



LUANA CASECA RUFFO

**O JUIZ DAS GARANTIAS - O MÉRITO E O IMPACTO DO
NOVO INSTITUTO PREVISTO NO PROJETO DE LEI DO
SENADO N.º 156/2009**

BRASÍLIA - DF

2013

LUANA CASECA RUFFO

**O JUIZ DAS GARANTIAS - O MÉRITO E O IMPACTO DO
NOVO INSTITUTO PREVISTO NO PROJETO DE LEI DO
SENADO N.º 156/2009**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Marcus Vinicius Reis Bastos

BRASÍLIA - DF

2013

LUANA CASECA RUFFO

**O JUIZ DAS GARANTIAS - O MÉRITO E O IMPACTO DO
NOVO INSTITUTO PREVISTO NO PROJETO DE LEI DO
SENADO N.º 156/2009**

Monografia apresentada como requisito
parcial para conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília.

Banca Examinadora

Prof. Marcus Vinicius Reis Bastos
Orientador

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

RESUMO

O presente trabalho descreve aspectos referentes ao Inquérito Policial e aos sistemas de persecução penal, quais sejam, o inquisitório e o acusatório, a fim de retratar o que hoje vigora no país em termos de gestão dos elementos probatórios pelo juiz criminal, assim como para fornecer uma base à compreensão do tema central, que é a criação do instituto do juiz das garantias pelo projeto do novo Código de Processo Penal – CPP (PLS n.º 156/2009). Em seguida, avalia a configuração do juiz das garantias conforme as disposições do texto projetado e contrapõe os pontos de vista favoráveis e contrários dos doutrinadores em relação à nova figura.

Palavras-chave: Processo Penal. Sistema acusatório. Juiz das garantias.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 O INQUÉRITO POLICIAL	9
2 OS SISTEMAS DE PERSECUÇÃO PENAL.....	17
3 O JUIZ DAS GARANTIAS	48
CONCLUSÃO	72
BIBLIOGRAFIA	76

INTRODUÇÃO

Apesar dos avanços conquistados em matéria de processo penal a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, tais como a publicidade das decisões, a presunção de não culpabilidade e os prazos para exercício da ação penal, dentre outros, verifica-se que o Código de Processo Penal atualmente em vigor, que data de 1941 (ou seja, é um Decreto-lei que foi editado em pleno Estado Novo, com o Congresso Nacional fechado) está marcadamente atrelado ao sistema inquisitório.

Nesse sistema de persecução penal, o juiz, na busca da verdade real, tem poderes investigativos, função que se sobrepõe ao seu papel de julgador. O magistrado, assim, atua diretamente na produção de provas. No sistema acusatório, ao contrário, estão bem definidas as funções de investigar, que cabe à polícia, de acusar, que cabe ao Ministério Público (ou ao ofendido, em caso de ação penal privada), e a de julgar, que cabe ao juiz. Este figura, assim, como destinatário da produção probatória. Sistemas processuais penais que observam o princípio acusatório primam pela imparcialidade do julgador, não obstante serem complexos os fatores que formam a sua convicção.

O nosso CPP já sofreu diversas alterações pontuais em seus dispositivos, e isso sem contar a busca pela Suprema Corte de sua adaptação à Constituição da República de 1988, a denominada “Constituição Cidadã”, através de orientações jurisprudenciais. Mas, tendo o nosso diploma processual penal sido editado num contexto histórico-político-social totalmente diferente do atual, e tendo por ele passado três estruturas constitucionais diferentes, sentiu-se a necessidade de uma alteração profunda, estrutural, que de fato o adequasse à atual ordem constitucional.

Alguns países da América do Sul já operaram reformas em seus códigos de processo penal, como Argentina (1991), Paraguai (1998), Equador (2000) e Colômbia (2004). No Brasil, uma Comissão de Juristas chegou a produzir

um anteprojeto de reforma integral do CPP em 1983 (PL n.º 1.655), que, no entanto, foi retirado pelo Executivo.

Diante disso, em março de 2008, foi proposta no Senado Federal a constituição de uma Comissão de Juristas, instalada em julho daquele ano e composta por representantes da advocacia, da magistratura e do Ministério Público, dentre outros, a fim de elaborar o anteprojeto de um novo CPP, com a intenção de se promover a reforma global desse. Nove membros compuseram a referida Comissão: Antonio Corrêa (Juiz Federal); Antônio Magalhães Gomes Filho (advogado e professor da USP); Eugenio Pacelli (Procurador Regional da República); Fabiano Augusto Martins Silveira (consultor legislativo do Senado); Félix Valois Coelho Júnior (advogado e ex-secretário de Justiça do Amazonas); Hamilton Carvalhido (Ministro do STJ); Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (advogado e professor da UFPR); Sandro Torres Avelar (Delegado Federal e Presidente da ADPF); e Tito de Souza Amaral (Promotor de Justiça).

No dia 22 de abril de 2009, foi entregue o anteprojeto ao então Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, tendo sido o texto, ato contínuo, transformado no Projeto de Lei do Senado n.º 156 de 2009, que propôs a reforma o Código de Processo Penal. Atualmente, o texto está em tramitação na Câmara dos Deputados como o PL n.º 8045/2010.

O Projeto adotou o processo de estrutura acusatória, no qual estão bem delineadas as funções do juiz, da acusação e da defesa, e também no qual a gestão da escapa do comando direto do juiz, que passa a ter a função que constitucionalmente lhe é reservada pela Constituição, a de garante da ordem constitucional e, conseqüentemente, do cidadão. Procurou-se aprofundar e publicitar o processo e a participação das partes conforme os princípios do contraditório e da ampla defesa.

A busca da guinada do processo penal brasileiro ao modelo acusatório ficou evidenciada na redação do art. 4º do Projeto: “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.” O PLS n.º 156/2009 procurou, assim, romper com a tradição inquisitória de produção da prova de ofício pelo juiz.

Vários foram os temas que compuseram o PLS n.º 156/2009, entre os quais podem ser destacados: a presença de advogado na fase de interrogatório policial; a fixação de regras para as prisões provisórias; a melhor definição dos papéis dos sujeitos processuais penais; a previsão de novas medidas cautelares que fossem alternativas às prisões; a alienação cautelar de bens sequestrados; a medida de indisponibilidade dos bens; estratégias voltadas à racionalização do sistema recursal; o capítulo dedicado aos direitos das vítimas; e o aumento do número de jurados no Tribunal do Júri, assim como a possibilidade de comunicação entre eles.

Desde então, surgiram inúmeros debates acerca das alterações processuais propostas, mas, sem dúvida, um dos temas mais polêmicos é a criação do instituto do Juiz das Garantias, inserido no Título II do Livro I do referido Projeto de Lei. Seu papel é, em síntese, o de atuar no controle da legalidade da investigação criminal e na garantia dos direitos individuais do investigado, sendo seu intuito a busca da consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório. Já segundo o item III da Exposição de Motivos do projeto de Código de Processo Penal, o juiz das garantias evidencia a necessidade de se manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.

A criação desse novo instituto, ou dessa nova figura processual, deve ser analisada com cautela. Em princípio, surgiram muitos entusiastas dessa ideia dentro da doutrina, que ressaltaram, por exemplo, a justiça alcançada pelo julgamento imparcial do juiz não contaminado pelos elementos probatórios colhidos no inquérito, assim como a otimização da prestação jurisdicional provocada pela especialização das funções dos magistrados, entre outros pontos.

No entanto, não demoraram a surgir severas críticas ao instituto, das mais variadas naturezas, o que nos leva a procurar verificar, a partir de uma visão da real aplicabilidade do juiz das garantias na prática processual, a viabilidade (ou os impactos) e também a necessidade (ou o mérito) de sua criação, e tudo isso com foco na intenção da proposta do Projeto de Lei, qual seja, a de se consolidar um modelo orientado pelo princípio acusatório.

1 O INQUÉRITO POLICIAL

No Estado Democrático de Direito brasileiro, ao mesmo tempo em que vigora, quanto à tipificação dos crimes e à previsão de suas respectivas penas, o princípio da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988 – CF/88 e art. 1º do Código Penal Brasileiro – CPB), a pretensão punitiva do Estado-juiz só é legitimada através da observação de um devido processo legal.

O processo penal, no entanto, é apenas uma das etapas da chamada persecução penal, que tem início com a *notitia criminis*, através da qual a autoridade policial toma conhecimento de um fato aparentemente criminoso, de modo espontâneo ou provocado.¹

A fase que se inicia em seguida à notícia do crime é a de investigação preliminar, também chamada de fase pré-processual, à qual seguirá o processo penal propriamente dito, que, por sua vez, resulta no pronunciamento judicial acerca do caso (sentença).

A investigação preliminar é chamada no nosso ordenamento jurídico, já em alusão ao órgão responsável pela sua realização, de inquérito policial, que pode ser definido como um *procedimento administrativo* composto por um conjunto de diligências a ser realizado pela polícia judiciária a fim de se apurar a materialidade e a autoria de uma infração penal, fornecendo elementos informativos que possam, assim, subsidiar a acusação a ser oferecida pelo titular da ação penal, que pode ser o Ministério Público, no caso da ação penal pública (art. 129, I da CF/88 e art. 24 do Código de Processo Penal – CPP), ou o ofendido, no caso da ação penal privada (art. 30 do CPP).²

Fernando da Costa Tourinho Filho faz as seguintes observações acerca da fase de investigação preliminar:

¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123.

² *Ibidem*, p. 111.

“Já sabemos que o Estado é o titular do *jus puniendi*. Pois bem: quando se verifica uma infração, o titular do direito de punir, quer dizer, o Estado, desenvolve, inicialmente, uma agitada atividade por meio de órgãos próprios, atividade essa que visa a colher informações sobre o fato tido como infracional e a respectiva autoria. Essa investigação, ou, se quiserem, essa primeira atividade persecutória do Estado, que, grosso modo, é realizada pela Polícia Judiciária, é informada de uma série de diligências, tais como: buscas e apreensões, exames de corpo de delito, exames grafoscópicos, interrogatórios, depoimentos, declarações, acareações, reconhecimentos que, reduzidos a escrito ou datilografados, constituem os autos do inquérito policial”.³

Vale ressaltar que o inquérito policial, tal como definido por nossa legislação processual penal, é apenas uma das espécies de procedimento de investigação preliminar.⁴

No inquérito policial, as investigações ficam a cargo da polícia judiciária, mas há outros tipos de procedimento pré-processual, em que, por exemplo, o protagonista das investigações é o promotor (chamado de promotor investigador), ou, ainda, o juiz (chamado de juiz instrutor).⁵

Nesse ponto, assim destaca Fauzi Hassan Chouke:

“Quando da análise do estágio atual do pensamento instrumental penal, verificou-se a clara tendência de adoção do sistema acusatório, onde o juiz instrutor cede espaço ao juiz garantidor e o Ministério Público assume o papel de propulsor da ação, tendo a seu lado, para coleta das informações necessárias, a Polícia Judiciária. A estrutura entre nós existente não discrepa por completo, do novo figurino da preparação da ação penal, cabendo ajustá-la e aperfeiçoá-la”.⁶

Importante, nesse momento, iniciar uma diferenciação entre a atuação do *juiz instrutor* e a do *juiz julgador*, durante a fase de investigação preliminar. O primeiro tem um amplo poder de intervenção na produção probatória, bem como na propositura da ação penal. Já o segundo não possui poderes investigativos e nem tem qualquer iniciativa no curso do inquérito policial, apenas

³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 199.

⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 215.

⁵ *Ibidem*, p. 228.

⁶ CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais da investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 60.

decidindo motivadamente acerca dos pedidos de medidas cautelares formulados pela autoridade policial e pelo Ministério Público.⁷

Detalhando um pouco mais esse ponto, tem-se que o papel do juiz, num Estado Democrático de Direito, seja durante a fase de investigação preliminar, seja durante o processo, é o de garantir os direitos fundamentais de todos, na medida do exercício de sua atividade jurisdicional.

Para Aury Lopes Júnior, a atuação do juiz na fase pré-processual deve ser limitada a controlar a legalidade e a garantir o respeito aos direitos fundamentais do investigado, sendo essa atuação a mais adequada segundo os princípios que orientam o sistema acusatório. Assim sustenta o referido autor:

“Tradicionalmente, no processo penal brasileiro, o juiz mantém-se afastado da investigação preliminar – como autêntico garantidor –, limitando-se a exercer o controle formal da prisão em flagrante e a autorizar aquelas medidas restritivas de direitos (cautelares, busca e apreensão, intervenções telefônicas etc.). O alheamento é uma importante garantia de imparcialidade e, apesar de existirem alguns dispositivos que permitam a atuação de ofício, os juízes devem condicionar sua atuação à prévia invocação do MP, da própria polícia ou do sujeito passivo”.⁸

Veremos, mais adiante, que o ponto de vista acima exposto está no centro da discussão em torno do juiz das garantias, objeto do presente estudo.

Voltando propriamente ao inquérito policial, verifica-se que este, apesar de ser de extrema importância no contexto da persecução penal, não é de observância obrigatória, pelo que podemos citar uma primeira característica desse procedimento, que é a sua *dispensabilidade*. Se o Ministério Público ou o ofendido dispuserem de elementos suficientes a subsidiar o oferecimento, respectivamente, da denúncia ou da queixa, poderá ser dispensada a investigação preliminar, desde

⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. O Juiz das Garantias. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, v. 10 n. 43, p. 99-115, out./dez. 2011, p. 111.

⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 254.

que os titulares da ação penal sejam capazes de demonstrar a justa causa da acusação.⁹

Aury Lopes Júnior refere-se a esse ponto como sendo o inquérito policial (a investigação preliminar) um procedimento autônomo:

“A autonomia vem dada pela natureza dos atos levados a cabo na instrução preliminar, bem distintos daqueles praticados no processo penal, principalmente no que se refere à natureza da intervenção dos sujeitos (não existem partes), ao objeto (notícia-crime e não a pretensão acusatória) e à forma dos atos (predomínio da escritura e do segredo). Assim, a autonomia está no fato de que o procedimento pré-processual pode não originar um processo penal (casos de arquivamento prévio ao exercício da ação penal), e naqueles em que o processo penal pode nascer e se desenvolver sem a prévia instrução (sistemas de instrução preliminar facultativa, como no modelo brasileiro)”.¹⁰

Dentre outras características do inquérito policial, podemos enumerar as seguintes: (i) trata-se de procedimento escrito (art. 9º do CPP); (ii) o inquérito policial é, ao contrário da fase processual, que observa o princípio da publicidade, procedimento sigiloso, na medida da necessidade do sigilo para a elucidação do fato ou da exigência do interesse social (art. 20 do CPP); (iii) o inquérito é marcado pela oficialidade, uma vez que a investigação é realizada por órgãos oficiais (polícia judiciária); (iv) no caso da ação penal pública incondicionada, e em decorrência do princípio da legalidade, tem-se que o inquérito deve ser instaurado independentemente de provocação, bastando a notícia da infração penal, pelo que se pode dizer que é um procedimento marcado pela oficiosidade; (v) sendo o inquérito presidido por uma autoridade pública (delegado de polícia de carreira), uma de suas características é a autoritariedade; (vi) não podendo ser o inquérito arquivado pela autoridade policial, tem-se que ele é indisponível; e (vii) o inquérito policial é inquisitivo, na medida em que, sendo secreto e escrito, não são observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.¹¹

Podemos, também, citar a *instrumentalidade* como característica da fase de investigação preliminar, na medida em que esta serve de instrumento ao

⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122.

