O Juiz das Garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Autor: Mauro Fonseca Andrade

Promotor de Justiça/RS e Doutor em Direito Processual Penal

publicado em 28.02.2011

[enviar este artigo] [imprimir]

Resumo

Com a planejada reforma total do Código de Processo Penal, uma das principais inovações que nela aparecem é a criação da figura do juiz das garantias, com atuação exclusiva na fase de investigação. Entre os fundamentos apresentados para sua inserção no país está uma alegada diretriz traçada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, com o fim de preservar a imparcialidade do julgador. Em vista disso, o presente artigo tem como finalidade demonstrar a incorreção do argumento sustentado no Brasil, a partir da apresentação das próprias decisões daquela Corte sobre esse tema.

Palavras-Chave: Juiz. Imparcialidade. Investigação. Impedimento. Reforma. Processo penal.

Sumário: Introdução. 1 TEDH, Caso Hauschildt vs. Dinamarca. 2 TEDH, Caso Sainte-Marie vs. França. 3 TEDH, Caso Fey vs. Áustria. 4 TEDH, Caso Padovani vs. Itália. 5 TEDH, Caso Northier vs. Países Baixos. Bibliografia.

Introdução

O projeto de reforma do Código de Processo Penal nasceu junto ao Senado Federal (Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, doravante denominado PLS nº 156/2009), sob a justificativa, entre outras, de trazer mais segurança à população e celeridade à persecução penal.
Quando ainda lá se encontrava, ele passou por nada menos que quatro redações: a primeira, oriunda do anteprojeto apresentado por uma comissão de juristas – especialmente nomeada para sua confecção –, e as outras três, derivadas das emendas apresentadas quando de sua passagem pela Comissão de Constituição e Justiça e pelo plenário daquela Casa Legislativa.

Sem medo de cometer qualquer exagero, é possível afirmar que o referido projeto vem se prestando a ser um verdadeiro laboratório para os mais diversos segmentos doutrinários de nosso país, onde proposições de incorporação de certos institutos e/ou práticas ao seu texto são apresentadas sob as mais diversas justificativas. Um exemplo marcante dessa realidade pode ser atestado com a proposição, presente nos artigos 4º(1) e 162, parágrafo único,(2) da primeira redação do projeto, do que há anos chamamos de **juiz-defensor**,(3) ou seja, aquele magistrado que somente está autorizado a produzir prova *ex officio judicis* se previamente souber que ela irá beneficiar unicamente o acusado, havendo vedação expressa, dessa mesma atividade probatória, na hipótese de seu resultado vir a beneficiar o acusador. Outro exemplo é o Conselho de Sentença, nos processos de competência do Tribunal do Júri, formado por oito jurados, e não mais sete, como é de nossa tradição. Felizmente, ambos foram extraídos do texto final remetido à Câmara de Deputados, em virtude de o Senado Federal haver se convencido da atecnia das propostas ali presentes.(4)

Embora alguns erros crassos tenham sido reparados, o tema de maior controvérsia, presente no PLS nº 156/2009, segue sendo o juiz das

garantias. Em síntese, a função desse juiz será atuar somente na fase de investigação, mas não como um juiz-investigante, que é conhecido internacionalmente sob a designação de **juiz-instrutor**. Na realidade, sua função é garantir a legalidade dos atos praticados e/ou requeridos pela autoridade investigante ou pelo Ministério Público no curso daquela primeira fase da persecução penal.

Diversas foram as críticas sofridas pela proposição do juiz das garantias, que conseguiu mobilizar, até mesmo, o Conselho Nacional de Justiça (doravante, CNJ), que, em sua Nota Técnica nº 10/2010, apontou a inviabilidade de implantação daquela figura no Brasil, visto que cerca de 40% das Comarcas das Justiças Estaduais estão compostas somente por um magistrado. Em outros termos, a implantação da figura do juiz das garantias levaria a um choque orçamentário sem precedentes no Poder Judiciário brasileiro. Ademais, deixou-se claro que também levaria a um inevitável confronto com o direito a um processo com prazo razoável, garantia presente no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, advindo, daí, uma interessante indicação do resultado de eventual questionamento sobre a constitucionalidade daquela regra de impedimento. Em idêntica trilha seguiu a Associação dos Juízes Federais, ao emitir sua Nota Técnica nº 03/2010. Nela, além de comungar com os argumentos apresentados pelo CNJ, também informou ao Senado Federal que ninguém menos que o Supremo Tribunal Federal já havia se posicionado sobre tal tema, ao excluir a possibilidade de um magistrado vir a perder sua imparcialidade para atuar na fase processual, pelo simples fato de já haver atuado na fase de investigação.

Insensível às posições assumidas por diversas entidades com atuação direta na persecução penal – seja em que fase for –, o Senado Federal manteve a figura do juiz das garantias no corpo do PLS nº 156/2009, hoje em tramitação junto à Câmara dos Deputados. E assim o fez invocando o possível ferimento ao princípio acusatório, caso se verifique a cumulatividade de atuação judicial nas fases de apuração e processual. A única alteração se deu quanto à forma de sua implantação no país.

Por outro lado, quem acompanha, com um pouco mais de cuidado, as linhas doutrinárias e ideológicas presentes em nosso processo penal, sabe que a figura do juiz das garantias não apareceu ao acaso no PLS nº 156/2009. Na verdade, ele surgiu a partir da proposição de cópia do *giudice per le indagini preliminari*,(5) e da invocação da autoridade do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante, TEDH). Em relação a este último argumento, apontou-se que, em ao menos duas oportunidades, o TEDH teria se posicionado, ainda na década de oitenta do século passado, pela perda indeclinável da imparcialidade dos juízes que haviam atuado na fase de investigação, estando, assim, impedidos de participar da fase de julgamento.(6)

As decisões apontadas por essa vertente doutrinária se prendem, como referido, a dois julgados daquela corte: o primeiro, atinente ao Caso Piersack vs. Bélgica, de 1982; e o segundo, atinente ao Caso De Cubber vs. Bélgica, de 1984. Mas, como já afirmamos em diversas oportunidades, ambos nada têm a ver com o modelo de julgador do direito brasileiro, razão pela qual nada teria o TEDH a nos ensinar quanto à forma de preservarmos a imparcialidade do juiz nacional.

Quanto ao Caso Piersack vs. Bélgica, tratou-se nele do reconhecimento de perda da imparcialidade de um juiz que, antes de se tornar o julgador do processo, havia atuado como órgão do Ministério Público responsável pela condução da investigação sobre o fato que posteriormente julgara. Em suma, estava materializada clara hipótese de impedimento que nosso atual Código de Processo Penal elenca, desde a década de quarenta do século passado (artigo 252, inciso II), como fator não permissivo de o juiz atuar no processo. E, quanto ao Caso De Cubber vs. Bélgica, o foco da discussão esteve centrado na proibição de um juiz, que fora responsável pela investigação criminal (juiz-instrutor ou juiz-investigador), ser o mesmo a participar do julgamento do fato que havia investigado

anteriormente. Se o TEDH somente em 1984 reconheceu essa impossibilidade de acumulação de atividades jurisdicionais (investigadora e julgadora), o direito brasileiro, desde o século XIX – quando a autoridade investigante era o próprio juiz –, já reconhecia essa causa de impedimento, materializando-a na Decisão de Governo nº 81, de 02.04.1824. Em síntese, ao contrário do que sustenta essa linha doutrinária, absolutamente nada tem o Brasil a aprender com as apontadas decisões proferidas pelo TEDH.(7)

Estranhamente, os intransigentes defensores do juiz das garantias, e aqueles que invocam as decisões do TEDH como justificativa para sua implantação no cenário nacional, nada referem quanto aos julgados, dessa mesma Corte, que se encaixam perfeitamente à realidade brasileira, qual seja, a de um juiz que não investiga, e que se restringe a receber o resultado da apuração ou os pedidos de quebra de direitos fundamentais. Se houvessem, de fato, se debruçado sobre a linha jurisprudencial seguida por aquela Casa Judicial, facilmente afastariam a invocação do Caso Piersack vs. Bélgica e do Caso De Cubber vs. Bélgica, e se dariam conta de que um juiz não perde sua imparcialidade pelo simples fato de haver atuado na fase de apuração. Por consequência, os defensores do juiz das garantias somente nos deixam duas vias para entender esse interessante fenômeno: ou essa omissão ocorre porque tal linha ideológica não conhece as verdadeiras posições daquela Corte, ou, então, ocorre porque as conhece perfeitamente, mas, seja qual for o motivo, não as repassa ao público menos avisado. Independentemente da hipótese verificável, qualquer tipo de omissão informativa cobra o seu preço em âmbito acadêmico.

