estão eles ligados à nossa Constituição Federal e ao Decreto nº 678/92.

Em virtude de a colocação em prática da regra do *“juiz que instrui não julga”* trazer grandes problemas às Comarcas onde somente há um Cartório Judicial, ou futuramente a todas as Comarcas, em virtude das disposições do Projeto de Lei nº 4.376/93, nos posicionamos pela retirada desta investigação das mãos do Poder Judiciário, entregando-a ao Ministério Público, que é o seu natural destinatário, e a quem o legislador nacional conferiu poderes investigatórios suficientes para realizá-la a contento. Sabemos que essa proposição poderá ser polêmica, mas nos parece a única saída para se evitar prejuízos às partes, bem como para se preservar a imparcialidade do julgador e a manutenção do princípio acusatório entre nós.

Acreditamos que as críticas que advirão serão endereçadas mais à implementação de nosso pensamento do que propriamente contra os argumentos aqui expostos. Isto porque não seria tarefa fácil sustentar que todo o sistema continental (europeu) está errado, ou que, pelo fato de nossa Lei de Quebras ou do Projeto de Lei nº 4.376/93 regredirem de tal ou qual modo, isto, por si só, viria a ser sinônimo de cega correção. O que aqui se prega é que não é mais possível ficarmos atuando com os olhos fechados para o boa técnica jurídica, quando são técnicos aqueles que atuam no Direito. Não é mais possível nos escondermos num erro que dura décadas, e que se perpetuará com o Projeto de Lei nº 4.376/93.

Por fim, a intenção de proporcionar ao leitor o contato com a regra do *“juiz que instrui não julga”* nos obrigou, dadas as características que um artigo requer, a reduzir a poucas linhas vários temas que, na sua origem,

comportaram verdadeiras monografias. No entanto, a ânsia em provocar o debate sobre o tema superou a frustração em não abordá-los com maior profundidade. Esperamos, pois, que o debate venha a surgir, o que só enriquecerá nosso abandonado processo penal.