¹⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 218.

¹¹ CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 117-119.

processo (que, por sua vez, também é instrumento da aplicação da lei material penal).¹²

Nesse contexto, é importante observar que o inquérito policial não pode ser visto apenas como um procedimento preparatório da instrução penal, mas, mais que isso, ele deve consistir num obstáculo a ser superado antes que seja dado início à fase processual. Pode ser considerado, assim, como um filtro processual que evita que acusações infundadas resultem em processos penais.¹³

Segundo Aury Lopes Júnior, esse é o principal fundamento da investigação preliminar,

“[...] pois, em realidade, evitar acusações infundadas significa esclarecer o fato oculto (juízo provisório e de probabilidade) e com isso também assegurar à sociedade de que não existirão abusos por parte do poder persecutório estatal. Se a impunidade causa uma grave intranquilidade social, mais grave é o mal causado por processar irresponsavelmente um inocente”.¹⁴

A função de filtro processual da fase pré-processual é importantíssima, na medida em que o processo penal consiste, por si só, em uma pena à pessoa do acusado, pela angústia e pelo sofrimento psicológico provocado. E isso sem falar do fato de que o sujeito processado criminalmente fica estigmatizado pela sociedade como sendo uma pessoa criminosa, independentemente de vir a ser condenado ou absolvido. Fala-se, aqui, de uma teoria da Criminologia crítica denominada de *labelling approach*, segundo a qual o processo penal é uma atividade de etiquetamento, tendo o indiciamento, e se for o caso, posteriormente, a acusação, não só efeitos jurídicos para o indiciado ou acusado, mas também efeitos sociais muito graves.¹⁵

Ainda nesse contexto, para Fauzi Hassan Chouke, a aplicação do conceito de justa causa, que deve ser demonstrada no momento do oferecimento da

¹² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 218.

¹³ *Ibidem*, p. 219.

¹⁴ *Ibidem*, p. 224.

¹⁵ *Ibidem*, p. 224-227.

peça acusatória, acaba por adequar o sistema acusatório, segundo ele consagrado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, à atual estrutura investigativa:

“Como se verá, sua existência acomoda a progressão do sistema, que deveria caminhar para a construção de uma fase prévia (jurisdicional) entre a propositura da inicial penal e sua aceitação, mas que acaba aceitando a justa causa como interrompedora da engrenagem persecutória”.¹⁶

Ainda caracterizando o inquérito policial brasileiro, cumpre destacar, quanto ao valor probatório dos elementos produzidos no curso da investigação, que estes têm conteúdo informativo, servindo, como já visto, à finalidade de embasar a denúncia ou queixa do Ministério Público ou ofendido, respectivamente. No curso do processo, o valor probatório desse conteúdo é relativo, uma vez que os elementos informativos não são colhidos com a observância do contraditório e da ampla defesa. Dessa forma, segundo dispõe o art. 155 do CPP, o juiz não pode fundamentar sua decisão com base, exclusivamente, nos elementos informativos colhidos durante a investigação, tendo sido feita ressalva quanto às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.¹⁷

Por fim, passemos a uma breve análise de como está prevista a disciplina do inquérito policial no Projeto de Lei do Senado n.º 156 de 2009, objeto de nosso estudo, especificamente no que dispõe acerca do juiz das garantias (artigos 14 a 17). O projeto do novo Código de Processo Penal, segundo a redação final aprovada pelo Senado Federal, regula as disposições acerca do inquérito policial do art. 18 ao art. 40. Uma comparação com a legislação processual penal atualmente em vigor que tem relação com o objeto do presente trabalho é a concernente ao prazo para conclusão do inquérito.

Atualmente, assim encontra-se disposto no CPP¹⁸ acerca do prazo genérico para conclusão da investigação preliminar:

¹⁶ CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais da investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 62.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119-120.

¹⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 30 set. 2012.

“Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela”.

No projeto do novo CPP¹⁹, assim dispõe o *caput* do art. 29:

“No inquérito, as diligências serão realizadas de forma objetiva e no menor prazo possível, sendo que as informações poderão ser colhidas em qualquer local, cabendo ao delegado de polícia resumilas nos autos com fidedignidade, se obtidas de modo informal”.

Já o *caput* do art. 31 prevê que, estando o investigado solto, o inquérito deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, sendo esse prazo de 15 (quinze) dias estando o investigado preso.

Ademais, o art. 32 prevê atuação do juiz das garantias em caso de esgotamento de prazo:

“Art. 32. Não obstante o disposto no art. 31, *caput* e §§ 1º e 2º, o inquérito policial não excederá o prazo de 720 (setecentos e vinte) dias.

§ 1º Esgotado o prazo previsto no *caput* deste artigo, os autos do inquérito policial serão encaminhados ao **juiz das garantias** para arquivamento.

§ 2º Em face da complexidade da investigação, constatado o empenho da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, o **juiz das garantias** poderá prorrogar o inquérito pelo período necessário à conclusão das diligências faltantes”.

O dispositivo acima guarda relação com o disposto no inciso VIII e no parágrafo único do art. 14 do Projeto, que enumera as atribuições do juiz das garantias, os quais são transcritos a seguir:

“Art. 14.

[...] VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

[...]

¹⁹ BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>> Acesso em: 30 set. 2012.

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada”.

A atuação do juiz das garantias será melhor analisada ao longo dos capítulos subsequentes.

A título de conclusão da parte inicial do presente estudo, vale citar, mais uma vez, Aury Lopes Júnior, no que concerne à sua opinião acerca da atual situação do inquérito policial no Brasil:

“Atualmente, existe um consenso: o inquérito policial está em crise. Os juízes apontam para a demora e a pouca confiabilidade do material produzido pela polícia, que não serve como elemento de prova na fase processual. Os promotores reclamam da falta de coordenação entre a investigação e as necessidades de quem, em juízo, vai acusar. O inquérito demora excessivamente e, nos casos mais complexos, é incompleto, necessitando de novas diligências, com evidente prejuízo à celeridade e à eficácia da persecução.

Por outro lado, os advogados insurgem-se, com muita propriedade, da forma inquisitiva como a polícia comanda as investigações, negando um mínimo de contraditório e direito de defesa, ainda que assegurados no art. 5º, LV, da Constituição, mas desconhecidos em muitas delegacias brasileiras. No meio policial, ainda domina o equivocado entendimento de que a Constituição é que deve ser interpretada restritivamente, para adaptar-se ao modelo previsto no CPP (de 1941), e não ao contrário, com o CPP adaptando-se à nova ordem constitucional”.²⁰

²⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 216.

2 OS SISTEMAS DE PERSECUÇÃO PENAL

Embora não esteja expresso no texto constitucional, segundo Simone Schreiber, a Constituição de 1988 consagrou o sistema processual penal acusatório, “não só no art. 129, I, mas também como corolário da cláusula do *due process of law*”.²¹

No entanto, o Projeto do novo Código de Processo Penal, a fim de deixar clara a opção do legislador pelo sistema acusatório, assim dispôs no seu 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”.²²

Faz-se necessário, para melhor compreender a estrutura acusatória do novo CPP, alcançar uma definição desse sistema processual penal, o que, por sua vez, só é possível se se compreender, também, o sistema inquisitório.

Lenio Luiz Streck afirma que “discutir o ‘sistema acusatório’ é discutir paradigmas”, e, ainda, que:

[...] é possível afirmar que o sistema acusatório é o modo pelo qual a aplicação igualitária do direito penal penetra no direito processual penal. É a porta de entrada da democracia. É o modo pelo qual se garante que não existe um ‘dono da prova’; é o modo pelo qual se tem a garantia de que o Estado cuida de modo igualitário da aplicação da lei; enfim, é o *locus* onde o poder persecutório do Estado é exercido de um modo, democraticamente, limitado e equalizado.²³

²¹ SCHREIBER, Simone. O juiz de garantias no projeto do Código de Processo Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, n. 213, ago. 2010, p. 2.

²² BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>> Acesso em: 30 set. 2012.

²³ STRECK, Lenio Luiz. Sístoles e diástoles em torno do sistema acusatório: o “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 37, p.11-36, abr./jun. 2010, p. 15.

A título de introdução, é importante destacar, em princípio, que os dois sistemas processuais penais que se contrapõem, quais sejam, o inquisitório e o acusatório, entendidos como sistemas puros, não têm origem em bases filosóficas, ou pelo menos essas não motivaram a sua constituição. Os referidos sistemas processuais surgiram por razões políticas.²⁴

Aliás, nesse ponto, bem observa Aury Lopes Júnior (seguindo o pensamento de Julio Maier) que o Direito Penal é muito influenciado pela ideologia vigente em determinado momento histórico. E ainda:

“E esse fenômeno é ainda mais notório no processo penal, na medida em que é ele, e não o Direito Penal, que toca no homem real, de carne e osso. Como afirmamos anteriormente, o Direito Penal não tem realidade concreta fora do processo penal, sendo as regras do processo que realizam diretamente o poder penal do Estado. Por isso, conclui MAIER, é no Direito Penal que as manipulações do poder político são mais frequentes e destacadas, até pela natureza da tensão existente (poder de penar *versus* direito de liberdade)”.²⁵

Conclui o referido autor, com base nessa linha de pensamento, que o sistema acusatório predomina nos países com base democrática e que respeitam a liberdade individual, enquanto o sistema inquisitório predominou, historicamente, em Estados autoritários ou totalitários, marcados pela não observância dos direitos individuais em detrimento do fortalecimento do poder estatal.²⁶

Os sistemas processuais penais tidos como puros são apenas modelos históricos, pois é conhecido na doutrina que não existe, hoje, um sistema acusatório ou um sistema inquisitório puro, ou um modelo de sistema jurídico processual penal que seja inteiramente acusatório ou inteiramente inquisitório.

Fala-se, então, em um sistema essencialmente acusatório ou em um sistema essencialmente inquisitório. O que existe atualmente, então, são sistemas mistos, que não podem ser compreendidos como uma simples soma dos elementos que os integram, e isso porque:

²⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-116, jul./set. 2009, p.104.

²⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 57.

²⁶ *Ibidem*, p. 58.

“[...] em sendo regidos pelo princípio inquisitivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema acusatório, como vai suceder com o sistema processual penal brasileiro em vigor e que tem por base o CPP de 1941; ou, em sendo regidos pelo princípio dispositivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema inquisitório, como vai suceder com o sistema processual penal norte-americano”.²⁷

Nessa visão, o princípio inquisitório seria orientador do sistema ou do método inquisitório, assim como o princípio acusatório estruturaria o sistema ou método acusatório, sendo que cada princípio definiria o núcleo elementar de cada sistema ou método, permitindo caracterizá-los. Vale frisar que o princípio fundante, ao contrário do sistema que ele orienta, não pode ser misto.²⁸

Seguindo essa lógica, o fato de, por exemplo, um sistema processual penal possuir um núcleo inquisitivo não impede que com ele coexistam elementos que geralmente caracterizam o sistema acusatório, sendo justamente o que acontece no sistema processual penal brasileiro atual, que é inquisitório em sua essência, mas possui elementos próprios do sistema acusatório, como a separação, ainda que inicial, entre as atividades de acusar e de julgar.

Mais adiante descreveremos melhor a estrutura inquisitiva do processo penal pátrio. Por ora, é interessante destacar que o nosso CPP, de 1941, baseou-se no *Codice Rocco*, da Itália, de 1930, de base inquisitorial, que por sua vez adveio do *Code Napoléon*, da França, de 1808, que adotou o chamado *sistema misto*. Esse sistema, que servia aos interesses políticos de Napoleão, nada mais era que um sistema inquisitorial mesclado com elementos provenientes do sistema acusatório, principalmente a separação formal entre órgão da acusação e órgão julgador, elemento que, conforme veremos adiante, é fundamental num sistema acusatório, porém insuficiente para, sozinho, caracterizá-lo.²⁹

²⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-116, jul./set. 2009, p. 109.

²⁸ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009, p. 147.

²⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op.cit., p. 111.

Para Aury Lopes Júnior, essa classificação dos sistemas processuais penais atuais em mistos é insuficiente, primeiro por não se enfrentar a questão de qual seria o princípio fundante do sistema, e segundo porque, para esse autor, esse núcleo não consiste simplesmente na separação inicial entre as atividades de acusar e julgar, como usualmente se defende.³⁰

Logo à frente enfrentaremos a questão da identificação do núcleo fundante dos sistemas processuais penais, ou de seu princípio orientador. Por enquanto, e para encerrar a exposição sobre os sistemas mistos, cumpre trazer à baila um dos aspectos dessa temática, também discutido por Aury Lopes Júnior.

Trata-se da chamada “falácia do sistema bifásico”, que pode ser identificada no processo penal brasileiro atual, em que se diz que o inquérito policial é um procedimento (administrativo) marcadamente inquisitivo, por ser sigiloso e por nele não ser observado nem o contraditório nem a ampla defesa, enquanto a fase processual propriamente dita é acusatória.

Assim opina o referido autor:

“A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase”.³¹

Agora discutindo sobre o que caracteriza o princípio orientador de cada sistema processual penal, verifica-se que é dominante na doutrina que a questão central consiste no modo como a prova é gerida.

Essa é a posição de Aury Lopes Júnior, que coaduna com a de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, ao afirmar que o princípio dispositivo orientaria

³⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 70.

³¹ *Ibidem*, p. 70-71.

o sistema acusatório, consistindo na gestão da prova nas mãos das partes, enquanto o princípio inquisitivo orientaria o sistema inquisitório, consistindo na gestão das provas pelo julgador.³²

Coutinho assim expõe essa visão:

“Ora, faz-se uma opção política quando se dá a função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz (como no Sistema Inquisitório), seja às partes, como no Sistema Acusatório, por evidente que sem se excluir (eis por que todos os sistemas são mistos) as atividades secundárias de um e de outros, tudo ao contrário do que se passava nos sistemas puros. Daí que a gestão da prova caracteriza, sobremaneira, o princípio unificador e, assim, o sistema adotado”.³³

Também essa linha segue Leonardo Augusto Marinho Marques, com a ressalva de defender que o juiz não precisa ser inerte ou mero expectador da produção probatória das partes:

“A atividade probatória do Juiz é extremamente saudável e se difere essencialmente da proposição da prova. Sua participação ativa na instrução não revela incompatibilidade com o princípio da separação de poderes e com o princípio acusatório, ao contrário deriva de uma leitura constitucionalmente adequada do reconhecimento de que o Juiz, como sujeito de conhecimento, interage com a realidade”.³⁴

Paulo Cesar Busato também defende a necessidade de se afastar a gestão da prova do juiz para se alcançar o sistema acusatório, a fim de se definir que o Ministério Público é parte, enquanto o julgador é destinatário da produção probatória das partes. Sustenta que:

“[...] é fundamental que o Poder Judiciário reconheça a legitimidade do princípio acusatório e a sua condição de julgador distanciado da prova, como modo de efetivar a sua afirmação como Poder da República, distanciado e independente das diretrizes de controle social acusatório e do executivo.”

³² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 74.

³³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-116, jul./set. 2009, p. 109.

³⁴ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009, p. 151.