Se um cuidado maior fosse tomado quando da invocação da jurisprudência do TEDH, facilmente se veria que, desde 1989, ninguém menos que essa mesma Corte vem afastando, de modo expresso, a incidência dos Casos Piersack vs. Bélgica e De Cubber vs. Bélgica, como precedentes aptos para se averiguar a manutenção da imparcialidade do juiz europeu que cumulativamente atua nas fases de apuração e processual, nos mesmos moldes do magistrado brasileiro. Em termos mais singelos, ninguém menos que aquela própria Corte se encarregou de desdizer o que, no Brasil, diz-se em relação a ela, especificamente quanto aos precedentes invocados para sustentar a figura do juiz das garantias.

Para que se tenha uma ideia, no Caso Hauschildt vs. Dinamarca, de 24.05.1989, nenhuma mácula viu o TEDH na imparcialidade de um magistrado que analisou a situação prisional de um investigado, bem como julgou pedidos de natureza cautelar encaminhados pela polícia judiciária, tendo, posteriormente, esse mesmo juiz atuado no processo em que o então investigado figurou como acusado, sendo que ambas as atuações judiciais diziam respeito ao mesmo fato. Idêntica situação ocorreu em relação ao Caso Sainte-Marie vs. França, de 16.12.1992, em que um juiz analisou e indeferiu o pedido de liberdade formulado pelo então investigado, para, posteriormente, atuar como o magistrado encarregado de atuar na fase de julgamento. Não fosse isso suficiente, outros três casos merecem nossa atenção, por haverem consolidado essa linha interpretativa: a) Caso Fey vs. Áustria, de 24.02.1993; b) Caso Padovani vs. Itália, de 26.02.1993; c) Caso Northier vs. Países Baixos, de 24.08.1993.

Todos esses julgados afastaram – repetimos –, de modo expresso os precedentes invocados por aquela via doutrinária, e demonstram que trazer o juiz das garantias para o Brasil, e, ainda mais, sob a sustentação dos argumentos apresentados por essa corrente doutrinária, seria, com o respeito devido, um grande e abissal equívoco. Não fosse isso suficiente, ver-se-ia que o decreto de prisão provisória, de outras medidas cautelares e a análise do auto de prisão em flagrante jamais macularam a imparcialidade do juiz europeu – como se pretende que ocorra no Brasil –, desde que o magistrado não tenha atuado como juiz-investigador ou analisado o mérito do fato para decretar a quebra de algum direito fundamental, como se exige em algumas legislações europeias.

Todos esses casos demostram a necessidade de o operador do direito brasileiro ter contato direto com o que hoje é invocado como **última palavra** no direito internacional, para, assim, fundamentadamente poder refutar aquilo que não está de acordo com a realidade estrangeira. Do contrário, fica muito fácil meia dúzia de autores erigirem-se à condição de unicientes sobre o que acontece no direito estrangeiro, ou então, como **intermediários dos deuses**, para nos **esclarecer** sobre as novidades vindas do Olimpo – leia-se, Europa em relação ao Brasil –, e trazerem informações equivocadas para o cenário nacional. O final dessa história já nos é bem conhecido, por produzir um repetitivo fenômeno ao longo da última década: os alunos não iniciados e os professores de menor escalão não se preocupam em averiguar a veracidade da informação **trazida** do direito estrangeiro.

A única preocupação – se é que se pode chegar a tanto – é reproduzir, de forma acrítica e mecânica, aquilo que julgam ser uma grande novidade. E o resultado é mais que previsível: uma informação equivocada se torna verdadeira pela repetição, e a probabilidade de essa mesma informação virar texto de lei (como é o caso do juiz das garantias) ou orientação jurisprudencial é enorme. Aliás, já denunciamos e comprovamos isso em outro estudo.(8)

Por essa razão, oferecemos ao leitor a tradução – nos tópicos que tratam do tema aqui abordado – das cinco últimas decisões acima citadas(9) demonstrando não só o erro a que está incidindo o PLS nº 156/2009 (ao insistir na manutenção do juiz das garantias), senão também que os instrumentos, hoje presentes no direito brasileiro, são mais que suficientes para preservar a imparcialidade do seu juiz. Essa preservação se dá à luz não de quem diverge daquela corrente doutrinária, mas à luz do próprio TEDH, tão invocado para sustentar posições que nem ele mesmo sustenta. Ao contrário, publicamente as rechaça.

1 TEDH, Caso Hauschildt vs. Dinamarca – 24 de maio de 1989

Do Direito

Objeção preliminar da não exaustão dos remédios domésticos

39. O Governo argumentou perante a Corte, como já havia feito sem sucesso perante a Comissão, que a demanda se afigurava inadmissível em virtude da não exaustão dos remédios domésticos (artigo 26 da Convenção). Em amparo a essa preliminar, arguiu que, tendo o Sr. Hauschildt temido a perda da imparcialidade do Juiz Larsen e dos juízes da Corte Superior, em consequência de decisões anteriores ao seu julgamento, ele poderia tê-los confrontado com base nas seções 60(2) e 62 do Ato (ver parágrafo 28 do original), o que nunca fez.

40. O demandante contrapôs, explicando que havia sido instruído de que o Ato não permitia tal curso de ação. Essa instrução foi baseada no disposto na seção 62 do Ato, combinado com a seção 60(2), do qual se pode inferir que, contestar um juiz sob o aspecto de que ele teria proferido decisões anteriores ao julgamento – isto é, tendo agido em uma função oficial diversa da de julgador final –, poderia ser bem sucedida se o julgador tivesse "especial interesse no resultado do caso" (seção 60[2]). Essa via, na opinião do conselheiro da defesa, não se aplicava ao presente caso.

O Governo descreveu tal entendimento das seções do Ato como uma "má interpretação deveras óbvia". Em sua própria interpretação, seria possível, ao demandante, contestar tanto o Juiz Larsen quanto os juízes da Corte Superior, sob o embasamento de que sua responsabilidade, por uma série de decisões anteriores ao julgamento, teria gerado dúvidas quanto à sua completa imparcialidade. Em suporte ao argumento, fizeram referência a uma decisão de 12 de março de 1987, proferida pela Suprema Corte dinamarquesa, na qual se determinou que decretos de prisão provisória, durante a fase que antecede o julgamento, não deveriam, *per se*, obstar o

juiz de participar do julgamento subsequente (ver parágrafo 29 do original).

41. Compete ao Governo demonstrar à Corte que o remédio em questão se mostrava disponível, e seria efetivo à época em questão – é dizer, quando do início do julgamento do Sr. Hauschildt (27 de abril de 1981), e quando de sua audiência de apelação (15 de agosto de 1983).