“Entretanto, o que se tem observado é uma impressionante resistência verdadeiramente ativa à implantação das diretrizes de um sistema acusatório. Não se trata apenas da notória rejeição do novo, mas sim de uma disputa pelo poder, ainda que dele, o resultado do processo penal seja apenas uma parcela ínfima”.³⁵

Refere-se o autor à resistência apresentada em relação às mudanças que se querem implementar na lei processual penal relativas à atuação inquisitiva dos magistrados, como a criação de um juiz de garantias.

Já para Ada Pellegrini Grinover, o processo penal acusatório é aquele em que as funções de investigar, acusar e julgar são atribuídas a órgãos diversos, conceito que não interfere com a iniciativa instrutória do juiz no processo, que tem a ver, na verdade, com o denominado “*adversarial system*” do direito anglo-saxão (que, por sua vez, opõe-se ao “*inquisitorial system*” do sistema europeu e dos países por este influenciados).³⁶

No “*adversarial system*”, a produção das provas fica a cargo quase que exclusivamente das partes, enquanto no “*inquisitorial system*” a atividade probatória recai, de preferência, sobre o juiz, sendo que o primeiro, mesmo no direito anglo-saxão, vem abrindo brechas à iniciativa instrutória do juiz, ou ao desenvolvimento oficial do processo, que se norteia por dois princípios: a concepção publicista do processo e a percepção de sua função social.

O “*adversarial system*” não permite que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de certeza possível, ficando a produção de provas a cargo das partes e, assim, sujeita a seus fatores institucionais, econômicos e culturais.

Ademais, para a autora, a iniciativa instrutória do juiz não interfere em sua imparcialidade, na medida em que o magistrado, ao determinar a produção de uma prova, não sabe que resultado ela apontará, nem a que parte aproveitará.

³⁵ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: Um estudo sobre os sujeitos do processo em um sistema acusatório. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 2, n.1, p. 103-126, jan./jul. 2010, p. 111.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 95, v. 347, p. 3-10, jul./ago./set. 1999, p. 4.

Ela explica, ainda, que a iniciativa instrutória do juiz, aplicável à fase processual, não se confunde com a atribuição de poderes de busca da prova na fase de investigação, em que o juiz só deve ter o poder de determinar medidas cautelares:

“A questão que envolve os elementos probatórios colhidos durante a investigação e sua idoneidade para servir de base para a formação do convencimento do juiz é estranha à problemática da iniciativa instrutória oficial. Esta se circunscreve ao processo, o qual é instaurado após acusação formal do Ministério Público (ou do querelante, seu substituto processual, na ação penal de iniciativa privada). Não se confunda o que se disse quanto aos poderes do juiz no processo e à sua iniciativa probatória com a atribuição de poderes para buscar elementos probatórios durante a fase da investigação prévia. Esta não pode ser confiada ao juiz, sob pena de se retornar ao juiz inquisidor do modelo antigo. Durante a investigação, o juiz do processo acusatório tem apenas a função de determinar providências cautelares. Por isso, é oportuno que o juiz da investigação prévia (a cargo do Ministério Público e/ou da polícia judiciária) seja diverso do juiz do processo. É neste, e somente neste, que deve ser estimulada a iniciativa oficial”.³⁷

Tendo sido traçadas as linhas gerais da discussão relativa à caracterização do princípio orientador, passamos agora a um estudo mais amplo sobre cada sistema processual penal, começando por suas origens.

O sistema inquisitório surgiu no âmbito da Igreja Católica como uma resposta às manifestações de pensamento contrárias às posições que defendia, e, assim, tratadas como verdadeiras heresias que precisavam ser reprimidas.

Seu marco histórico foi o IV Concílio de Latrão (1215), convocado pelo então Papa Inocêncio III, consolidado pela Bula *Ex Excomuniamus* (1231), do Papa Gregório IX, e posteriormente pela Bula *Ad extirpanda* (1252), do Papa Inocêncio IV, com a qual foram consolidados os métodos utilizados pela Inquisição.³⁸

Acerca do primeiro:

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 95, v. 347, p. 3-10, jul./ago./set. 1999, p. 6-7.

³⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-116, jul./set. 2009, p. 105.

“O Concílio de Latrão, de 1215, fixou o limite da jurisdição espiritual, estabelecendo os regramentos do procedimento inquisitivo, [...]. José Reinaldo de Lima Lopes lembra que a vida medieval se dava dentro de corporações definidas e que, por isso, o cristão deveria viver como tal; assim, a heresia não era apenas um problema espiritual, mas também político, podendo ser considerado uma subversão contra as autoridades religiosas e também contra o próprio braço secular, ou seja, o Rei, os príncipes, que eram senhores cristãos”.³⁹

Esses métodos consistiam muitas vezes no emprego da tortura com o fim de se obter uma confissão do réu, que era visto como verdadeiro pecador e objeto de investigação, do qual a verdade (previamente estabelecida como absoluta pelo juiz inquisidor) deveria ser extraída através da confissão.⁴⁰

Além disso, deixou de ser observada a premissa básica de que não há processo sem uma acusação formal. Admitia-se a denúncia anônima, uma verdadeira delação, como meio de se iniciar a persecução penal. Buscava-se proteger o delator em face de uma possível vingança por parte do delatado.⁴¹

Marta Saad e Diogo Malan relatam que a inquisição, após ter sido direcionada ao combate aos movimentos heréticos, entrou em decadência, uma vez que foi desacreditada pelos excessos que lhe eram característicos. No entanto, voltou a ter relevância principalmente na Península Ibérica, como ponto de apoio do Estado monárquico absolutista.⁴²

Assim observa Jacinto Nelson de Miranda Coutinho acerca do contexto de surgimento desse sistema:

“Modelo hipócrita, dado a decisão estar preordenada. Com o resultado antecipado (pelo menos ao raciocínio mais hábil), o resto eram os modos de se confirmar aquilo que a razão já havia projetado.

Como modelo, a analítica de Aristóteles, pela lógica dedutiva. Com o domínio pleno das premissas, o inquisidor conduz o resultado para onde quiser.

³⁹ MALAN, Diogo. SAAD, Marta. Origens Históricas dos Sistemas Acusatório e Inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 842, ano 94, dez. 2005, p. 423.

⁴⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 67.

⁴¹ MALAN, Diogo. SAAD, Marta. Op. cit., p. 422.

⁴² Ibidem, p. 423.

O modelo é genial, não fosse, antes, diabólico, embora nascido, como se viu, no seio da Igreja Católica".⁴³

Observa-se um predomínio do sistema inquisitório até o final do século XVIII e início do século XIX, quando eclodiu a Revolução Francesa (1789) e começaram a se propagar os ideais iluministas.⁴⁴

A inquisição, tendo se mostrado um modelo fracassado, foi gradualmente substituída pelo modelo acusatório, em que as atividades de acusar e julgar eram atribuídas a órgãos e pessoas distintas. Permanecendo a função de acusar nas mãos do Estado, fez-se necessária a criação de uma figura nova, verdadeira parte dentro do processo penal, o Ministério Público.⁴⁵

O sistema acusatório teve o marco de seu surgimento na Inglaterra, sob o Reinado de Henrique II, num modelo em que a disputa entre acusação e defesa indicava uma paridade de condições entre as partes, e ainda em que os juízes decidiam, em princípio, com base naquilo que sabiam, e, depois, com base no que as partes aportavam ao processo.⁴⁶

Partindo propriamente para uma caracterização dos dois sistemas processuais penais, e começando pelo sistema inquisitório, pode-se dizer que ele se inspira na ideologia da defesa social e instrumentaliza a gestão centralizada de poder.⁴⁷

Há uma concentração, pois, do poder (nas mãos do órgão julgador), que, por sua vez, torna-se ilimitado e dirigido para a realização do Direito Penal. O sistema inquisitório é todo voltado para a busca da verdade, a partir de uma

⁴³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-116, jul./set. 2009, p.105.

⁴⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 67.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 68.

⁴⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. *Op.cit.*, p.106-107.

⁴⁷ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009, p. 147.

investigação secreta, na qual o Juiz, que também assume o papel de investigador, detém a gestão da prova e pode demonstrar a culpa antecipadamente.⁴⁸

O processo penal de marca inquisitória abandona a disputa igualitária entre as partes para se transformar numa disputa desleal entre o juiz inquisidor, que é aquele que, além de julgar, interfere livremente na investigação e no recolhimento de material probatório, e, ainda, procede à acusação, e o acusado. O juiz torna-se parte atuante do processo e o acusado, por sua vez, mero objeto de investigação.

O procedimento é escrito, secreto e não contraditório, atuando o juiz inquisidor de ofício (abandono da acusação) e em segredo, sendo tomadas por escrito as declarações das testemunhas.⁴⁹

No sistema inquisitório, parte-se do princípio de que é possível reproduzir a verdade absoluta dos fatos, sendo a descoberta da verdade real a única forma de se alcançar a justiça, por poder se afirmar o que realmente ocorreu. No entanto, verifica-se que, para o alcance desse escopo, lançou-se mão, historicamente, de diversos meios, como foi o caso da tortura empregada na Idade Média. Sobre esse ponto:

“A confissão era a prova máxima, suficiente para a condenação e, no sistema de prova tarifada, nenhuma prova valia mais que a confissão. O inquisidor EYMERICH fala da total inutilidade da defesa, pois, se o acusado confirmava a acusação, não havia necessidade de advogado. Ademais, a função do advogado era fazer com que o acusado confessasse logo e se arrependesse do erro, para que a pena fosse imediatamente aplicada e iniciada a execução.

Tendo em vista a importância da confissão, o interrogatório era visto como um ato essencial, que exigia uma técnica especial. Existiam cinco tipos progressivos de tortura, e o suspeito tinha o ‘direito’ a que somente se praticasse um tipo de tortura por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado como ‘suficientemente’ torturado e era liberado. Sem embargo, os métodos utilizados eram eficazes e quiçá alguns poucos tenham conseguido resistir aos 15

⁴⁸ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009, p. 146.

⁴⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 66.

dias. O pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas”.⁵⁰

A busca pela verdade real, na Inquisição, virou sinônimo de intolerância e, hoje, no contexto no processo penal, é retratada como alcance da justiça e combate à impunidade, discurso afinado com a ideologia da defesa social. A verdade real, no entanto, é um mito que serve de base para o juiz atuar como verdadeiro investigador à caça de provas que corroborem a tese acusatória.

Paulo César Busato destaca que essa busca por uma verdade absoluta implica o uso de afirmações universais que não respeitam as diferenças, além de estar essa busca fora do alcance do direito, por não ser esse, por si, uma ciência, mas uma simples forma de argumentar, produto da criação humana.⁵¹

Concluindo, assim observa Leonardo Augusto Marinho Marques:

“Dotado de elevado grau de racionalidade, o princípio inquisitório promove a descontinuidade entre a instrução e o julgamento e concentra na pessoa do Juiz inquisidor todo o conhecimento adquirido na investigação. Acumulando as funções acusatória, defensiva e judicante, em um procedimento sem partes, ele constrói sozinho, e em segredo, todo o saber que mais tarde será enunciado como verdade real”.⁵²

Já o sistema acusatório, seguindo caminho inverso, institui a descentralização do poder, viabilizando e democratiza processual, e com vistas à possibilidade de tutela dos direitos fundamentais.⁵³

Luigi Ferrajoli assim o define:

“[...] se pode chamar de sistema acusatório a todo sistema processual que concebe o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o juízo como uma contenda entre iguais iniciada pela acusação, a quem compete o ônus da prova, enfrentada

⁵⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 67.

⁵¹ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: Um estudo sobre os sujeitos do processo em um sistema acusatório. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 2, n.1, p. 103-126, jan./jul. 2010, p. 106.

⁵² MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009, p. 147.

⁵³ *Ibidem*.

a defesa em um juízo contraditório, oral e público e resolvida pelo juiz segundo sua livre convicção”.⁵⁴

O autor faz essa caracterização seguindo o raciocínio de que a oposição dicotômica entre os sistemas acusatório e inquisitório implica em se identificar, por um lado, modelos opostos de organização judicial (ponto do qual advêm distintas concepções de juiz penal), e, por outro, modelos diferentes de averiguação judicial (de onde emanam dois tipos diversos de juízos).⁵⁵

Aury Lopes Júnior enumera as seguintes características do processo penal acusatório atual: (i) distinção entre as atividades de acusar e julgar; (ii) iniciativa probatória das partes; (iii) o juiz mantém posição de imparcialidade em relação à atividade probatória das partes; (iv) igualdade entre as partes; (v) o procedimento, em regra, ou predominantemente, é oral; (vi) procedimento público; (vii) observância do contraditório e da ampla defesa; (viii) sentença lastreada no livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; (ix) instituição da coisa julgada; e (x) possibilidade de impugnação das decisões judiciais e o duplo grau de jurisdição.⁵⁶

No sistema acusatório, como enumerado acima, tem lugar o debate público, oral, em contraditório, promovido pelas partes, transformando o processo penal em um espaço de argumentação.

A *oralidade* pressupõe a utilização da audiência para a solução da controvérsia. Ela possibilita um livre debate entre as partes e que o juiz tenha a melhor compreensão possível do que aconteceu (com base na produção das provas).⁵⁷

A forma escrita dos atos processuais, característica do sistema inquisitório, constitui um importante mecanismo de controle social. Geraldo Prado esclarece essa questão:

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 451/452.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 60-61.

⁵⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 154.

“O mesmo poder de dominação que a Justiça Eclesiástica exercia por meio da Inquisição, em um mundo de poucos letrados e multidões de analfabetos, passou a ser exercido pelos órgãos do Estado, que manejavam (manejam) a linguagem técnica do Direito (e ainda mais técnica dos autos) para impor o Poder do Estado ao ditar decisões penais.”

“Novo paradoxo: ninguém poderá escusar-se de cumprir a lei por alegar ignorância, desconhecimento da lei! Ainda que seja analfabeto. Todavia, as fórmulas escritas dos procedimentos penais estão acessíveis a poucos! Como controlar o conteúdo de justiça da sentença penal se não se compreende os termos da sentença fora do linguajar técnico-jurídico? E, também e mais importante, como participar do ‘diálogo’ processual se a maioria das intervenções no processo é escrita e, por isso, essas intervenções exigem habilidade especial de que só advogados, Ministério Público e juízes são dotados?”⁵⁸

No sentido oposto, a oralidade permite que as partes tenham efetiva participação no processo, que possam se fazer ouvir pelo julgador, e ainda que tenham uma melhor compreensão do deslinde da causa, uma vez que se veem livres da linguagem jurídica (muitas vezes inacessível) dos autos.⁵⁹

Prado ainda defende que a oralidade é essencial para serem definidos concretamente os papéis exercidos pelos sujeitos processuais:

“A defesa oral, na frente do réu, exige que o defensor demonstre conhecimento da causa e que se empenhe em busca do resultado mais favorável ao acusado. Não bastam reiteraões de manifestações escritas anteriores. Da mesma maneira a acusação deverá se posicionar sobre a prova. E o juiz exporá as razões de sua decisão. A troca de papéis (*mutatio libelli*) entre acusação e juiz é bastante dificultada”.⁶⁰

A *publicidade*, por sua vez, possibilita que sejam observadas as demais garantias processuais, na medida em que os cidadãos podem controlar a sua aplicação. Sob outra perspectiva, a publicidade dos atos processuais significa que eles devem ser conhecidos pelos sujeitos processuais, o que dá suporte à observância do contraditório no processo.⁶¹

⁵⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 157.

⁵⁹ Ibidem, p. 158.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Ibidem, p. 159.

Ainda sobre as características enumeradas, tem-se que o juiz, ao qual foi dada a atribuição de julgar o processo, deve ocupar uma posição equilibrada em relação às partes. O julgador, a fim de ser assegurada a sua *imparcialidade*, não pode aderir, *a priori*, nem à posição da defesa nem à da acusação.

Geraldo Prado assim reflete sobre esse ponto:

“Com efeito, o juiz que antecipadamente está em condições de ajuizar a solução para o caso penal (que em algumas hipóteses sequer foi objeto de pretensão do interessado), na prática torna dispensável o processo, pois tem definida a questão independentemente das atividades probatórias das partes, comportamentos processuais que devem ser realizados publicamente e em contraditório.”

“Ocorre que o devido processo legal só constitui, de fato, mecanismo civilizado de resolução de causas se o resultado não puder ser determinado antecipadamente, isto é, só há processo penal real se no início do procedimento ambas as teses – de acusação e de resistência – puderem ser apresentadas em condições de convencer o juiz (Otto Kirchheimer)”.⁶²

O princípio acusatório, na medida em que pressupõe a distribuição das funções acusatória e defensiva entre as partes, assim como reserva a função judicante ao juiz, concorre para a aplicação do princípio constitucional da separação dos poderes no âmbito do processo penal.⁶³

Ademais, o exercício compartilhado e controlado do poder inclui a iniciativa probatória das partes, deixando as provas de serem produzidas pelo julgador, e em sigilo (sob o argumento de se buscar a verdade), para serem produzidas pelos destinatários do provimento jurisdicional, sob o princípio da publicidade e do contraditório.⁶⁴

A Constituição Federal de 1988 definiu como principal função do Ministério Público a titularidade da ação penal de iniciativa pública, o que exige que esse órgão proponha a ação penal de iniciativa pública, que não pode ser iniciada

⁶² PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 109.

⁶³ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009, p. 148.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 147.

de ofício. Isso implica a inércia da atividade jurisdicional, ou seja, o magistrado fica impedido de dirigir ou participar da atividade investigatória, o que em realidade cabe à autoridade policial e ao Ministério Público.⁶⁵

Para Walter Nunes da Silva Júnior:

“O sistema acusatório, que é a materialização da separação das funções de acusar e julgar, não se coaduna com a hipótese de se outorgar à magistratura o exercício de função destinada a preparar a elaboração da peça acusatória a ser apreciada pelo juiz. Não se mostra razoável que o juiz colabore com o Ministério Público na coleta dos elementos indispensáveis para que este ofereça a ação penal que vai, a final, ser julgada pelo próprio poder judiciário”.⁶⁶

Isso impede que o julgador tome uma concepção antecipada acerca do caso concreto levado a seu julgamento (posição que ele buscará confirmar a partir da produção de provas por ele mesmo), partindo-se, assim, para a construção de um raciocínio por meio do debate entre as partes, caracterizado por ampla argumentação jurídica, a partir da qual chega-se a uma conclusão, ou à solução para a lide.

Nesse ponto, bem assinala Paulo César Busato:

“A opção de afirmação democrática do processo somente se dá através da inclusão argumentativa, pela igualdade de oportunidade de discurso. Este modo de afirmação democrática se dá, em termos processuais, pela substituição de uma verdade material por uma verdade formal ‘legitimidade como produto de um processo discursivo e premiada idealmente mediante o consenso dos participantes’, o que só poderá ser almejado em um processo de cariz acusatório”.⁶⁷

Importante repisar que, enquanto no sistema inquisitório a produção probatória é dirigida ao juiz, no sistema acusatório, a atividade probatória concentra-se nas partes, o que não exclui as atividades secundárias de um e de outras, no contexto dos sistemas processuais penais mistos.

⁶⁵ SILVA JR., Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 586-687.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 587.

⁶⁷ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: Um estudo sobre os sujeitos do processo em um sistema acusatório. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 2, n.1, p. 103-126, jan./jul. 2010, p. 107.

Vale destacar que, na medida em que a responsabilidade da produção probatória recai sobre as partes, aumenta a necessidade de aprimoramento técnico dos profissionais de direito que atuam no processo penal. Assim, a fim de se assegurar a igualdade entre as partes e, conseqüentemente, a integral observância do princípio do contraditório, o Estado deve organizar uma estrutura capaz de proporcionar o acesso gratuito à representação processual às pessoas que não têm condições de arcar com os honorários de um bom profissional. Fala-se, aqui, da necessidade de se fortalecer as Defensorias Públicas, para que elas sejam tão bem estruturadas como hoje é o Ministério Público. Só assim pode-se assegurar a *paridade de armas* entre as partes, corolário do sistema acusatório.

Num modelo essencialmente acusatório, portanto, preserva-se a figura do juiz como destinatário da produção probatória processual, numa posição equidistante das partes, que são contrapostas e chamadas a produzir a prova a fim de demonstrarem suas teses.

E isso é importante porque, segundo Geraldo Prado, o juiz que concorre ativamente para a produção probatória baseia-se, no processo, nos elementos de prova que ele mesmo produziu, estando sujeito, assim, a um *comprometimento psicológico* que afeta a sua desejável posição de imparcialidade e equidistância entre as partes.⁶⁸

O juiz que participa da fase pré-processual desequilibra as posições ocupadas por autor e réu (que, em tese, deveriam ser tratados de forma igualitária), na medida em que o magistrado julga um fato por ele mesmo investigado. Assim, mostra-se improvável que esse juiz consiga separar nitidamente em sua mente as funções de investigar e julgar, o que tira a eficácia do princípio da imparcialidade.⁶⁹

Nesse ponto, Walter Nunes da Silva Júnior comenta sobre uma possível separação entre o juiz que aprecia o processo e o que intervém na atividade investigatória, a fim de solucionar essa questão:

⁶⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 137.

⁶⁹ SILVA JR., Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 588.

“Em alguns países, com a clara preocupação de obviar a quebra da imparcialidade decorrente do juízo de instrução, exemplo da França e da Argentina, o juiz que aprecia o processo para fins de julgamento é diferente daquele que intervém na atividade investigatória. No entanto, a circunstância de um juiz julgador ser diferente do juiz preparador (investigador) pode, é verdade, resolver ou minorar o impacto que tal atribuição representa à imparcialidade imprescindível de quem tem a missão de julgar o processo, porém não contorna a incongruência política e sistêmica que isso representa. Ademais, em nosso meio, o Ministério Público tem toda a possibilidade de assumir essa função, o que é bem mais recomendável”.⁷⁰

Para Aury Lopes Júnior, a atribuição de poderes instrutórios ao juiz faz com que ele passe a fazer quadros mentais paranoicos, na medida em que primeiro formula uma hipótese sobre o que ocorreu e depois vai à cata da prova que a comprove. Assim, o recolhimento de prova pelo juiz propicia a formação antecipada do juízo e faz com que a sua imparcialidade fique comprometida. O autor, referindo-se ao juiz instrutor, assinala que “É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade, e o outro, de inércia”.⁷¹

A despeito de o juiz ser destinatário das provas produzidas pelas partes, ele não deve permanecer completamente inerte, sendo desejável que exerça atividade probatória suplementar em relação à das partes nos casos em que essas, omitindo-se ou faltando com seu dever de produzir provas, tornem essencial a intervenção do juiz para o esclarecimento de um ou de outro ponto.

Marcos Zilli opina que a iniciativa instrutória do julgador não é incompatível com o modelo processual penal acusatório, uma vez que o julgador pode determinar a produção de provas quando houver a necessidade de se esclarecer determinado ponto relevante, não estando, com isso, exercendo papel de acusador. Lembra o autor que esse poder não deve ser ilimitado e, ainda, que “[...] a iniciativa instrutória do julgador é importante instrumento que, se bem utilizado,

⁷⁰ SILVA JR., Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 587-588.

⁷¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 79-80.

reafirma a trajetória e um processo penal justo e equilibrado, legitimando, ainda, a própria aplicação do direito punitivo”.⁷²

Importante ponto levantado ainda por Zilli é o de que a instrução é substancialmente diferente da investigação. Esta consiste na apuração do fato e da provável autoria, e tem como objetivo construir uma afirmação acusatória, enquanto aquela limita-se a uma acusação já apresentada e que tem como objetivo a prova da veracidade ou não do que nela se afirma. Dessa forma, para o autor, a complementação probatória feita pelo magistrado durante a instrução seria natural do exercício do poder jurisdicional, que consiste no accertamento fático e, portanto, implica a apuração da veracidade ou não da imputação. E, nesse ponto, o Projeto do novo CPP acertou ao não alijar o julgador de qualquer iniciativa instrutória que vise ao esclarecimento de dúvidas sobre pontos importantes para o julgamento.⁷³

No entanto, a iniciativa probatória, para Zilli, não deve receber o mesmo tratamento na fase de investigação, em que o juiz não pode assumir o papel de investigador, o que, no entanto, não o proíbe, segundo o Projeto do novo CPP, de decidir, quando provocado, acerca de medidas cautelares restritivas de direitos e garantias fundamentais. O autor destaca que:

“Realmente, o que se coíbe é a atuação investigatória e não o exercício de atividade jurisdicional que lhe cabe em qualquer das fases da persecução. E é especialmente nesse ponto que o Projeto é inovador. Com efeito, a proposta abraça uma nova dimensão da função judicial na fase preliminar, consagrando o que se denominou de **‘juiz das garantias’**. Trata-se de uma vigorosa mensagem que reafirma o papel do juiz como guardião da legalidade e dos direitos individuais no curso da investigação, afastando-o, portanto, de uma concepção fortemente inquisitória que o focava como ator interessado no resguardo do sucesso da própria atividade investigatória”. (grifo nosso)⁷⁴

Ademais, o juiz tem direito também de ter dúvidas sobre a prova produzida pelas partes, e não se lhe pode impedir que as esclareça. Sob esse prisma, a atividade probatória do juiz deve ser admitida e é mesmo condição para

⁷² ZILLI, Marcos. Os atores e seus papéis. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, Edição Especial, ago. 2010, p. 19.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

que se viabilize o processo penal, e se difere sobremaneira da proposição da prova.

75

No entanto, Prado ressalta que não é isso o que ocorre atualmente no processo penal brasileiro, em que:

“[...] a regra de produção de provas pelo juiz, de ofício, tão só consolida aquilo que desde as Ordenações, passando pelo Código de Processo Criminal do Império, de 29 de novembro de 1932 e pelas Reformas Processuais de 3 de dezembro de 1841 e 20 de setembro de 1871, tornara-se regra em um ambiente em que a Intendência, espécie de Secretaria de Segurança Pública, fora desde o início entregue a um desembargador, juiz de corte superior.”

“Hoje, a volta a esse estado de coisas não pode ser compreendida como evolução. A artificial designação de sistema adversarial, para definir o acusatório em que a inércia do probatória do juiz é regra, para distingui-lo de outro sistema acusatório em que o juiz tem poderes instrutórios, só atende ao propósito de tentar prolongar a vida do Código de Processo Penal de 1941, da era autoritária, daquilo que nele é central, tal seja, a filosofia de que se trata de instrumento da política de segurança pública do Estado e não de previsão das regras do devido processo legal, conforme a Constituição da República de 1988”.⁷⁶

No contexto dessa discussão, Paulo César Busato defende a necessidade de não somente haver, num sistema tido como acusatório, uma distinção entre o órgão da acusação e o órgão julgador, com o Ministério Público promovendo, privativamente, a ação penal pública, mas também que haja um o juiz afastado da persecução penal, sendo retirada de suas mãos a gestão da prova, a fim de que seja preservada a sua imparcialidade. Tal quadro revela a condição de parte do Ministério Público, assim como a condição do juiz de destinatário da produção da prova pelas partes e de responsável pela prestação jurisdicional suscitada por elas.⁷⁷

⁷⁵ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009, p. 151.

⁷⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 140.

⁷⁷ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: Um estudo sobre os sujeitos do processo em um sistema acusatório. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 2, n.1, p. 103-126, jan./jul. 2010, p. 110.

Novamente citando Busato, no ponto em que se refere ao modelo proposto pelo projeto de reforma do CPP:

“Claro que o projeto preserva ainda, e assim refere, alguma participação do juiz na construção do processo, com isto demonstrando ainda não ter assumido completamente o perfil acusatório, já que afirma que ‘não se optou pelo juiz inerte’, introduzindo a figura de um juiz de garantias responsável, inclusive pela adoção de medidas cautelares ‘quando destinadas a protelar o regular exercício da função jurisdicional’”.⁷⁸

Diante do exposto, conclui-se pela impossibilidade de se dizer que um sistema é acusatório simplesmente por apresentar separação entre as atividades de acusar e julgar, uma vez que o processo penal é muito mais complexo e envolve muito mais elementos caracterizadores.⁷⁹

Um sistema que se diz acusatório deve, além disso, apresentar um juiz que assuma uma posição de alheamento em relação à produção probatória, sob pena de intervir na atividade do acusador e com ele acabar se confundindo, apesar de ter havido uma inicial distinção entre a atuação dos dois órgãos.⁸⁰

Aury Lopes Júnior aponta diversos exemplos previstos no CPP dessa postura intervencionista do juiz, enquanto que essa deveria ser de distanciamento, como a possibilidade de ele poder determinar de ofício uma prisão preventiva (art. 311), assim como busca e apreensão (art. 242) e o sequestro (art. 127), além de poder ouvir testemunhas além das indicadas (art. 209), proceder ao reinterrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196), entre outros.⁸¹

Para o autor, o sistema acusatório caracteriza-se, essencialmente, para além da separação entre acusador e julgador, pelo respeito ao princípio do contraditório e da imparcialidade:

⁷⁸ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: Um estudo sobre os sujeitos do processo em um sistema acusatório. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 2, n.1, p. 103-126, jan./jul. 2010, p. 107-108.

⁷⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 72.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 73.

⁸¹ *Ibidem*, p. 72.

“Todas essas questões giram em torno do binômio sistema acusatório e imparcialidade, porque a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.”

“[...] É um erro separar em conceitos estanques a imensa complexidade do processo penal, fechando os olhos para o fato de que a posição do juiz define o nível de eficácia do contraditório e, principalmente, da imparcialidade”.⁸²

Lenio Luiz Streck também defende que a caracterização do sistema acusatório deve superar a questão da atribuição a órgãos diferentes das tarefas de acusação e julgamento, mas vai além, na medida em que sustenta que se deve, no referido sistema, delinear o papel do juiz, não se permitindo que o juiz decida simplesmente por seu livre convencimento, uma vez que este dá margem a discricionariedades e arbitrariedades. Assim expõe o seu raciocínio:

“Ora, é por essas razões que não creio que o velho (e atual) CPP e o anteprojeto do que deverá ser o ‘novo’ CPP tenham passado perto dessa discussão filosófica. Ao fazer-se uma análise do problema ‘de como decidir’ à luz da filosofia da linguagem, ficará evidente que as teorias que apostam na vontade do intérprete (e esse é, efetivamente, ‘o problema’ do ‘livre convencimento’) acabam gerando/possibilitando discricionariedades e arbitrariedades.”

“Dito de outro modo: qualquer teoria que aponte para essa ‘delegação’ em favor do intérprete (no caso, o julgador) sofre de um letal déficit democrático. E aí não adiante ‘estar’ no sistema inquisitivo ou no acusatório. Neste caso, tanto faz, porque, com essa ‘delegação’, qualquer distinção entre os dois modelos desaparece. Veja-se, pois, a gravidade disso.”⁸³

O autor afirma, ainda, que mais importante que a distinção entre os órgãos da acusação e da defesa, para se atingir um sistema acusatório, é trabalhar o grau de legitimidade do provimento jurisdicional, o que pode ser feito pela observância do princípio do contraditório e pela conformidade constitucional da decisão.⁸⁴

⁸² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 73.