A Corte não pode compartilhar da visão do Governo quanto ao fato de que a interpretação do disposto nas seções 60(2) e 62 do Ato, feita pelo conselheiro do demandante, estaria tão obviamente equivocada.
O Governo não trouxe argumentos robustos – como precedentes ou doutrina – os quais trariam dúvida quanto à interpretação dada ao Ato. Ao contrário, não negou que, por diversos anos, ninguém havia contestado um juiz, baseando-se em decisões proferidas em fase anterior à do julgamento. Os últimos fatos sugerem uma aceitação geral do sistema, ou, ao menos, uma interpretação favorável à defesa. A decisão da Suprema Corte, de 12 de março de 1987, a despeito de sua relevância para o presente caso, não altera a posição que existia à época do julgamento do Sr. Hauschildt (ver, *inter alia* e *mutatis mutandis*, o Caso Campbell e Fell, julgado em 28 de junho de 1984, Série A, nº 80, pp. 32-33, parágrafo 60).

É significante, ademais, que tanto o Juiz Larsen quanto o Presidente da Corte Superior, ainda que cientes das apreensões e do desconforto do Sr. Hauschildt (ver parágrafos 13 e 16 do original), não entenderam necessário tomar qualquer iniciativa, em vista dos dispositivos das seções 61 e 62 (ver parágrafo 28 do original).

Nessas circunstâncias, era possível à defesa crer que qualquer objeção, acerca de um juiz que proferiu diversas decisões na fase anterior ao julgamento, estava fadada ao insucesso.

42. A Corte conclui que o Governo não demonstrou que havia, à época, no sistema dinamarquês, remédio do qual o demandante pudesse esperar se valer.

Alegada violação do artigo 6º, § 1º

43. O Sr. Hauschildt alegou que não lhe foi proporcionada uma audiência perante um "tribunal imparcial", dentro dos termos do artigo 6º, § 1º, da Convenção, o qual, no ponto relevante, dita:

"Na determinação (...) de qualquer acusação criminal contra si, todos têm direito a (...) uma audiência (...) justa (...) por um (...) tribunal imparcial (...)."

O demandante, ainda que não tenha contestado o princípio de um sistema como o existente na Dinamarca, no qual é conferido ao juiz um papel de supervisão no processo investigativo (ver parágrafos 32-33 do original), criticou-o no sentido de que esperasse que o mesmo juiz conduzisse o julgamento com a mente inteiramente livre de qualquer prejulgamento. Ele não argumentou que um juiz, nessa posição, seria tendencioso, mas arguiu que as decisões que ele teria de tomar, na fase anterior ao julgamento, demandariam, em conformidade com a lei, que ele sopesasse a força das evidências e o caráter do acusado, o que culminaria, inevitavelmente, em uma apreciação menos neutra das evidências e das questões quando do julgamento. Nas razões do demandante, aquele que se defende teria direito a encarar um julgamento com razoável confiança na imparcialidade da Corte que o julga. Ele alega que qualquer observador sensato consideraria que o juiz, que atuou na função de supervisor, só geraria apreensão e desconforto àquele que se defende. As mesmas razões se aplicam, em princípio, aos juízes da Corte de Apelação, responsáveis pelas decisões de detenção pendentes de apelo e outras questões procedimentais.

Quanto aos fatos de seu próprio caso, o Sr. Hauschildt apontou, acima de

tudo, que o juiz que presidiu a Corte da cidade, Juiz Larsen, havia proferido diversas decisões sobre detenção provisória e outras questões procedimentais, especialmente na fase antecedente ao julgamento. Ele se referiu, em particular, à aplicação da seção 762(2) do Ato (ver parágrafos 20 e 33 do original). Também expressou objeções similares acerca dos juízes da Corte Superior, em vista de sua dúplice atividade durante os procedimentos de apelo (ver parágrafo 26 do original) e, ainda, em relação a alguns deles, em vista de sua intervenção durante a fase de primeira instância (ver parágrafos 16 e 25 do original).

44. O Governo e a maior parte da Comissão consideraram que tão só o fato de o juiz do caso ou a Corte de Apelação terem ordenado, anteriormente, a detenção provisória do acusado, ou atuado em outras questões procedimentais, não poderia ser tomado, de forma razoável, como algo que pudesse interferir na imparcialidade do julgador. Também aduziram que não havia se estabelecido, no presente caso, qualquer outra causa que pudesse levantar dúvida quanto à imparcialidade de quaisquer das Cortes julgadoras.

Por outro lado, uma parcela menor da Comissão expressou opinião no sentido de que, levando-se em conta as circunstâncias do caso, o Sr. Hauschildt tinha direito de considerar legitimamente duvidosa a presença do Juiz Larsen dentre os julgadores da Corte da cidade, na função de Juiz-Presidente.

45. A tarefa da Corte não é revisar a legislação relevante e a prática *in abstracto*, mas sim examinar se a maneira como foi aplicada, ou como afetou o Sr. Hauschildt, originou violação ao artigo 6º, § 1º.

46. A existência de imparcialidade, para os propósitos do artigo 6º, § 1º, deve ser determinada de acordo com um critério subjetivo, isto é, em vista da convicção pessoal de um determinado juiz em um dado caso, e também de acordo com um critério objetivo, que é assegurar se o juiz ofereceu garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima sobre a questão (ver, dentre outros, o caso De Cubber, julgado em 26 de outubro de 1984, Série A, nº 86, p. 13-14, parágrafo 24).

47. Quanto ao teste subjetivo, o demandante nada contrapôs perante a Comissão ou a Corte, no sentido de que os julgadores teriam agido de forma tendenciosa. De qualquer forma, a imparcialidade do juiz deve ser presumida até que se constitua prova em contrário, sendo que, no presente caso, tal prova não foi feita.

Assim, permanece a demanda quanto ao critério objetivo.

48. Sobre o teste objetivo, deve ser determinado se, aparte a conduta pessoal do juiz, existem fatos que possam levantar dúvidas quanto à sua imparcialidade. Nesse aspecto, mesmo aparências podem ter certa importância. O que está em risco é a confiança que as Cortes, em uma sociedade democrática, devem inspirar ao público, e, acima de tudo, tratando-se de procedimentos criminais, ao acusado. Assim, qualquer juiz, sob o qual repouse um receio legítimo quanto à perda da imparcialidade, deverá se retirar (ver, *mutatis mutandis*, o caso De Cubber, anteriormente citado, Série A, nº 86, p. 14, parágrafo 26).

Implica dizer que, para decidir se, em um determinado caso, há razão legítima para temer que o juiz não seja imparcial, o ponto de vista do acusado é importante, mas não decisivo (ver o caso Piersack, julgado em 01 de outubro de 1982, Série A, nº 53, p. 16, parágrafo 31). O que é decisivo é se esse receio pode ser considerado como objetivamente justificado.

49. No caso, o receio quanto à falta de imparcialidade se embasa no fato de o juiz da Corte da cidade, que presidiu o julgamento, e os juízes da Corte Superior, que eventualmente tomaram parte decidindo o apelo, já haverem lidado com o caso em um estágio preliminar, e haviam proferido

diversas decisões envolvendo o demandante na fase antecedente ao julgamento (ver parágrafos 20-22 e 26 do original).

Esse tipo de situação pode ensejar dúvida, por parte do acusado, quanto à imparcialidade do juiz, dúvida esta compreensível, mas que não necessariamente configura um receio objetivamente justificado. A forma como essa dúvida deve ser encarada depende das circunstâncias do caso concreto.