⁸³ STRECK, Lenio Luiz. Sístoles e diástoles em torno do sistema acusatório: o “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 11-36, abr./jun. 2010, p. 17.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 27.

Concluindo essa exposição, importante ressaltar que o sistema acusatório, ao coadunar com o ideal de uma sociedade democrática, constitui o perfil de um processo penal moderno. Nesse sistema, garante-se uma postura imparcial do juiz, que busca a realização da justiça, respeitando a dignidade do acusado, que passa de mero objeto de investigação a parte passiva do processo penal, ao contrário do juiz inquisidor, que busca antes a realização do direito penal e, assim, concorre para a investigação dos fatos, tratando, muitas vezes, o suspeito como condenado desde o início da investigação.⁸⁵

Nas palavras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

“[...] O Sistema Acusatório não é e nunca foi sinônimo da impunidade, algo, por sinal, por que se reclama tanto do sistema atual. Trata-se isso sim de um sistema que realça o papel das partes a começar por aquele do juiz não só por compatibilizá-lo com os ditames constitucionais mas, sobretudo, em razão de permitir que se caminhe na direção de uma maior democracia processual”.⁸⁶

Após esse breve estudo acerca dos sistemas acusatório e inquisitório, é interessante fazer uma análise de qual seria a estrutura do nosso Código de Processo Penal. Mas, antes disso, mostra-se necessária uma análise de alguns pontos da história do processo penal pátrio.

A Constituição de 1824 previu, em seu artigo 179, “direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”, seguindo as tendências liberais dominantes século XIX e, nesse espírito, no plano específico do processo penal, foram editadas as Decisões n.º 78 e n.º 81. Elas determinavam que os juízes fundamentassem as sentenças e que declarassem sua incompetência caso atuassem na fase de devassa. No entanto, o primeiro Código de Processo Penal brasileiro foi editado

⁸⁵ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009, p. 148.

⁸⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-116, jul./set. 2009, p.115.

apenas em 1832, tendo sido denominado de Código do Processo Criminal de Primeira instância.⁸⁷

Geraldo Prado salienta que a análise do processo criminal do Império deve ser feita levando-se em conta o contexto histórico e a evolução dessas normas em relação às anteriores, apesar de, por exemplo, haver excesso de poder nas mãos dos magistrados. Em suas palavras:

“[...] se considerarmos a brutalidade dos procedimentos das Ordenações Filipinas haveremos de acatar a tese da evolução do sistema processual que as sucedeu, em que pese a intensa concentração de poderes nas mãos dos juízes de direito, municipais e de paz, encarregados de deflagrar o processo penal condenatório, por crime público, independentemente de provocação do ofendido ou de qualquer do povo”.

“Cumpre salientar que, ao lado da atuação judicial ex-officio, que permitia ao magistrado iniciar e formar o corpo de delito e iniciar e concluir a sumária inquirição das testemunhas (sumário de culpa), havia as designadas ação penal pública (a cargo do promotor público ou de qualquer do povo, ut civis), particular e as denúncias policiais”.⁸⁸

Em 1889, com a proclamação da República, foi introduzido o modelo federalista no país, tendo sido permitido que os estados membros da Federação pudessem legislar sobre processo penal. Conseqüentemente, instaurou-se uma pluralidade processual que prejudicou a aplicação da lei penal e permitiu que convivessem princípios incompatíveis, tais como julgamento oral e processo escrito para a instauração ou formação da culpa, e ainda contraditório pleno no julgamento e contraditório restrito no sumário da culpa, entre outros.⁸⁹

Em vista disso, o artigo 11 das disposições transitórias da Constituição de 1934 determinou que se nomeasse uma comissão de juristas para elaborar um projeto de um novo código unificado, o que foi feito em 1935. Nessa ocasião, cogitou-se a adoção do juizado de instrução. Em 1937, já após a instalação

⁸⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 169-170.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 170.

⁸⁹ *Ibidem*.

do Estado-Novo, foi editado do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, o nosso atual Código de Processo Penal.⁹⁰

Renato Casagrande, Senador Relator-Geral da Comissão Temporária de Estudo da reforma do Código de Processo Penal, ressaltou, referindo-se ao contexto da edição do atual CPP, que se faz necessária a adoção de um Código de Processo Penal moderno, adequado aos preceitos da Constituição Federal de 1988. Assim se expressou acerca desse ponto:

“O atual CPP data de outubro de 1941, editado por Decreto-lei em pleno Estado Novo, com o Congresso Nacional fechado. Trata-se de um diploma inadequado à realidade contemporânea. O tempo presente exige um estatuto que prime pela eficiência, que não abrigue formalismos e procrastinações destituídos de sentido, que contribua para tornar o processo penal mais simples, mais célere e democrático”.⁹¹

Falando agora acerca da estrutura de nosso CPP, começamos com a opinião de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, para o qual nosso Código de Processo Penal configura um sistema misto, contendo uma base inquisitorial à qual são agregados elementos típicos da estrutura acusatória.

Para o referido autor, o CPP tem uma base inquisitorial na medida em que há a sobreposição do órgão jurisdicional ao órgão de acusação, especialmente quando o primeiro se coloca como senhor do processo, apto a mandar produzir provas a qualquer momento. Ele ressalta o polêmico artigo 156 do diploma processual penal como exemplo de um dos instrumentos legais colocados à disposição do juiz que lhe oferece condições ilimitadas para a busca e produção da prova.

Coutinho assim conclui:

“O sério problema que surge – com certo ar de naturalidade – é que esse mesmo órgão jurisdicional que investiga e produz provas vai, depois, julgar, ou seja, acertar o caso penal. Isso, por si só, faz pensar na falta de imparcialidade (tomada como equidistância das

⁹⁰ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 171.

⁹¹ CASAGRANDE, Renato. A urgência de um novo Código de Processo Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-116, jul./set. 2009, p. 189.

partes e seus pedidos) e, por suposto, no vilipêndio daquilo que é, para alguns, quase sacro na Constituição: o lugar que a nação delega a quem é investido do poder jurisdicional, mormente para decidir, por ela, contramajoritariamente”.⁹²

De fato, o CPP contém diversos dispositivos característicos de um sistema com base inquisitorial. Para Renato Casagrande:

“O atual Código conserva ainda muitos vícios inerentes ao pensamento autoritário que dominou sua época. Em inúmeros de seus dispositivos, notam-se claramente traços inquisitoriais que fragilizam direitos e garantias constitucionais do acusado. Esquece da vítima. Permanece refém de um excessivo formalismo. Revela-se, por fim, assistemático e confuso em alguns dos seus títulos e capítulos, depois de tantas alterações parciais”.⁹³

Um primeiro exemplo é a previsão de o juiz poder representar à autoridade policial a instauração de inquérito policial (art. 5º, II do CPP). Para Geraldo Prado, essa autorização legal, e também a de que o juiz possa noticiar crime de ação pública diretamente ao Ministério Público, fazem com que o julgador forme um juízo de valor prévio a respeito da existência do crime, o que compromete a sua imparcialidade. O autor opina no sentido de que a base de sustentação para as referidas autorizações legais parecem situar-se na necessidade de repressão penal, uma vez que, na grande maioria dos casos, tem-se em vista o interesse predominantemente público na tutela penal dos bens jurídicos.⁹⁴

E ainda:

“A medida da violação do sistema, porém, corresponde ao anseio de não deixar de fora da persecução penal fatos que, de ordinário, não chegariam ao conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, critério de ordem política que, incidindo no campo do processo, ainda que antes da instauração deste, pode ser equilibrado pelo afastamento do feito daquele juiz que noticiou a infração”.⁹⁵

⁹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-116, jul./set. 2009, p.111.

⁹³ CASAGRANDE, Renato. A urgência de um novo Código de Processo Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-116, jul./set. 2009, p. 191.

⁹⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 174.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 175.

Prado conclui, nesse ponto, que, se por um lado se admite, em situações excepcionais, que a instauração do inquérito policial resulte de iniciativa do juiz, por outro, a intervenção do magistrado nos rumos da investigação criminal representa afronta ao princípio acusatório. Isso porque não há, no sistema acusatório, fundamento para que o juiz, por exemplo, avalie o material probatório colhido, indique diligências a serem realizadas ou interfira na atuação do Ministério Público. Para o autor:

“A imparcialidade do juiz, ao contrário, exige dele justamente que se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune aos preconceitos que a formulação antecipada de uma tese produz, alheia ao mecanismo do contraditório”.⁹⁶

No entanto, observa-se justamente uma tendência de que o juiz atue na fase pré-processual apenas para decidir acerca de medidas cautelares relativas a direitos fundamentais.

Outro exemplo é o que está previsto no art. 28 do CPP, que, para Walter Nunes da Silva Júnior, encontra-se revogado a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Isso porque o referido dispositivo legal possibilita a provocação direta da persecução criminal pelo juiz, enquanto a Carta Magna prevê a iniciativa privativa do Ministério Público quanto aos crimes de ação penal pública.

Para o autor:

“Sob essa ótica, o art. 28 do Código de Processo Penal representa reminiscência do sistema inquisitivo, presente em nosso ordenamento processual até a instauração da nova ordem constitucional, ocorrida com a promulgação da Lei Maior de 1988. Daí a razão pela qual, a partir de então, no tornar privativo do Ministério Público o impulso quanto aos crimes de ação penal pública, constituindo-o, assim, em essência, o dominus litis da ação, todos os dispositivos do diploma processual penal não consentâneos com esse mandamento foram, implicitamente, revogados”.⁹⁷

Também resquício do sistema inquisitorial é a questão da *mutatio libelli* (art. 384, caput e parágrafo único do CPP), que, por permitir ao juiz que

⁹⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 175.

⁹⁷ SILVA JR., Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 560.

provoque o ajuizamento da ação penal em relação a fato criminoso não constante da denúncia, para que seja imputada ao acusado tipo penal diverso, não se coaduna com o sistema acusatório, por haver cooperação do juiz quanto à pretensão persecutória.⁹⁸

Por fim, vale assinalar uma característica inquisitória de nosso processo penal que tem caráter simbólico. Trata-se da posição ocupada nas audiências pelo Ministério Público que, por previsão das leis orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais e do Ministério Público Federal, coloca-se ao lado (à direita) do juiz ou do presidente do órgão jurisdicional colegiado, o que passa uma imagem de superioridade da acusação em relação à defesa.⁹⁹

Assim assinala Walter Nunes da Silva Júnior quanto a esse ponto:

“De acordo com o sistema acusatório, no qual o Ministério Público é parte e não tem posição de destaque em relação à defesa do acusado, autor e réu devem sentar-se à mesa de audiência da mesma forma como se faz no processo civil. Até porque a audiência deve retratar fielmente a figura triangular que representa graficamente a relação processual, de modo que o juiz deve ficar equidistante das partes, no vértice do triângulo, enquanto estas devem ocupar, na mesma linha, cada um dos dois lados opostos.”¹⁰⁰

Vale, feitas essas observações, assinalar a opinião de Geraldo Prado, para quem, apesar de a Constituição Federal ter se filiado ao sistema acusatório, há diversas formas inquisitórias no processo penal brasileiro, o que faz com que ele seja misto, e também com que prevaleça, no Brasil, a teoria da aparência acusatória. Para ele, “O princípio e o sistema acusatórios são, por isso, pelo menos por enquanto, meras promessas, que um novo Código de Processo Penal e um novo fundo cultural, consentâneo com os princípios democráticos, devem tornar realidade”.¹⁰¹

⁹⁸ SILVA JR., Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 563.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 557.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 558.

¹⁰¹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 195.

Apesar de nosso Código de Processo Penal possuir matriz inquisitória, a Constituição Federal de 1988 claramente se filiou a um modelo de processo penal orientado pelo princípio acusatório. Não obstante essa filiação não estar expressa no texto constitucional, isso pode ser percebido em diversos dispositivos que contêm previsões tais como: a titularidade exclusiva da ação penal pública pelo Ministério Público (art. 129, I), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), o devido processo legal (art. 5º, LIV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e a exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX).¹⁰²

Verifica-se, assim, verdadeiro descompasso entre o modelo previsto pelo CPP e o adotado pela Constituição, sendo que, para Geraldo Prado, “todos os dispositivos do CPP que sejam de natureza inquisitória são substancialmente inconstitucionais e devem ser rechaçados”.¹⁰³

O mesmo autor ainda assinala, como exemplo desses dispositivos, o criticado art. 156 do CPP, na medida em que este confere iniciativa probatória ao juiz, o que fulmina a sua imparcialidade, sendo que “o sistema acusatório exige um juiz-espectador, e não um juiz-ator (típico do modelo inquisitório)”.¹⁰⁴

Assim, sobre o referido dispositivo, e reforçando o que já foi dito:

“[...] se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição do crime, enquanto fato histórico, através da instrução probatória, é a gestão da prova o princípio unificador que irá identificar se o sistema é inquisitório e não acusatório. Se a gestão da prova está nas mãos do juiz, como ocorre no nosso sistema, à luz do **art. 156 (entre outros)**, estamos diante de um sistema inquisitório (juiz-autor). Contudo, quando a gestão da prova está confiada às partes, está presente o núcleo fundante de um sistema acusatório (juiz-espectador)”.¹⁰⁵ (grifo nosso)

A despeito dessa contradição, como foi dito no início deste capítulo, o Projeto do novo CPP prevê expressamente a adoção do sistema acusatório em seu art. 4º. Para Leonardo Augusto Marinho Marques, a redação desse dispositivo é

¹⁰² PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 182.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 183.

¹⁰⁵ Ibidem.

falha na medida em que diz que os limites da estrutura acusatória estão definidos no Projeto, enquanto deveria dizer que eles se encontram na Constituição, já que é a Carta Magna que confere legitimidade ao processo penal.¹⁰⁶

O autor faz essa ressalva, mas enumera uma série de artigos do Projeto que confirmam a sua intenção, tais como: art. 63 (interrogatório previsto como direito de defesa); art. 71 (no interrogatório em juízo, as perguntas sobre condições pessoais, oportunidades de desenvolvimento pessoal e conduta social são feitas pelo juiz, enquanto as relacionadas ao fato ficam a cargo das partes); art. 162 (provas devem ser propostas pelas partes, sendo facultado ao juiz que esclareça dúvida acerca da prova produzida por elas); art. 175 (as perguntas às testemunhas devem ser formuladas diretamente pelas partes); entre outros.¹⁰⁷

Sobre a adoção do sistema acusatório pelo Projeto, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho assim afirma:

“Neste caso, a opção pela base do Sistema Acusatório é uma prestação de contas com a realidade, principalmente porque depois de 1988 não mais faz sentido – começando pela inconstitucionalidade – nenhum ordenamento que se coloque de forma incompatível com a Constituição”.¹⁰⁸

O mesmo autor destaca que, no Projeto do novo CPP, a gestão da prova sai das mãos do juiz, que passa a ocupar a função que lhe foi constitucionalmente reservada, qual seja, a de garante da ordem constitucional e, conseqüentemente, do cidadão. Nesse contexto, foi criado o *Juiz das Garantias*, com atuação restrita à Investigação Preliminar, a fim de controlar a observância dos direitos e garantias fundamentais nessa fase, não tendo competência para sair à cata de provas.¹⁰⁹

¹⁰⁶ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009, p. 151.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-116, jul./set. 2009, p.113.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 114.

Para Mauro Fonseca de Andrade, é necessário que seja feito um exame cuidadoso do sistema acusatório proposto pelo Projeto, a fim de que se verifique se os seus dispositivos realmente guardam relação com o sistema acusatório.¹¹⁰

Para esse autor, três são os critérios de política criminal levados em conta pelo legislador na hora de escolher o sistema que orientará o processo penal, quais sejam: a) grau de imparcialidade que se deseja atribuir aos juízes criminais; b) grau de eficiência da repressão criminal; e c) grau de tecnicidade da repressão criminal.¹¹¹

Sobre o grau de imparcialidade dos juízes, Mauro Fonseca Andrade opina que a proibição de iniciativa do juiz na fase de investigação, prevista no art. 4º do Projeto, parece ser uma resposta direta ao inciso I do art. 156 do atual CPP, mas que, segundo a Exposição de Motivos, essa vedação visa a uma explicitação do princípio acusatório. Discordando desse fundamento, ele diz ser inviável que o princípio acusatório restrinja a atuação do juiz na fase de investigação, uma vez que aquele nada mais é que a necessidade de haver um acusador distinto do juiz. Verifica-se que sua opinião é claramente oposta às de alguns autores expostas anteriormente, e notadamente à de Aury Lopes Júnior.¹¹²

Andrade, continuando a analisar o referido art. 4º, critica sua parte final, que dispõe sobre a vedação de substituição da atuação probatória do órgão da acusação. Para ele, por esta proibição estar dirigida a apenas um dos lados da relação processual, o juiz está autorizado a produzir prova de ofício em benefício do réu (apesar de não a seu desfavor, substituindo a acusação), o que configura o chamado juiz-defensor, figura que não guarda relação com o sistema acusatório, que só prevê historicamente dois modelos de juiz, o ativo e o inerte. O juiz-defensor, pelo contrário, segundo o autor, está umbilicalmente ligado ao sistema inquisitivo.¹¹³

¹¹⁰ ANDRADE. Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 167-188, jul./set. 2009, p. 171.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Ibidem*, p. 171-172.

¹¹³ *Ibidem*, p. 174.

Por fim, Mauro Fonseca de Andrade destaca, ainda no contexto da imparcialidade dos magistrados, a criação do juiz das garantias, que provocará mudanças no critério da prevenção. Isso porque, hoje, o juiz que atua na investigação preliminar fica prevento a atuar no processo e, com o juiz das garantias, abandonar-se-á o critério da prevenção e a fim de se observar o da exclusão daquele juiz da fase de investigação em relação à futura fase processual. O autor, no entanto, discorda do fundamento da criação do juiz das garantias de que juiz prevento é juiz contaminado, ou seja, de que o juiz que tem contato com as provas durante o inquérito é ferido em sua imparcialidade.¹¹⁴

À guisa de conclusão sobre o modelo adotado pelo Projeto do novo CPP, leia-se a de Leonardo Augusto Marinho Marques:

“Se assim for aprovado, **o Projeto número 156 de 2009, encerra a tradição inquisitória da produção da prova de ofício pelo juiz**, que se iniciou no período das Ordenações com a adoção das inquisições-devassas do Direito Canônico. A instrução de ofício pelo juiz se perpetuou no Código de Processo Criminal de 1832 e nas reformas seguintes, promovidas em 1841 e em 1871, com o procedimento de formação antecipada da culpa, que antecedia a fase processual. Esta tradição permaneceu viva no Código de 1941, com os poderes instrutórios que permitiam ao juiz produzir prova, antes do julgamento, logo após o encerramento da instrução (artigo 156). E, lamentavelmente, não se modificou com a reforma parcial promovida pela Lei 11.960 de 2008. O Código de Processo Penal reformado continuou concedendo ao juiz a oportunidade de produzir prova antes de proferir a sentença”.¹¹⁵ (grifo nosso)

¹¹⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 167-188, jul./set. 2009, p. 180.

¹¹⁵ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009, p. 152.

3 O JUIZ DAS GARANTIAS

Como explicitado na parte introdutória deste trabalho, o Projeto de Lei do Senado n. 156/2009, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados como o Projeto de Lei n. 8045/2010, pretende estabelecer uma reforma global no atual Código de Processo Penal, que vige desde 1941, a fim de que o novo diploma processual penal se mostre adequado à ordem constitucional instaurada em 1988.

Sobre o atual CPP já passaram três ordens constitucionais diferentes, além de já terem sido operadas diversas reformas legislativas pontuais, fora a sedimentação de jurisprudência, sobretudo da Suprema Corte, que procurou adaptar a aplicação das normas processuais penais às diretrizes da Constituição Federal de 1988, a denominada “Constituição Cidadã”.¹¹⁶

Sentiu-se a necessidade, então, de uma alteração mais profunda e sistemática de nosso CPP, o que se concretizou com o aludido Projeto de Lei. Sobre essa reforma, assim assinala Abel Fernandes Gomes:

“Não obstante, e até mesmo devido a tantas alterações legislativas e diretrizes jurisprudenciais adotadas no curso de seis décadas, é de se reconhecer necessária e importante a consolidação de tais modificações no texto do próprio CPP de modo sistemático, sobretudo se a reforma procura retratar exatamente a concreta evolução histórica, social e jurídica do sistema processual penal do Brasil, ainda que com enfoque exclusivo da ordem constitucional de 1988, sob pena de configurar apenas uma ideologia, incapaz de encontrar correspondente na realidade vivida”.¹¹⁷

Nesse contexto, e como dito anteriormente, a Carta Magna, apesar de não dizer expressamente, claramente adotou um modelo de processo penal orientado pelo princípio acusatório, linha que foi seguida pelo PLS n. 156/2009, o que foi explicitado no item II de sua Exposição de Motivos. O item III, então, dispôs

¹¹⁶ GOMES, Abel Fernandes. “Juiz das garantias”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIV, n. 51, out./dez. 2010, p. 99.

¹¹⁷ *Ibidem*.

que, para a consolidação desse modelo, a instituição do *juiz das garantias* seria de rigor, e esclareceu, ainda, que:

“[...] o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz *de inquéritos*, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais”.¹¹⁸

Ainda segundo a Exposição de Motivos, as finalidades da instituição do juiz das garantias são as seguintes: (i) a otimização da atuação jurisdicional, alcançada pela especialização da atuação dos magistrados; e (ii) o distanciamento do juiz que irá atuar durante a fase processual em relação aos elementos probatórios produzidos durante a fase de investigação preliminar e destinados ao órgão da acusação.¹¹⁹

O juiz das garantias é, de longe, a figura mais polêmica do Projeto, até porque a sua instituição irá provocar profundas mudanças na forma como a persecução penal é operada atualmente. É necessário, num primeiro momento, a fim de que se possa analisá-lo posteriormente, compreender seu âmbito de atuação, ou os exatos limites de sua competência.

O instituto está previsto no Capítulo II do Título II do Livro I do texto projetado, do art. 14 ao art. 17. O *caput* do art. 14 dispõe que:

“O juiz das garantias é responsável pelo **controle da legalidade da investigação criminal** e pela **salvaguarda dos direitos individuais** cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: [...]” (grifo nosso).¹²⁰

Mauro Fonseca Andrade assim assinala:

¹¹⁸ AMPERJ - Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/emails/PLS156-09.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2012.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>> Acesso em: 31 out. 2012.

“Controle e garantia foram as pedras de toque – ou, no dizer de Ferraioli, ‘*i due poli di aggregazione*’ – que motivaram o legislador a delimitar a ação do juiz das garantias, embora uma terceira – atinente ao resguardo da prova que necessite ser produzida antecipadamente – também fizesse parte dessa incumbência”.¹²¹

O papel do juiz das garantias consiste, pois, essencialmente em controlar a legalidade da investigação criminal e em salvaguardar os direitos individuais do investigado, cabendo-lhe tomar ciência do inquérito policial, assim como decidir acerca dos pedidos da autoridade policial e do Ministério Público relativos a medidas cautelares, tais como prisão temporária e preventiva, busca e apreensão e interceptação telefônica.¹²²

O referido art. 14 enumera, nos seus primeiros dezesseis incisos, uma série de competências do juiz das garantias relacionadas às funções dispostas no *caput*, tais como zelar pela observância dos direitos do preso (inciso III), ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal (inciso IV), decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas (inciso VII), decidir sobre pedidos de meios de obtenção de prova que restrinjam os direitos fundamentais do investigado (inciso XI) e arquivar o inquérito policial (inciso XIV), dentre outras. O inciso XVII prevê, por fim, entre as competências do juiz das garantias, “outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo”, o que constitui uma hipótese aberta que, na prática, impede que atue no processo qualquer juiz que tenha atuado na fase de investigação.¹²³

Ao se separar o juiz das garantias, com atuação durante a fase de investigação preliminar, do juiz do processo, busca-se que este não seja contaminado pelo contato com os elementos probatórios colhidos durante a fase anterior. Pretende-se o alcance do justo processo, em que o juiz que aprecia o mérito da causa seja um terceiro imparcial, alheio aos interesses das partes.¹²⁴

¹²¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 78.

¹²² REALE JÚNIOR, Miguel. O Juiz das Garantias. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, v. 10 n. 43 out./dez. 2011, p. 101.

¹²³ BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>> Acesso em: 31 out. 2012.

¹²⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 103.

O fato de se pretender que o juiz do processo seja uma figura imparcial não significa que essa tão almejada imparcialidade vá ser atingida, mas apenas tenta-se oferecer condições que facilitem sua observância.¹²⁵

Até porque, como bem assinala Miguel Reale Júnior, o processo decisório do juiz é, em seu íntimo, um processo complexo, e tem a influência de fatores diversos, como a conformação cultural do julgador, sua vivência, valores, estudos e convicções, “de modo que, muitas vezes, antes intui o justo do que forma sua convicção no processo de motivação da sentença”.¹²⁶

No entanto, tem que se ter em mente que o juiz das garantias não exerce função acusatória. Ele não é um juiz investigador, ou seja, não age de ofício, apenas decidindo acerca das medidas cautelares solicitadas pela autoridade policial ou pelo Ministério Público. Fabiano Augusto Martins Silveira assim sintetiza a atuação do juiz das garantias:

“Em resumo, o juiz das garantias envolve-se na trama investigativa. Afinal, é o destinatário de todos os pedidos de diligências que interfiram na esfera de direitos do investigado, além de decidir sobre as medidas cautelares. A diferença é que ele não impulsiona o inquérito. O que lhe cabe é zelar pela regularidade da investigação, sobretudo quando se franqueiam direitos fundamentais. Ao juiz das garantias podem recorrer tanto a polícia e o Ministério Público, de um lado, como o investigado, do outro, de maneira que a investigação não saia das margens legais. Juiz de salvaguardas. Peça-chave no modelo acusatório em construção”.¹²⁷

Dessa forma, apesar de a **separação entre as funções judiciais relativas à investigação e ao processo** ser uma experiência consolidada na experiência internacional, a proposta de atuação do juiz das garantias distingue-se, sobremaneira, do juiz da instrução em Portugal, do *juez de garantía* no Chile e do *giudice per le indagini preliminari* na Itália. Na legislação estrangeira, verifica-se a existência de um juizado de instrução, em que o juiz tem o poder de intervir na determinação da produção probatória, assim como na proposição da ação penal.

¹²⁵ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 46, n. 183, jul./set. 2009, p. 90.

¹²⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. O Juiz das Garantias. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, v. 10 n. 43 out./dez. 2011, p. 100.

¹²⁷ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Op. cit., p. 90.

Assim, as atribuições do juiz de instrução são muito mais amplas que as do juiz das garantias.¹²⁸

No entanto, Aury Lopes Júnior faz uma crítica no sentido de que de nada adianta, quando se pretende preservar a estrutura acusatória, a imparcialidade do julgador e o contraditório, que o juiz das garantias não tenha autorização para agir de ofício, enquanto o juiz da fase da instrução penal pode, por iniciativa própria, prender ou ir atrás de provas, por exemplo. Nas palavras do autor:

“O projeto, desde o art. 4º, veda a iniciativa de ofício do juiz durante a investigação preliminar, mas, incompreensivelmente, autoriza esse mesmo ativismo na fase processual, desconsiderando que, desde uma perspectiva de pré-juízo ou mesmo da imparcialidade objetiva (estética de imparcialidade), a iniciativa de ofício deve ser vedada sempre! É o alheamento (*terzietà*) que cria condições de possibilidade da imparcialidade e da própria estrutura acusatória. Tudo isso cai por terra - pois se trata de uma complexa engrenagem - quando o juiz pode prender ou ir atrás da prova, de ofício, qualquer que seja a fase! Em suma, a atuação de ofício do juiz durante o processo é tão ou mais danosa para a estrutura acusatória, a imparcialidade e o próprio contraditório, do que aquela desempenhada na investigação preliminar (a qual também deve ser vedada, por elementar)”.¹²⁹

Para Fabiano Augusto Martins Silveira, a separação entre o juiz da investigação e o juiz do processo é um *refinamento* do processo penal acusatório, ou uma continuação do processo que se iniciou com a separação entre o órgão da acusação e o julgador:

“A separação física entre juiz da investigação e juiz do processo é resultado de um percurso evolutivo que tem início, historicamente, na descentralização das funções de julgar e acusar. Juiz e Ministério Público descolaram-se um do outro. Esse rito de passagem – traumático em alguns países, como na Itália de hoje – foi decisivo para o debacle do paradigma inquisitorial. Agora, o juiz do processo quer descolar-se do juiz da investigação. Chegamos, então, a um nível de maior refinamento do processo penal acusatório, cuja estrutura aponta, por um lado, para a distinção dos papéis do juiz e do Ministério Público, e por outro, para a diferenciação interna do

¹²⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. O Juiz das Garantias. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, v. 10 n. 43 out./dez. 2011, p. 111.

¹²⁹ LOPES Jr., Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...). *Boletim IBCCRIM*, ano 18, Edição Especial, Agosto 2010, p. 07.

órgão judicial. Nos dois casos, fala mais alto o ideal de imparcialidade, sempre perseguido, dificilmente alcançado”.¹³⁰

É relevante destacar, nesse ponto, que o art. 16 do Projeto prevê que o juiz que, durante a fase de investigação, pratique qualquer ato incluído entre as competências elencadas no art. 14, ficará impedido de atuar no processo. Essa previsão é oposta à do atual Código de Processo Penal, em que a competência do juiz é fixada pelo critério da **prevenção**:

“Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c)”.¹³¹

Outro ponto importante: as decisões do juiz das garantias não vinculam o juiz do processo. Este pode revogar uma prisão preventiva decretada ou decretar uma prisão preventiva não determinada pelo juiz das garantias, por exemplo. Isso se encontra disposto no § 2º do art. 15 do Projeto: “As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso”.¹³²

A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e tem fim no momento da propositura da ação penal (art. 15, *caput*). Como esclarece Fabiano Augusto Martins Silveira, a distribuição da ação penal é o divisor de águas da atuação do juiz das garantias:

“Noutros termos, qualquer matéria que reclame intervenção judicial na fase de investigação seria da competência do juiz das garantias. Com a propositura da ação penal, ele se despede, passando o bastão para o juiz do processo, que decidirá as questões pendentes e reexaminará, se for o caso, a necessidade das medidas cautelares

¹³⁰ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 46, n. 183, jul./set. 2009. p. 89.