50. Como se depreende das seções 742 e 743 do Ato (ver parágrafo 31 do original), na Dinamarca, a investigação e a acusação são de domínio exclusivo da polícia e do Ministério Público. A função do juiz, na qual se baseia o receio do demandante quanto à perda da imparcialidade, a qual se reporta à fase anterior ao julgamento, é de um juiz independente, o qual não é responsável por preparar o caso para julgamento, ou decidir quanto à sua remessa a julgamento (seções 746, 760, 762, 770 – ver parágrafos 32, 33 e 36 do original). De fato, isso é verdade quanto às decisões a que se refere o demandante, incluindo aquelas concernentes à sua permanência em prisão provisória e ao confinamento solitário. Todas essas decisões foram proferidas mediante requerimento da polícia, requerimento este que foi, ou poderia ter sido, contestado pelo demandante, assistido por um advogado (ver parágrafos 23 e 24 do original). As audiências, nesses procedimentos, são, em regra, feitas em sessão pública. De fato, no que toca à natureza das funções dos juízes envolvidos nesse caso, antes de tomarem parte em sua decisão, fica claro que é distinta daquelas dos casos Piersack e De Cubber (anteriormente citados), assim como, do caso Ben Yaacoub (julgado em 27 de novembro de 1987, Série A, nº 127-A, p. 7, parágrafo 9).

Ademais, as questões que o juiz tem de responder, quando da tomada das decisões anteriores ao julgamento, não são as mesmas que surgem quando do julgamento final. Quando toma uma decisão acerca de detenção provisória ou de outra questão semelhante, o juiz avalia sumariamente as informações disponíveis de forma a determinar, *prima facie*, se a polícia tem indícios que amparem sua suspeita. Quando atua no julgamento, na conclusão do caso, ele deve avaliar se as evidências produzidas e debatidas em juízo bastam à condenação do acusado. Suspeita e descoberta formal de culpa não podem ser tratadas da mesma forma (ver, por exemplo, o Caso Lutz, julgado em 25 de agosto de 1987, Série A, nº 123-A, p. 25-26, parágrafo 62).

Assim, na visão da Corte, o tão só fato de o juiz do caso ou os juízes de apelação, em um sistema como o dinamarquês, terem tomado decisões anteriores ao julgamento do caso, incluindo aquelas que disponham acerca de detenção provisória, não pode ser tido, por si só, como justificativa de receios quanto às suas imparcialidades.

51. Todavia, circunstâncias especiais podem, em determinado caso, levar a uma conclusão diferente. No presente caso, a Corte não pode deixar de conferir particular importância ao fato de que, em nove das decisões que mantiveram a detenção provisória do Sr. Hauschildt, o Juiz Larsen se amparou, especificamente, na seção 762(2) do Ato (ver parágrafo 20 do original). Similarmente, quando decidindo, antes da abertura do julgamento de apelo, os juízes que vieram a tomar parte na decisão da apelação decidiram prolongar a detenção provisória do demandante, também se amparando no mesmo dispositivo em uma série de ocasiões (ver parágrafos 26-27 do original).

52. A aplicação da seção 762(2) do Ato requer que o juiz creia haver "suspeita particularmente confirmada" de que o acusado cometeu o crime pelo qual foi acusado. Esse dispositivo foi oficialmente explicado, no sentido de que o juiz deve estar convencido "com um elevado grau de clareza" quanto à questão da culpa (ver parágrafos 34-35 do original). Ademais, a diferença entre o que o juiz define ao aplicar essa seção, e o que ele define quando do julgamento final do caso, é muito tênue.

Dessa forma, a Corte entende que, ante as circunstâncias do caso, a imparcialidade dos referidos tribunais se encontrava aberta à dúvida, e os receios do demandante, neste sentido, podem ser tidos como objetivamente justificados.

53. Assim, a Corte conclui que houve violação ao artigo 6º, § 1º, da Convenção.

(...)

Por estas razões, a Corte

1. Rejeita, por quatorze votos a três, a preliminar de não exaustão dos remédios domésticos arguida pelo Governo;

2. Mantém o entendimento, por doze votos a cinco, de que houve violação ao artigo 6º, § 1º, da Convenção.

3. *Omissis*.

Rolv RYSSDAL
Presidente

2 TEDH, Caso Sainte-Marie vs. França – 16 de dezembro de 1992

Do Direito

A alegação preliminar do Governo

28. O Governo argumenta que o demandante não exauriu os remédios domésticos. Ele nunca opôs, nas cortes francesas, a participação dos juízes Bataille e Biecher na adoção, pela Divisão de Apelos Criminais de Pau, das duas decisões no caso sobre possessão de armas e conspiração criminal, quais sejam, a decisão de 14 de agosto de 1985, sobre a validade do procedimento de flagrante delito, e a decisão de 29 de outubro de 1985, sobre o mérito das condutas (ver parágrafos 15-18, *supra*).

29. A Corte observa, como o Delegado da Comissão, que a queixa do demandante, perante os órgãos da Convenção, era dirigida a algo completamente diferente. Dizia respeito à falta de imparcialidade pela Corte de Apelo, já que os dois juízes supramencionados haviam decidido, em 08 de agosto de 1985, sobre o pedido de liberdade quanto aos crimes de dano antes de determinar, em 29 de outubro de 1985, a culpa do acusado quanto às acusações de possessão de armas e conspiração criminal (ver parágrafos 17 e 21, *supra*). Portanto, a objeção preliminar é desprovida de propósito.

Alegada violação do artigo 6º, § 1º (art. 6-1)

30. O Sr. Sainte-Marie sustentou que seu caso não havia sido apreciado por um "tribunal imparcial" no sentido do artigo 6º, § 1º (art. 6-1), segundo o qual:

"Na determinação de (...) qualquer acusação criminal contra si, todos têm direito a (...) uma audiência (...) perante (...) tribunal imparcial (...)."

Em suas alegações, a Divisão de Apelos Criminais da Corte de Pau, que o sentenciou em 29 de outubro de 1985 a quatro anos de prisão, não satisfazia os requisitos para aquela provisão. Dois de seus três membros, o Sr. Bataille e o Sr. Biecher, participaram no julgamento anterior, de 08 de agosto, na Divisão de Acusação da mesma Corte de Apelo. Ao confirmarem a ordem que denegava o pedido de liberdade, eles tiveram, necessariamente, que considerar se havia, ou não, indícios para suspeitar que o demandante houvesse cometido a ofensa, tendo, também, de promover uma análise preliminar do mérito. Portanto, eles formaram

opinião sobre as evidências contidas no processo. Ainda que não tenha sido condenado, eles tiveram de se basear, *inter alia*, no argumento de que "ele representava um perigo para a ordem pública e para os institutos do Estado" (ver parágrafo 21 acima).

O Sr. Sainte-Marie admitiu que a decisão proferida por aqueles magistrados, em 08 de agosto de 1985, foi tomada no contexto dos procedimentos do crime de dano, e não como o julgamento de 29 de outubro de 1985, que se referia aos procedimentos das acusações de possessão de armas e conspiração criminal, mas eram, a seu ver, apenas um, e o mesmo caso criminal. A Promotoria de Justiça o teria dividido em dois procedimentos separados apenas por razões técnicas e de conveniência. Diversas circunstâncias eram relevantes a esse respeito: o mesmo juiz-investigador iniciou, no mesmo dia, duas investigações que, subsequentemente, conduziu simultaneamente; em sua decisão de 08 de agosto de 1985, a Divisão de Acusação se referiu aos fatos estabelecidos na decisão de 05 de abril de 1985, que citavam circunstâncias relativas a ambos os casos, e mencionou ambas as incriminações sob as quais ele havia sido acusado; finalmente, em seu julgamento, em 06 de novembro de 1986, a Suprema Corte francesavislumbrou apenas um caso envolvido.