¹³¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 30 set. 2012.

¹³² BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>> Acesso em: 08 mar. 2013.

em curso. A distribuição da ação penal será, portanto, o divisor de águas”.¹³³

Apesar de as competências do juiz das garantias terem sido detalhadas nos incisos do art. 14 do PLS 156/09, no art. 314, inciso I do mesmo texto legal determinou-se que, nos crimes de competência originária dos tribunais, as funções do juiz das garantias devem ser exercidas por um membro da Corte respectiva, a ser escolhido na forma regimental, e que ficará impedido de atuar no processo como relator.

André Machado Maya ressalta que, nos tribunais de segunda instância e nas Corte Superiores, a prevenção é regra de fixação de competência, havendo, também nessas esferas, potencial risco de perda da imparcialidade dos julgadores, o que tornaria necessário, nos tribunais, a implantação de um órgão com função semelhante à desempenhada pelo juiz das garantias na primeira instância, sob pena de apenas nela restar garantida a imparcialidade do julgador, e

“[...] pondo-se a perder todo o resultado que pode ser alcançado com o juiz de garantias quando o recurso interposto em face da decisão de mérito for julgado por órgão judiciário de segunda instância que, anteriormente, já tenha analisado medida recursal ou habeas corpus referente ao mesmo feito, e, por isso, formado já uma convicção acerca do caso penal em questão, ou mesmo sobre a culpabilidade do acusado”.¹³⁴

Maya sugere a criação de um juizado de garantias, órgão jurisdicional a ser inserido na estrutura dos tribunais e com competência exclusiva para o reexame dos atos decisórios proferidos pelo juiz das garantias durante o inquérito e também das decisões proferidas pelo juiz singular durante a instrução criminal. Essa medida dispensaria uma reforma estrutural do Poder Judiciário nacional e possibilitaria a dissociação definitiva entre a fase de investigação

¹³³ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 46, n. 183, jul./set. 2009, p. 91.

¹³⁴ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal – da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

preliminar e a fase processual, dando efetividade ao princípio-garantia da imparcialidade jurisdicional.¹³⁵

Retomemos, agora, a exposição acerca dos objetivos da instituição do juiz das garantias, segundo a Exposição de Motivos do PL n. 156/2009. Maya assinala:

“[...] Com isso, preserva-se a imparcialidade do juiz competente para o julgamento do mérito da ação penal, evitando a sua contaminação subjetiva inerente à fase pré-processual, e otimiza-se a garantia do contraditório, viabilizando que o magistrado julgador tome contato com a prova e, portanto, forme sua convicção, apenas durante a investigação criminal, com a paritária participação da acusação e da defesa”.¹³⁶

A otimização da atuação jurisdicional seria proporcionada pelo processo de especialização, o que impulsionou a criação de varas de inquéritos policiais em capitais brasileiras como São Paulo, Belo Horizonte e Curitiba.

A imparcialidade do julgador seria atingida na medida em que ele não teria que emitir juízo sobre a oportunidade e conveniência de diligências que invadissem os direitos fundamentais do investigado, e muito menos sobre medidas cautelares, não ficando comprometido com o decidido na fase pré-processual.

Há muita discussão sobre se o juiz que tem contato com elementos probatórios durante a investigação criminal fica de fato contaminado ou não, se ele forma um convencimento prévio que dispensa a instrução criminal (que constituiria mera formalidade) ou se uma coisa não implica, necessariamente, a outra. Esse é, no entanto, apenas um dos pontos de atrito na doutrina em torno do juiz das garantias, pontos que analisaremos mais adiante.

Não há consenso hoje, na doutrina, acerca do propalado juiz das garantias. A fim de que se possa chegar a uma conclusão acerca da viabilidade e da necessidade do referido instituto, ou ao menos para que se possa ter uma visão

¹³⁵ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal – da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹³⁶ Idem. Outra vez sobre o juiz das garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, IBCCRIM, ano 18, n. 215, out. 2010, p. 14.

geral da discussão que se trava a seu respeito, faz-se necessário reunir o posicionamento de quem é favorável e contrário à sua criação.

Começando pelos posicionamentos favoráveis, Luiz Flávio Gomes opina que se garantiria ao juiz do processo ampla liberdade crítica em relação ao material colhido na fase de investigação, uma vez que o juiz que atua no inquérito policial (como atualmente ocorre, seja mantendo uma prisão em flagrante, seja decretando uma prisão preventiva, por exemplo) tende a assumir a perspectiva dos órgãos de investigação criminal, com prejuízo à imparcialidade de seu julgamento.¹³⁷

Por sua vez, André Machado Maya argumenta que, com a separação da persecução penal em dois momentos distintos, atribuindo-se a atividade de instruir e julgar o processo a um magistrado diferente daquele que acompanhou a investigação penal e a colheita dos elementos probatórios direcionados ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, a imparcialidade do juiz do processo é preservada. Além disso, reforça-se a garantia do contraditório, uma vez que o magistrado julgador toma contato com a prova e forma sua convicção apenas durante a instrução criminal, com a participação paritária da acusação e da defesa.¹³⁸

Maya explica que, na investigação criminal, há atos meramente ordenatórios e atos tipicamente investigativos, sendo que estes exigem do magistrado análise semelhante em intensidade e extensão à do mérito. São atos tais como: decisões sobre o *status libertatis* do investigado, sobre requerimentos de interceptações telefônicas e de quebras de sigilos bancário e fiscal e decisões sobre o deferimento ou não de medidas cautelares de natureza real, entre outros. Neles, o exame do *fumus commissi delicti* e o convencimento do juiz acerca de indícios suficientes de autoria do delito demonstram que o exame do material indiciário

¹³⁷ GOMES, Luiz Flávio. O Juiz de (das) Garantias Projetado pelo Novo Código de Processo Penal. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 11, n. 62, p. 238-241, jun./jul. 2010, p. 189.

¹³⁸ MAYA, André Machado. Outra vez sobre o juiz de garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, n. 215, out. 2010, p. 14.

produzido durante o inquérito não se restringe a mera formalidade, mas antes exigem uma análise mais profunda.¹³⁹

Para Simone Schreiber, o juiz competente para processar e julgar a ação penal que tenha tomado decisões referentes à fase investigatória fica contaminado, tornando mais difícil a tarefa da defesa de se fazer ouvir no processo, o que, nesse contexto, faz da regra instituidora do juiz das garantias um ponto de observância do sistema acusatório eleito pelo constituinte de 1988. A autora explica:

“Quando, finalmente, a investigação é encerrada com seu clímax, que é a chamada operação policial, na qual se expedem comumente mandados de busca e apreensão e de prisão cautelar, o juiz já está absolutamente familiarizado com os fatos. Ele participou ativamente da investigação policial e já formou um juízo sobre o que ocorreu, quem são as pessoas envolvidas etc. Nesse cenário, é evidente que a defesa entre em desvantagem, e sua fala já não merece a mesma atenção e credibilidade daquele juiz. Ademais, se foi ele próprio quem avaliou a pertinência e a legalidade das medidas probatórias realizadas na fase pré-processual, é bastante improvável que ele desqualifique a prova que foi produzida e mude de ideia quanto ao resultado que foi colhido”.¹⁴⁰

Zanóide de Moraes segue essa mesma linha de pensamento ao afirmar que o juiz que, num primeiro momento, entende haver elementos suficientes para investigar e acusar uma pessoa, não consegue posteriormente, na fase processual, desvencilhar-se desse juízo prematuramente formado acerca da sua culpa. Em suas palavras:

“Exige-se que possua uma capacidade de abstrair suas experiências anteriores com a causa (fase de investigação), para analisar se aquilo que ele ‘ajudou’ a produzir é idôneo para acusar e, em momento apenas cronologicamente posterior, é suficiente para condenar. Ao se determinar essa atuação dúplice ao juiz, estamos empurrando-o para uma (imperceptível e psicologicamente) inexorável presunção de culpa, porquanto o magistrado assim pensa: ‘entendi que havia elementos para investigar e para acusar legitimamente uma pessoa, portanto, a tendência em condená-lo somente será revertida se ele (ou a sua Defesa) demonstrar que eu errei ou que desconhecia elementos a serem apresentados em juízo, caso contrário (caso não prove sua inocência, aqui está a presunção de culpa), será mantida a convicção que já possuo e já formei desde

¹³⁹ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal – da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹⁴⁰ SCHREIBER, Simone. O juiz de garantias no projeto do Código de Processo Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, n. 213, ago. 2010, p. 02-03.

o início'; convicção imutável que passa ao magistrado um impressão (falsa) de coerência e que reforçará na sua psique o dito 'encontro da verdade real' (que, para os mais religiosos, é um encontro com a 'Verdade')".¹⁴¹

Quanto a esse ponto específico, o de se garantir o princípio da imparcialidade, como requisito essencial de validade da decisão judicial, Fabiano Augusto Martins Silveira se posiciona no sentido de que o máximo que se consegue no projeto de Código é o oferecimento de condições que facilitem sua observância. Ele esclarece:

"Contudo, a figura do juiz das garantias não permite deduzir, por falta de suporte lógico, a nulidade das sentenças proferidas por juízes que, no modelo legal vigente, tenham participado da investigação. Também não há nenhuma garantia de que o juiz do processo, só porque tomou conhecimento do fato em momento posterior, decidirá com imparcialidade o caso concreto".¹⁴²

O mesmo autor ainda observa que, enquanto na investigação a experiência recomenda que o juiz do processo guarde uma distância regulamentar de segurança, na instrução processual a lei dispõe acerca da identidade física do juiz (art. 399, § 2º do atual Código de Processo Penal), a fim de que o julgamento não se torne impessoal e que o julgador, tendo contato próximo com as provas produzidas no calor do contraditório e da ampla defesa, tenha melhores condições de sentenciar, em virtude da familiaridade mantida com o acervo probatório. Ele conclui que "[...] nos dois casos, encontramos provas de que a pessoa do magistrado não é vista com indiferença pela lei processual penal, considerado o histórico das atividades que desempenhou".¹⁴³

Outro ponto explicitado pelos que defendem o juiz das garantias é o fato de que um juiz que atue apenas na fase do inquérito e tenha a função exclusiva de tutelar os direitos das pessoas investigadas e a legalidade da atuação dos órgãos de persecução é um juiz especializado e, portanto, mais eficiente.

Para Simone Schreiber:

¹⁴¹ MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do "Juiz das garantias"? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, Edição Especial, ago. 2010, p. 21.

¹⁴² SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 183, jul./set. 2009, p. 90.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 92.

“A instituição de juízes de garantia, evidentemente com estrutura própria, sem dúvida, trará maior agilidade ao funcionamento das varas criminais. Os juízes dessas varas poderão dedicar-se exclusivamente à condução cuidadosa e célere do processo criminal, assegurando os direitos das partes de postulação e instrução e proferindo a sentença criminal válida e justa em prazo razoável”.¹⁴⁴

Fabiano Augusto Martins Silveira aponta que a criação do juiz das garantias, por gerar uma rotina específica de trabalho, tende a tonar, com o tempo, mais eficiente e ágil a prestação jurisdicional, a exemplo do que moveu a criação das varas de inquéritos policiais em algumas capitais brasileiras, como São Paulo, Belo Horizonte e Curitiba.¹⁴⁵

Por fim, os defensores do juiz das garantias, em contraponto a uma crítica comum dos que o condenam, alegam que a falta de estrutura do poder judiciário não pode ser justificativa para a não implantação do instituto.

O problema consiste na questão de como se aplicar a regra de impedimento do juiz que atua na fase de inquérito nas comarcas pequenas, com apenas um juiz, o que é uma realidade em grande parte do país. O projeto de Código, a par das dificuldades de implantação do juiz das garantias, assim previu em seu art. 748, *caput* e inciso I: “O impedimento previsto no art. 16 não se aplicará: I – às comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas 1 (um) juiz, enquanto a respectiva lei de organização judiciária não dispuser sobre criação de cargos ou formas de substituição”.¹⁴⁶

Antes estava previsto, no art. 701 do substitutivo do PLS 156/2009, apresentado pelo Senador Renato Casagrande, uma *vacatio legis* específica e definida para se adotar a regra de impedimento de o juiz das garantias atuar como juiz da causa em cuja investigação tivesse atuado. O referido dispositivo previa que a nova regra entraria em vigor no prazo de 3 (três) anos após a publicação do Código, e em 6 (seis) anos, se se tratasse de comarca onde houvesse apenas 1

¹⁴⁴ SCHREIBER, Simone. O juiz de garantias no projeto do Código de Processo Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, n. 213, ago. 2010, p. 02-03.

¹⁴⁵ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 183, jul./set. 2009, p. 89.

¹⁴⁶ BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>> Acesso em: 08 mar. 2013.

(um) juiz. No entanto, essa redação foi suprimida da versão final do projeto votada pelo Senado Federal, restando apenas o prazo indefinido da regra transitória do art. 748, I, o que, na prática, tornará sem efeitos a previsão do juiz das garantias no Código de Processo Penal, uma vez que o procedimento seguirá como hoje é previsto até que os Códigos de Organização Judiciária dos Estados regulem seu funcionamento.¹⁴⁷

Fabiano Augusto Martins Silveira defende que a dificuldade de se aplicar o referido art. 17 não pode ser um entrave à implantação de uma proposta que é viável para as grandes comarcas, que respondem pela maior parte da produção judiciária do país, e, ainda, que a saída seria a criação de uma regra de transição que instituisse um tempo para que as demais comarcas se adaptassem à nova ordem. Para esse autor:

“Sendo previsível que a escassez de recursos humanos no Poder Judiciário opõe barreiras à execução da proposta, a pergunta é se devemos renunciar ao salto de qualidade que representa o juiz das garantias, simplesmente qualificando o projeto de inexecutável e ponto final. Receamos que essa postura tende a ser assumida por aqueles que, sem dizê-lo frontalmente, não se sentem entusiasmados nem convencidos da necessidade de mudança. Daí que o debate pode tomar um caminho sinuoso, onde posições contrárias ou céticas em relação ao juiz das garantias se escondem no argumento da inviabilidade material, sem aprofundá-lo”.¹⁴⁸

Nesse ponto, André Machado Maya diz que a resistência em se aceitar o juiz das garantias, que adere ao modelo acusatório-democrático de processo e que consiste numa maneira eficaz de tutelar a imparcialidade do julgador e de, assim, garantir o devido processo legal, remete ao argumento da falta de estrutura do Judiciário. Ele argumenta que “Deficiências estruturais não podem funcionar como justificativa para a prestação jurisdicional falha; ao contrário, a sua constatação deveria ser o primeiro passo de uma caminhada orientada a uma prestação jurisdicional efetiva”.¹⁴⁹

¹⁴⁷ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal – da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹⁴⁸ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 183, jul./set. 2009, p. 92.

¹⁴⁹ MAYA, André Machado. Outra vez sobre o juiz de garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, n. 215, out. 2010, p. 14.