31. O Governo contestou esse argumento, amparando-se principalmente nos julgamentos de Piersack e De Cubber vs. Bélgica (1º de outubro de 1982 e 26 de outubro de 1984, Série A, nos 53 e 86), e nas opiniões da Comissão nos casos de Ben Yaacoub vs. Bélgica e Hauschildt vs. Dinamarca (07 de maio de 1985 e 16 de julho de 1987, Série A, nº 127, p. 11-16, e nº 154, p. 33-38).

Em primeiro lugar, o demandante não produziu evidência capaz de levantar dúvida sobre a imparcialidade pessoal do Sr. Bataille e do Sr. Biecher, quando eles proferiram decisão em 29 de outubro de 1985. Em complemento, nenhum deles estava previamente envolvido no caso como representante da autoridade persecutora ou como juiz-investigador. Finalmente, a decisão de 08 de agosto de 1985 lidou apenas com a questão da custódia provisória; a Divisão de Acusação não fez nenhum julgamento acerca da responsabilidade criminal do demandante quanto ao ataque à Delegacia de Polícia de Mauléon-Licharre.

Em conclusão, para o Governo, a imparcialidade da Corte não pode ser impugnada, tão somente porque alguns de seus membros havia, antes do julgamento que o condenou, examinado o – único – pedido de liberdade interposto, sobretudo no contexto de um procedimento diferente, que dizia respeito a outras ofensas, cometidas em tempo e lugar diferentes.

32. O principal ramo de argumentação do demandante, qual seja, o fato de que o julgamento da detenção provisória importa perda da imparcialidade objetiva, vai contra o precedente da Corte. De acordo com o julgamento Hauschildt, de 24 de maio de 1989, que trata de decisões de um juiz que não é responsável pela preparação do caso para julgamento, o mero fato de que esse juiz já havia proferido decisões pré-julgamento no caso, incluindo decisões sobre detenção provisória, não pode, por si, justificar receios quanto à sua imparcialidade (Série A, nº 154, p. 22, §§ 50-51). Apenas circunstâncias especiais podem levar à conclusão diferente, como ocorreu no caso Hauschildt (ibid., p. 22-23, § 52).

33. A Corte compartilha com a visão da Comissão, de que não houve nada de tal natureza no presente caso. Em 08 de agosto de 1985, a Divisão de Acusação fez "referência expressa" aos fatos que já haviam sido examinados na decisão de 05 de abril de 1985. Essa decisão, proferida pela divisão composta de forma amplamente diferente (ver parágrafo 13, supra), demonstrou descobertas extremamente precisas: o Sr. Sainte-Marie "disse ser membro do Iparretarrak, admitiu a propriedade das armas, munições e objetos ilegais e suspeitos encontrados em seu carro e em sua residência", e "admitiu ter participado como motorista no ataque de 24-25 de novembro de 1984" contra a Delegacia de Polícia de Lecumberry; "a arma e a munição apreendidas

(...) eram do mesmo tipo, normalmente utilizados pelo grupo revolucionário basco, Iparretarrak" (ver parágrafo 12, acima).

Dessa forma, a Divisão de Acusação baseou sua decisão, de 08 de agosto de 1985, nas próprias alegações do demandante. Ele não retirou essas declarações nem sustentou que elas teriam sido obtidas mediante coação. Ademais, elas foram corroboradas por evidências físicas que não foram contestadas. A Divisão de Acusação se reuniu para fazer breve julgamento dos fatos disponíveis, de modo a estabelecer se as suspeitas dos policiais teriam algum fundamento e dariam ensejo ao temor de que o acusado pudesse vir a se evadir.

34. Em conclusão, a participação dos juízes Bataille e Biecher, no julgamento de 29 de outubro de 1985, não prejudicou a imparcialidade da Divisão de Apelos Criminal, já que os erros do demandante não podem ser considerados objetivamente justificados. Não houve, então, violação do artigo 6º, § 1º (art. 6-1).

Nestas circunstâncias, resta supérfluo decidir sobre as posições do Governo e do demandante quanto a serem dois conjuntos de procedimentos ou apenas um que foi separado.

Por estas razões, a Corte

1. Denega, unanimemente, a alegação preliminar do Governo;

2. Mantém-se no entendimento, por oito votos a um, de que não houve violação do artigo 6º, § 1º (art. 6-1).

Rolv RYSSDAL
Presidente

Opinião dissidente do Juiz Walsh

1. A Corte manteve, muitas vezes, que o artigo 6º, § 1º, da Convenção requer um tribunal estruturalmente imparcial, e esta é a questão levantada no presente caso. Não houve alegação de que o juiz teria falhado em sua imparcialidade subjetiva.

2. A alegação de ausência de uma estrutura imparcial da Corte de Julgamento, que condenou o demandante, funda-se na participação, no julgamento, de dois juízes que já haviam, previamente, ouvido e denegado pedido de liberdade provisória feito pelo demandante.

3. Em princípio, um juiz não é desqualificado apenas por ter lidado com o ínterim ou com questões interlocutórias relacionadas ao acusado. Tais quesitos podem incluir questões anteriores ao julgamento, como liberdade ou custódia provisória. Mas, principalmente, essa qualificação depende das questões que deverão ser ainda decididas, e da maneira como serão provadas na demanda anterior ao julgamento.

4. Aqui, ante a lei nacional, um pedido de liberdade anterior ao julgamento requer ou permite que o juiz sopese a probabilidade ou, por vezes, a própria culpa do acusado, ou onde ele especula que o processo irá chegar, ou, então, pelo propósito de, sob sua decisão, ele pode chegar, pelo menos, a uma visão sobre a força do caso ou sobre a própria culpa do acusado. Ordinariamente, a função do juiz, ao realizar audiência judicial, antes do julgamento, acerca de liberdade provisória, é decidir, com base nas evidências apropriadas, se está convencido de que o acusado, se estiver solto, irá se esconder ou procurar derrotar a justiça, alterando ou destruindo evidências, ou intimidando testemunhas. Se o juiz não estiver satisfeito, ele deve determinar as garantias e restrições que entender necessárias e prudentes. Isso se aplica tanto à inocência quanto à culpa. Se a liberdade é refutada simplesmente por forte suspeita de culpa, então ela viola a presunção de inocência incrustada no artigo 6º.

Se, todavia, o sistema legal nacional requer, ou permite, consideração sobre a potencial culpabilidade como um fator de decisão sobre a liberdade provisória, o juiz que assim decide claramente se desqualifica para a participação como juiz no julgamento da questão substancial de inocência ou culpa.

3 TEDH, Caso Fey vs. Áustria – 24 de fevereiro de 1993

Do Direito

25. O Sr. Fey alegou que não lhe foi proporcionada uma audiência perante um tribunal imparcial, dentro dos termos do artigo 6º, § 1º, da Convenção, o qual, no ponto relevante, dita:

"Na determinação (...) de qualquer acusação criminal contra si, todos têm direito a (...) uma audiência (...) justa (...) por um (...) tribunal imparcial (...)."

O pedido foi contestado pelo Governo, mas aceito pela Comissão.

26. Em amparo à sua alegação, o demandante apresentou, em sequência, argumentos que se enquadram em duas categorias.

A primeira categoria diz respeito às funções dos juízes da Corte Distrital durante a fase anterior ao julgamento nos procedimentos criminais (ver parágrafos 18-19 do original), as quais são, segundo sustenta o demandante, essencialmente as mesmas que aquelas dos juízes-investigadores da Corte Regional. Ainda que um juiz da Corte Distrital possa apenas proceder a inquéritos preliminares, estes podem, de fato, ser tão extensivos quanto uma investigação preliminar conduzida por um juiz-investigador. Ademais, o primeiro se encontrava investido de poderes para determinar a detenção provisória, de um modo similar, ainda que mais limitados, daqueles do último. Além disso, o juiz da Corte Distrital tinha uma "amizade íntima suspeita" com o Promotor de Justiça. A exemplo, enquanto um juiz-investigador teria de devolver o caso ao Promotor de Justiça tão logo as investigações estivessem completas, um juiz da Corte Distrital poderia, ele mesmo, enviar o caso para julgamento da forma como se encontrava; se o fizesse, isto provaria, de forma clara, que, no seu entendimento, havia uma considerável probabilidade do acusado ser culpado.

A segunda categoria de argumentos do demandante tem relação com as medidas tomadas, na fase pré-processual, pela Juíza Kohlegger, da Corte Distrital (ver parágrafos 9-12 do original). Ele compartilhou da visão da Comissão, de que as referidas medidas seriam tipicamente de um juiz-investigador. Elas tinham, por intenção, estabelecer se o demandante havia obtido dinheiro de forma fraudulenta de sua senhoria, Sra. Kröll, ainda que essa fosse, precisamente, a questão a ser determinada em seu julgamento (ver parágrafo 13 do original). Assim, a Juíza Kohlegger havia adquirido, antes do julgamento, informações particularmente detalhadas sobre o caso. Tendo atuado anteriormente, no caso, como juíza-investigadora, ela teria, segundo o demandante, formado sua opinião antes que o caso fosse levado a julgamento.

27. A tarefa da Corte não é revisar a legislação relevante e a prática *in abstracto*, mas sim examinar se a maneira como foi aplicada, ou como afetou o demandante, originou violação ao artigo 6º, § 1º (ver, dentre outros, Thorgeir Thorgeirson vs. Islândia, julgado em 25 de junho de 1992, Série A, nº 239, p. 23, parágrafo 48).

28. A existência de imparcialidade, para os propósitos do artigo 6º, §1º, deve ser determinada de acordo com um critério subjetivo, isto é, em vista da convicção pessoal de um determinado juiz em um dado caso, e também de acordo com um critério objetivo, que é assegurar se o juiz ofereceu garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima sobre a questão (ibid. parágrafo 49 do original).

29. Quanto ao teste subjetivo, o demandante não se contrapôs à imparcialidade da Juíza Kohlegger.

30. Sobre o teste objetivo, deve ser determinado se, aparte a conduta pessoal do juiz, existem fatos que possam levantar dúvidas quanto à sua imparcialidade. Neste aspecto, mesmo aparências podem ter certa importância. O que está em risco é a confiança que as Cortes, em uma sociedade democrática, devem inspirar ao público e, acima de tudo, tratando-se de procedimentos criminais, ao acusado. Implica dizer que, para decidir se, em um determinado caso, há razão legítima para temer que o juiz não seja imparcial, o ponto de vista do acusado é importante, mas não decisivo. O que é decisivo é se esse receio pode ser considerado objetivamente justificado (ibid., parágrafo 51 do original).

A esse respeito, a Corte já decidiu anteriormente que o tão só fato de o juiz proferir decisões anteriores ao julgamento não pode ser tomado como justificativa para temores quanto à sua imparcialidade (ver Hauschildt vs. Dinamarca, julgado em 24 de maio de 1989, Série A, nº 154, p. 22, parágrafo 50). Ainda que esta decisão se refira a sistemas como o dinamarquês, no qual investigação e acusação são de domínio exclusivo da polícia e do Ministério Público, também apresenta relevância aos sistemas de cunho inquisitivo, como o austríaco. O que importa é a extensão e a natureza das medidas adotadas pelo juiz na fase que antecede o julgamento (ver, *mutatis mutandis,* De Cubber vs. Bélgica, julgado em 26 de outubro de 1984, Série A, nº 86, pp. 15-16, parágrafos 29-30, e o antes mencionado Thorgeir Thorgeirson vs. Islândia, Série A, nº 239, p. 24, parágrafo 53).

31. A Corte observa, em primeiro lugar, que antes de o caso ser submetido à Corte Distrital, em 1º de maio de 1988, uma investigação preliminar formal já havia sido realizada pelo juiz-investigador da Corte Regional de Innsbruck. Esta investigação envolveu interrogatórios do demandante e da senhoria, tendo os termos sido, subsequentemente, incluídos nos autos da Corte Distrital (ver parágrafos 8, 9, 11 e 13, todos do original).

É verdade que o interrogatório da senhoria foi conduzido pela Juíza Kohlegger, mas essa situação se deu em razão de uma carta rogatória emitida pelo juiz-investigador, a qual solicitava à Corte Distrital que fizesse perguntas específicas à senhoria. A Juíza Kohlegger concluiu a solicitação, e enviou ao juiz-investigador um relatório do interrogatório da Sra. Kröll, que consistia, em essência, apenas em uma transcrição das alegações prestadas por ela. Dentro do modo limitado como agiu, a Juíza Kohlegger não analisou o mérito da acusação contra o demandante; tampouco pode isso ser depreendido dos autos. E não havia qualquer indicação, à época do interrogatório, de que a Juíza Kohlegger viria a julgar o caso.

32. Sequencialmente à submissão do caso à Corte do Distrito de Zell am Ziller, a Juíza Kohlegger, admitidamente, tomou medidas anteriores ao julgamento, as quais consistiram em simples coleta de informações, principalmente questionando a um banco e duas companhias de seguros, se algum pagamento havia sido depositado na conta do demandante, ou se ele havia requerido o recebimento de uma pensão; ela ainda prestou comunicação à Corte Distrital de Innsbruck para que fossem feitos novos questionamentos ao demandante (ver parágrafo 12 do original). Contudo, essas medidas tiveram, na visão da Corte, caráter preparatório, sendo desenvolvidas para complementar o caso antes da audiência (ver parágrafo 13 do original).

33. A Corte não considera que a decisão proferida pela Juíza Kohlegger, em 18 de março de 1988, no sentido de remeter o caso a julgamento, tenha refletido, como aponta o demandante, uma presunção, de sua parte, quanto à culpa daquele. Aquela decisão apenas determinou que, de acordo com a lei aplicável, a data para a audiência deveria ser fixada tão

logo os inquéritos preliminares necessários fossem concluídos (ver parágrafo 19 do original). Ela não pode ser considerada equivalente a uma decisão formal de submeter um acusado a julgamento, um passo que não foi proporcionado a procedimentos como o presente, instituído, tão somente, como uma demanda do Promotor de Justiça, frente à Corte Distrital, para a imposição de uma penalidade.

34. Não foi antes da audiência de 24 de março de 1988 que a Juíza Kohlegger se deparou com o demandante pela primeira vez, ocasião em que ouviu a ele e à senhoria, bem como, em que foram apresentadas todas as evidências (ver parágrafo 13 do original). Na visão da Corte, apenas, então, encontrava-se ela em posição de formar uma opinião quanto à culpa do demandante. Não transparece que as várias medidas tomadas antes do julgamento pudessem tê-la levado a alcançar um conceito prévio quanto ao mérito. A esse respeito, deve se notar que ela absolveu o Sr. Fey em uma das duas imputações (ver parágrafo 14 do original).

35. Assim, a extensão e a natureza das medidas anteriores ao julgamento, adotadas pela juíza da Corte Distrital, são claramente distintas daquelas apreciadas no anteriormente mencionado caso De Cubber. Naquele caso, a Corte concluiu que a imparcialidade do tribunal em questão se mostrou, em relação àquele demandante, passível de dúvida, tendo-se em mente, aliás, o fato de que um de seus membros havia procedido a extensas investigações no caso, inclusive inúmeros interrogatórios do acusado (ver p. 15-46, parágrafos 29-30, daquele julgamento).

36. Sob estas circunstâncias, a Corte não entende que o receio do demandante, em relação à imparcialidade da juíza da Corte Distrital, possa ser considerado objetivamente justificado. Dessa forma, não houve violação do artigo 6º, § 1º, no presente caso.

Por estas razões, a Corte

Mantém o entendimento, por sete votos a dois, de que não houve violação ao artigo 6º, § 1º.

Rudolf BERNHARDT
Presidente

4 TEDH, Caso Padovani vs. Itália – 26 de fevereiro de 1993

Do Direito

A alegação preliminar do Governo

19. O Governo arguiu que o demandante não exauriu todos os remédios domésticos, já que não apelou, contra o pretor do julgamento quanto à sua falta de imparcialidade.

A Corte entende que a alegação, que foi anteriormente levada perante a Comissão, é infundada; como o magistrado agiu de acordo com a legislação vigente à época (ver parágrafo 14 acima), a Corte do Distrito de Bergamo não teria sido apta a anular o julgamento.

20. O Governo também observou que o Sr. Padovani poderia ter provocado a Corte apelada para que referisse acerca da questão de constitucionalidade da dita legislação da Corte Constitucional, dada a "atitude possível" adotada no julgamento de 15 de dezembro de 1986 (ver parágrafo 15 acima, *in fine*).

Esse argumento não foi levado adiante pela Comissão, porque sujeito à preclusão lógica (ver, *inter alia*, o Ciulla vs. Itália julgado em 22 de fevereiro de 1989, série A nº 148, p. 14, parágrafos 27-29). Em qualquer

situação, um indivíduo não está autorizado a litigar diretamente perante a Corte Constitucional Italiana, por revisão de constitucionalidade de uma lei, para que ele não possua à sua disposição, nesse caso, um remédio cuja exaustão é requerida pelo artigo 26 da Convenção (ver Brozicek vs. Itália julgado em 19 de dezembro de 1989, série A, nº 167, p. 16-17, parágrafo 34).

Alegada violação do artigo 6º, § 1º (art. 6-1)

21. O Sr. Padovani alegou que não participou de uma audiência frente a um "tribunal imparcial", conforme o artigo 6º, § 1º, que assim diz:

"Na determinação (...) de qualquer acusação criminal contra si, todos têm direito a (...) uma audiência (...) justa (...) por um (...) tribunal imparcial (...)."

22. A Comissão concordou, em essência, com tal argumento. Ela considerou que, independentemente da maneira de agir do pretor, as funções de investigação e julgamento foram fundamentalmente incompatíveis.

23. O Governo arguiu, em contrapartida, que o pretor não poderia ser criticado por suposta falta de imparcialidade. Ele interveio em um estágio anterior à oitiva, e utilizou apenas poderes expressamente conferidos a si, por lei, no contexto de procedimento especial inspirado na preocupação com a celeridade e com a simplicidade.

24. A Corte aponta que sua função não é a revisão da lei e da prática *in abstracto*, mas sim determinar se a maneira como elas foram aplicadas, e se a maneira como afetaram o demandante, resultaram em violação do artigo 6º, § 1º (art. 6-1) (ver, *inter alia*, o Hauschildt vs. Dinamarca, julgado em 24 de maio de 1989, série A, nº 154, p. 21, parágrafo 45).

25. A existência de imparcialidade, para o propósito do artigo 6º, § 1º (art. 6-1), deve ser determinada de acordo com um critério subjetivo, isto é, em vista da convicção pessoal de um determinado juiz em um dado caso, e, também, de acordo com um critério objetivo, que é assegurar se o juiz ofereceu garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima (ibid., parágrafo 46).

26. Acerca do critério subjetivo, a imparcialidade pessoal do juiz deve ser presumida até que haja prova em contrário (ibid., parágrafo 47), e nenhuma evidência foi produzida que pudesse sugerir parcialidade por parte do magistrado.

27. Concernente ao critério objetivo, este deve ser determinado se, aparte da conduta do juiz, existem fatos que possam levantar dúvidas quanto à sua imparcialidade. Neste aspecto, mesmo aparências podem ter certa importância. O que está em risco é a confiança que as Cortes, em uma sociedade democrática, devem inspirar ao público e, acima de tudo, tratando-se de procedimentos criminais, ao acusado.

Ocorre que, para decidir se, em um determinado caso, há razão legítima para temer que o juiz não seja imparcial, o ponto de vista do acusado é importante, mas não decisivo. O que é decisivo é se esse receio pode ser considerado objetivamente justificado (ibid., parágrafo 48).

28. No presente caso, o medo quanto à falta de imparcialidade do juiz foi baseado no fato de o pretor haver questionado o demandante antes do julgamento, tomado medidas restringindo sua liberdade, e o convocado para comparecer perante ele (ver parágrafos 10-11 acima).

Ainda que essa situação pudesse ocasionar enganos por parte do demandante, elas não podem ser tomadas como objetivamente justificadas.

A informação obtida pela Corte (ver parágrafo 8 acima), na realidade,

mostra que as medidas de investigação sumária, referidas no parágrafo 16 do relato da Comissão, consistiam meramente no questionamento dos três acusados, ainda que, segundo o artigo 231 do Código de Procedimento Criminal, o magistrado pudesse haver tomado mais medidas (ver parágrafo 14 acima, *in fine*). Consta, ainda, que, ao expedir o mandado de prisão de 26 de fevereiro de 1987, o magistrado se amparou, *inter alia*, nas próprias declarações do Sr. Padovani (ver parágrafos 11-12 acima e o Saint-Marie vs. França julgado em 16 de dezembro de 1992, série A, nº 253-A, p. 16, parágrafo 33).

A Corte nota, ainda, que o pretor seguiu regras específicas aplicáveis ao flagrante delito em sua jurisdição. *Giudizio direttissimo* é um procedimento flexível, que busca satisfazer o requisito do "tempo razoável".

29. Dessa forma, não houve violação do 6º, § 1º (art. 6-1).

Por essas razões, a Corte de forma unânime:

1. Denega a alegação de falha para exaurir os remédios domésticos;
Mantém-se no entendimento de que não houve violação ao artigo 6º, § 1º (art. 6-1).

Rudolf BERNHARDT
Presidente

Voto concorrente do Juiz Meyer

Em concordância com os outros membros da Câmara, sou da opinião de que, nas circunstâncias do presente caso, os direitos fundamentais do demandante não foram violados.

Como no caso Fay,(10) decidido por outra Câmara, o presente caso demonstra a dificuldade que pode advir da aplicação dos princípios fixados pela Corte desde os julgamentos de Piersack(11) e de De Cubber,(12) em respeito aos sucessivos exercícios de um juiz de diferentes funções.

A questão também suscita, mais genericamente, se a Corte não é, às vezes, mais sensível a aparências do que à realidade, quando considera a independência e a imparcialidade dos tribunais.

5 TEDH, Caso Nortier vs. Países Baixos – 24 de agosto de 1993

Do Direito

Alegada violação do artigo 6º, § 1º (art. 6-1)

30. O demandante alegou que não lhe foi conferida audiência perante um "tribunal imparcial" no sentido do artigo 6º, § 1º (art. 6-1), que refere:

"Na determinação de (...) qualquer acusação criminal contra si, todos têm direito a (...) uma audiência (...) perante (...) tribunal imparcial (...)."

31. O demandante apontou que, durante os procedimentos, isto é, durante a fase de pré-julgamento, assim como, no julgamento, seu caso foi apreciado apenas pelo mesmo Juiz da Infância e Juventude, Juiz Meulenbroek, que tomou todas as decisões relevantes. Ele não duvidou da imparcialidade pessoal do juiz, mas referiu que este teria atuado como juiz-investigador e, em quatro ocasiões, decidiu por sua detenção provisória. Essas decisões implicam dizer que o Juiz Meulenbroek já havia chegado à conclusão de que existiam "sérios indicativos" de que o demandante havia cometido o crime pelo qual era acusado; além do mais, ele também já teria formulado a ideia de sentença ou medida a ser imposta, já que a lei requer que ele assegure que era improvável que a detenção provisória iria durar mais do que qualquer outra detenção

imposta aquém daquela sentença ou medida (ver parágrafo 27, *supra*). Consequentemente, o demandante possuía indícios legítimos para recear que o Juiz Meulenbroek, que julgou seu caso como juiz singular, não manifestava a imparcialidade requerida para ser o julgador, ainda mais tendo o demandante apenas quinze anos de idade e, portanto, sendo menos apto a se defender.

32. O Governo e a Comissão mantiveram o posicionamento de que o receio do demandante não pode ser tido como objetivamente justificado.

33. A Corte relembra que o que é decisivo não são as apreensões subjetivas do suspeito, ainda que compreensíveis, mas se, nas circunstâncias particulares do caso, seus receios podem ser tidos como objetivamente justificáveis (ver, como as mais recentes autoridades, o julgamento de Fey vs. Áustria em 24 de fevereiro de 1993, Série A, nº 255, p. 12, § 30, e o julgamento Padovani vs. Itália em 26 de fevereiro de 1993, Série A, nº 257-B, § 27).

O mero fato de o Juiz Meulenbroek também proferir decisões anteriores ao julgamento, incluindo decisões referentes à detenção provisória, não podem ser tomadas, por si, como receios justificáveis à sua imparcialidade; o que importa é o escopo e a natureza dessas decisões.

34. Aparte das decisões relativas à detenção provisória do demandante, o Juiz da Infância de Juventude, magistrado Meulenbroek, não proferiu outras decisões pré-julgamento, salvo aquela na qual deu procedência ao pedido da acusação para o exame psicológico do demandante, o qual não foi contestado pelo adolescente e sua defesa. O magistrado não fez nenhum outro uso de seus poderes de juiz-investigador.

35. As decisões acerca da detenção provisória do demandante poderiam justificar o receio quanto à imparcialidade do juiz em circunstâncias especiais, como aquelas do caso Hauschildt (ver Hauschildt vs. Dinamarca, julgado em 24 de maio de 1989, Série A, nº 154, p. 22, § 51, e Sainte-Marie vs. França, julgado em 16 de dezembro de 1992, Série A, nº 253-A, p. 16, § 32).

Não houve nada dessa natureza no presente caso. Contrariamente aos argumentos do demandante, as questões que o Juiz Meulenbroek teve de responder, quando tomou tais decisões, não eram as mesmas que foram decisivas ao julgamento final. Ao descobrir que havia “sérios indicadores” contra o demandante, sua tarefa foi apenas verificar sumariamente se a persecussão possuía, *prima facie*, indícios para a acusação movida contra o demandante (ver parágrafo 27, supra). A acusação, ainda, foi admitida pelo demandante, e já se encontrava no estágio em que era corroborada por mais evidências.

36. Os argumentos apresentados pelo demandante, acerca do fato de que o juiz, sozinho, decidiu em um caso envolvendo uma parte de quinze anos de idade, a Corte aponta que os interesses do defendido eram acompanhados por um advogado, que o assistiu em todos os estágios dos procedimentos (ver parágrafo 22 acima). Também deve ser observado que um apelo se encontrava disponível, o qual consistiria em uma audiência completa perante uma Câmara composta por três juízes da Corte de Apelo.

37. Sob estas circunstâncias, o receio do demandante, de que o Juiz Meulenbroek não possuía imparcialidade, não pode ser tido como objetivamente justificado. Desta forma, não houve violação do artigo 6º, § 1º (art. 6-1).

38. Em vista dessa conclusão, não é necessário entrar na questão levantada pelo Governo e por certos membros da Comissão em sua opinião concorrente, qual seja, se o artigo 6º deveria ser aplicado ao procedimento criminal juvenil da mesma forma que no procedimento criminal adulto.

Por estas razões, a Corte de forma unânime:

Mantém-se no entendimento de que não houve violação do artigo 6º, § 1º (art. 6-1).

Rolv RYSSDAL
Presidente

Bibliografia

ANDRADE, Mauro Fonseca. A atividade probatória *ex officio judicis* na recente reforma processual penal. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, n. 03, p. 49-75, 2009.

ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo *codex* penal adjetivo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 183, p. 167-188, jul./set. 2009.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

ANDRADE, Mauro Fonseca. Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma. **Revista Ibero-Americada de Ciências Penais**, Porto Alegre, a. 10, n. 18, p. 141-200, 2010.

LOPES JR., Aury. A Crise do Inquérito Policial: Breve análise dos sistemas de investigação preliminar no Processo Penal. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, a. 26, n. 78, p. 43-74, jun. 2000.

LOPES JR., Aury. A opacidade da discussão em torno do Promotor Investigador (Mudem os inquisidores, mas a fogueira continuará acesa). **Boletim IBCCrim**, Rio de Janeiro, a. 12, n. 142, p. 10-11, set. 2004.

LOPES JR., Aury. Bom para quê(m)? **Boletim IBCCrim**, Rio de Janeiro, a. 16, n. 188, p. 10, jul. 2008.

Notas

1. Art. 4º O processo terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

2. Art. 162. As provas serão propostas pelas partes.

Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º.

3. ANDRADE. Mauro Fonseca. **Sistemas processuais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. ANDRADE. Mauro Fonseca. A atividade probatória *ex officio judicis* na recente reforma processual penal. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, n. 03, p. 49-75, 2009. ANDRADE. Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo *codex* penal adjetivo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 183, p. 167-188, jul./set. 2009.

4. Em relação ao Tribunal do Júri, sua composição voltou ao tradicional número de sete jurados. E, no que diz respeito à atividade probatória *ex officio judicis*, na última votação do PLS nº 156/2009 foi aprovada a Emenda nº 78, apresentada pelo Senador Antônio Carlos Valadares, sob a justificativa de "deixar claro o poder de instrução complementar do magistrado, não importando se a prova foi produzida pela acusação ou pela defesa". Com sua redação final, o parágrafo único do – agora – artigo 165 do projeto passou a figurar da seguinte e correta forma: "Será

facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes".

5. LOPES JR., Aury. A Crise do Inquérito Policial: Breve análise dos sistemas de investigação preliminar no Processo Penal. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, a. 26, n. 78, jun. 2000, p. 65.

6. LOPES JR., Aury. A opacidade da discussão em torno do Promotor Investigador (Mudem os inquisidores, mas a fogueira continuará acesa). **Boletim IBCCrim**, Rio de Janeiro, a. 12, n. 142, set. 2004, p. 11. LOPES JR., Aury. Bom para quê(m)? **Boletim IBCCrim**, Rio de Janeiro, a. 16, n. 188, jul. 2008, p. 10.

7. ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo *codex* pena adjetivo. Ob. cit., p. 179-181.

8. Referimo-nos ao texto: ANDRADE, Mauro Fonseca. Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, a. 10, n. 18, p. 141-200, 2010. Também pode ser encontrada em: <www.paginasdeprocessopenal.com.br/artigos>.

9. Tradução de Bruno Roque Gíria; revisão de Mauro Fonseca Andrade. Os textos, em sua versão original, podem ser acessados em: <www.paginasdeprocessopenal.com.br/jurisprudencia>.

10. Fey vs. Áustria, julgado em 24 de fevereiro de 1993, série A, n. 255.

11. Piersack vs. Bélgica, julgado em 01 de outubro de 1982, série A, n. 53.

12. De Cubber vs. Bélgica, julgado em 26 de outubro de 1984, série A, n. 86.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):
ANDRADE, Mauro Fonseca. *O Juiz das Garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 40, fev. 2011. Disponível em:
< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro_andrade.html>
Acesso em: 04 maio 2011.