O autor segue oferecendo alternativas à dificuldade de implantação do juiz das garantias nas varas judiciais únicas (compostas por apenas um magistrado), como a regionalização do instituto, a fim de que um juiz das garantias seja competente para um grupo de comarcas próximas, ou a progressiva entrada em vigor do novo Código de Processo Penal, o que viabilizaria o aperfeiçoamento não só da estrutura do Poder Judiciário, como também do próprio instituto do juiz das garantias. Ele assim conclui:

“Em resumo, é inadmissível, no âmbito de um país que se julga democrático, o repúdio a um instrumento processual projetado justamente para tornar mais democrático o processo penal, com base em argumentos e justificativas de índole meramente prática, como é a malfadada falta de estrutura do Poder Judiciário. Se dificuldades existem, que sejam enfrentadas, que sejam contornadas. Render-se a elas, como no caso concreto, mais que covardia, parece uma manobra conscientemente arquitetada para manter viva a espinha inquisitória do atual processo penal brasileiro, exatamente como projetada no período do Estado Novo. Parafraseando Alexandre de Moraes da Rosa, não basta mudar a lei, é preciso mudar a cultura dos responsáveis pela sua aplicação”.¹⁵⁰

Para Aury Lopes Júnior, o argumento da falta de estrutura subsiste quando não há outros que sejam juridicamente sustentáveis para se atacar o juiz das garantias. Para ele, a adoção de medidas como um período de transição, o estabelecimento de um rodízio entre juízes, o alargamento da competência do juiz das garantias e a regionalização do instituto podem contribuir para a sua implementação. Ele assim define seu posicionamento:

“Em relação ao juiz das garantias, na ausência de argumentos juridicamente sustentáveis (ao menos para os que superam o conhecimento epidérmico do processo penal), emprega-se o reducionismo retórico da ‘falta de...’. Ora, a falta é constitutiva e sempre existirá, sendo este um argumento reducionista. Uma reforma de verdade exige, principalmente, mudanças de cultura e de estruturas. Cabe ao Estado (daí a necessidade de comprometer também os poderes legislativo e executivo para o judiciário poder dar conta) estruturar-se para atender à nova realidade”.¹⁵¹

¹⁵⁰ MAYA, André Machado. Outra vez sobre o juiz de garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, n. 215, out. 2010, p. 14.

¹⁵¹ LOPES Jr., Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...). *Boletim IBCCRIM*, ano 18, Edição Especial, Agosto 2010, p. 07.

Por fim, merecem destaque os dizeres da Exposição de Motivos do Projeto, que implicitamente reconheceu as dificuldades de implantação do juiz das garantias ao justificar os esforços a serem implementados com os proveitos futuros da mudança legislativa:

"Evidentemente, e como ocorre em qualquer alteração na organização judiciária, os tribunais desempenharão um papel de fundamental importância na afirmação do juiz das garantias, especialmente no estabelecimento de regras de substituição nas pequenas comarcas. No entanto, os proveitos que certamente serão alcançados justificarão plenamente os esforços nessa direção".¹⁵²

Partindo agora para os posicionamentos contrários ao juiz das garantias, vale começar pelo exposto na Nota Técnica nº 10 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, elaborada em referência ao Projeto de Lei do Código de Processo Penal. A nota trata do juiz das garantias no ponto de nº 8 e opina no sentido de ser a consolidação do instituto incompatível, sob o aspecto operacional, com a estrutura das justiças estadual e federal. Ressalta, para tanto, o fato de grande parte das Varas da Justiça Estadual constituírem-se de uma comarca, com a atuação jurisdicional de apenas um magistrado, o que faria com que, nesses locais, tivessem que ser deslocados magistrados de outras comarcas para atuarem no inquérito ou no processo. Isso, por sua vez, acarretaria em demasiado ônus financeiro para o Estado. A nota, ainda nesse ponto, conclui dizendo que a implantação do juiz das garantias aumentaria o tempo necessário à prestação jurisdicional, com o risco de prescreverem diversas ações penais.¹⁵³

Merecem também destaque as críticas tecidas por Miguel Reale Júnior ao instituto. Primeiramente, ele questiona algumas contradições existentes no próprio projeto. A primeira consistiria no fato de seu texto prever que o juiz do processo seja o responsável pelo recebimento da denúncia (a competência do juiz das garantias cessa com a propositura da ação penal – art. 15, *caput*), o que faria

¹⁵² AMPERJ - Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/emails/PLS156-09.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

¹⁵³ CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/317-notas-tecnicas/11221-nota-tecnica-no-102010a>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

com que ele necessitasse analisar a prova colhida na fase inquisitiva, justamente o que se pretende evitar, a fim de preservar a imparcialidade do julgador.¹⁵⁴

A segunda contradição apontada pelo autor é a não vinculação do juiz do processo ao decidido pelo juiz das garantias no curso da investigação (após o oferecimento da denúncia, o juiz do processo pode reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso – art. 15, § 2º). Assim, tais medidas podem ser solicitadas pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia, e o julgador as decidirá com base nas provas do inquérito policial, para depois, mesmo tendo tido contato com essas provas, prolatar a sentença final.¹⁵⁵

O autor também argumenta que não necessariamente a sentença é vinculada ao que o juiz decidiu precariamente, de modo a se tornar parcial. Ou seja: se o magistrado decreta uma prisão preventiva na fase pré-processual, não necessariamente ele irá condenar o acusado, e vice-versa, no caso de indeferimento da medida.¹⁵⁶

Por fim, o autor opina no sentido de que a busca pela imparcialidade deveria se dar através do aperfeiçoamento da formação do magistrado, e que o projeto pressupõe, equivocadamente, que o juiz que despacha qualquer ato durante o inquérito fica “viciado” ou contaminado, propenso a decidir a favor da acusação. Para Reale Júnior:

“Trata-se de uma pressuposição exagerada em busca de um juiz imaculado, que, sem qualquer mancha a lhe comprometer a mais perfeita imparcialidade, desça de sua elevada e distante posição frente à realidade para ditar sua sentença. É uma idealização tão louvável como irrealística”.¹⁵⁷

Para Abel Fernandes Gomes, a própria denominação do instituto, “juiz das garantias”, é inadequada por consistir em verdadeira redundância, uma vez que a própria figura do juiz representa a garantia, ao cidadão, de que no processo penal não se irá confundir a sua atuação com a do órgão de acusação, e que, diante

¹⁵⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. O Juiz das Garantias. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, v. 10 n. 43 out./dez. 2011, p. 112.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 113.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 114.

da acusação desse órgão estatal ou também da privada, estará o juiz constituído para julgar a lide segundo as regras do direito. O juiz é, portanto, a garantia de uma prestação jurisdicional em que, mesmo diante da incidência de instrumento de investigação ou de coleta de provas, o direito será interpretado e aplicado ao caso concreto.¹⁵⁸

Para o autor, essa denominação do instituto passa a impressão de que seu único compromisso é garantir, com preferência, o interesse individual do investigado, o que não corresponde à garantia da jurisdição conforme prevista na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXV, uma vez que:

“[...] o instituto do processo, dentro de uma concepção sistemática do Direito Penal, também é garantia constitucional de tutela de bens jurídicos individuais ou coletivos lesados ou ameaçados de lesão pela prática da infração penal, que por vezes precisa ser investigada com utilização de meios mais incisivos, mas que são considerados conforme a Carta de 1988, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal”.¹⁵⁹

Mauro Fonseca Andrade compartilha dessa opinião. Para ele, está sendo difundido e legislado um discurso que prega a fragilidade do investigado frente ao poder de violência do Estado, procurando-se criar, então, a figura de um verdadeiro juiz defensor. Ele lembra que o art. 4º do projeto proíbe expressamente o juiz de substituir a acusação na fase probatória, mas que não há proibição semelhante em relação à substituição da defesa, o que leva a crer que o magistrado está autorizado a produzir prova de ofício, desde que de interesse da defesa. Ele ainda vai além ao dizer que o projeto, além de delinear um juiz das garantias tendencioso a favor do investigado, também priva o Ministério Público de intervir nas medidas cautelares requeridas pela polícia judiciária e também de atuar junto às ações impugnativas com possibilidade de trâmite perante o juiz das garantias.¹⁶⁰

Abel Fernandes Gomes também acredita que o juiz das garantias não é essencial no sistema acusatório, e fundamenta essa opinião em contradições existentes no próprio texto do projeto, cuja intenção é, a princípio, privar o juiz do

¹⁵⁸ GOMES, Abel Fernando. Juiz das garantias: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIV, n. 51, out./dez. 2010, p. 100.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 101.

¹⁶⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 112-113.

processo do contato com qualquer decisão sobre a coleta de elementos de prova durante a investigação criminal, uma vez que o juiz encarregado de tais medidas, ao analisar o pressuposto de existência da infração penal e os indícios de sua autoria, ficaria influenciado pelas informações colhidas e, posteriormente julgando a lide, estaria agindo fora do princípio acusatório delineado pela Constituição.¹⁶¹

Mesmo sendo essa a intenção do projeto, segundo os dispositivos referentes ao juiz das garantias, após oferecida a denúncia e instaurado o processo penal, caberá ao juiz responsável pelo julgamento decidir sobre as mesmas questões sob competência do juiz das garantias durante a fase de investigação (art. 15, § 1º). Além disso (e, nesse ponto, Gomes faz observação semelhante à que foi feita por Reale), também caberá ao juiz do processo tanto receber a denúncia (art. 15, *caput*) como rever as decisões tomadas pelo juiz das garantias (art. 15, § 2º), tendo, para isso, que refazer as mesmas avaliações dos pressupostos de existência da infração e de indícios de autoria feitas pelo juiz das garantias, sem que seja para decidir o mérito. Assim:

“Como se vê, tanto numa hipótese como na outra, aquilo que seria o fundamento de tão estrutural modificação no processo penal brasileiro, acabaria **esvaziado pela própria lei**, pois em algum momento seria possível ao juiz competente para o julgamento, ter que formar convicção prévia e decidir sobre pressupostos de algumas medidas que, necessariamente, estão ligadas à verificação da existência do crime e de indícios suficientes da autoria.

[...] sendo de se concluir, portanto, que um dos fundamentos da reforma, consistente em impedir que o juiz que aprecia situações prévias ou cautelares ao mérito da ação penal venha a tangenciar as questões que no exame dele serão reapreciadas, **sequer corresponderá, empiricamente, à realidade** do que vai acontecer”.
(grifo nosso)¹⁶²

Abel Fernandes Gomes também acredita ser preconceituosa e sem respaldo científico a pressuposição de que o juiz é necessariamente influenciado, na fase processual, pelos elementos de prova colhidos durante a investigação. Até porque, no nosso Direito, aquilo que é decidido na fase pré-processual exige apenas que se examine se o que se pede se encaixa na autorização legal e constitucional de medidas que incidirão mais profundamente nos direitos fundamentais do

¹⁶¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 101.

¹⁶² GOMES, Abel Fernando. Juiz das garantias: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIV, n. 51, out./dez. 2010, p. 102.

investigado, e não a análise do conteúdo material dos elementos de prova colhidos. O autor opina no sentido de que o mero juízo de admissibilidade de meios e medidas provisórias durante o inquérito não é capaz de contaminar juízes cientes e conscientes de suas funções e que, por outro lado, o juiz que apenas decide o mérito da ação penal, sem ter tido contato com qualquer das questões provisórias, também não está isento de ser influenciado por preconceitos e outras imperfeições humanas e, assim, proferir julgamento injusto contra o réu.¹⁶³

Já para Mauro Fonseca Andrade, o projeto confunde as noções de “tomar conhecimento” e de “firmar convencimento”, uma vez que as hipóteses previstas como determinantes para a violação do princípio acusatório (pela contaminação do juiz e consequente perda de sua imparcialidade), no caso de o magistrado da fase da investigação se deparar com alguma delas, são: a) o recebimento de comunicação imediata de prisão; b) o dever de zelar pela observância dos direitos do preso; c) a informação sobre a abertura de qualquer inquérito policial; e d) a determinação de trancamento de inquérito na ausência de fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento.¹⁶⁴

O autor explica seu posicionamento dizendo que se considera violado o princípio acusatório mesmo sem nada ter sido informado ao magistrado sobre o fato, notadamente na primeira e na terceira hipóteses acima mencionadas, sendo impossível que o juiz, desde esse momento, já firme posicionamento em prejuízo do investigado. Ele ainda lembra que a segunda e a quarta hipóteses consistem em uma atuação jurisdicional que visa à preservação dos direitos do investigado, sendo pouco provável que o juiz, ao atuar *pro reo*, tenha sua figura confundida com a do acusador.¹⁶⁵

Mauro Fonseca Andrade ainda destaca um ponto importante: a criação do juiz das garantias visa à preservação do juiz da fase processual, sem se preocupar, no entanto, com a imparcialidade do julgador durante a primeira fase da persecução penal. Segundo o projeto, apenas uma das hipóteses acima discutidas

¹⁶³ GOMES, Abel Fernando. Juiz das garantias: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIV, n. 51, out./dez. 2010, p. 103-104.

¹⁶⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 64.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 65.

já seria suficiente para o juiz da investigação criar um vínculo psicológico com a futura linha acusatória e, assim, estar impedido de atuar na fase processual, fora outras tantas “quebras do princípio acusatório” que poderiam advir posteriormente no curso da investigação. Ou seja: admite-se que um juiz que tenha perdido sua imparcialidade, o que ocorreria logo após sua primeira intervenção na fase investigatória, atue ao longo de toda a investigação supostamente voltado a preservar os interesses do futuro acusador, e justamente na fase em que o investigado encontra-se mais vulnerável. Sintetizando:

“Por tudo isso, não há como o princípio acusatório ser utilizado como argumento válido para a criação do juiz das garantias. A um, porque o projeto elenca hipóteses que jamais levariam à quebra desse princípio. A dois, porque a exposição das hipóteses, que serviriam como fato gerador desse impedimento judicial, leva ao reconhecimento, ainda que implícito, de que o projeto admite a presença de um juiz parcial na fase de investigação. Mas, se assim o for, indubitavelmente estará ferida a constitucionalidade da figura do juiz das garantias, frente ao claro desrespeito ao princípio do devido processo legal, que exige um juiz imparcial ao longo de toda a persecução penal”.¹⁶⁶

Andrade também opina no sentido de que o juiz das garantias não daria certo em comarcas de pequeno porte, com apenas uma vara judicial e, assim, de um só magistrado, mas não apenas por questões burocráticas e operacionais, como mencionam outros autores. Ele lembra que, nessas comarcas, os processos geralmente tem baixa complexidade e não apresentam grande dificuldade de tramitação, não havendo que se otimizar uma prestação jurisdicional que já é célere (lembrando que a otimização da prestação jurisdicional é uma das finalidades do juiz das garantias). Ocorreria, na prática, um reflexo negativo da pretendida otimização, uma vez que juízes de outras comarcas teriam que ser deslocados para atuarem na fase da investigação, o que acarretaria ineficiência e demora na prestação jurisdicional.¹⁶⁷

Para ele, a proposta de criação do juiz das garantias é fruto de um processo de “demonização” do atual modelo de juiz com atuação na fase de investigação (preconceito com o juiz nacional). O autor demonstra sua indignação ao afirmar que:

¹⁶⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 67.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 68-69.

“De sã consciência, não há como se sustentar que somos incivilizados por não adotarmos a figura do juiz das garantias entre nós. [...] Ou, então, que nossa justiça criminal não é eficiente e justa por esse mesmo motivo, e que os juízes criminais são tendenciosos e pendem para o lado da autoridade investigatória, buscando convalidar os resultados de uma investigação que sequer é presidida por eles. Para tudo há limite, até mesmo para esse tipo de argumentação!

[...] Ainda que, para alguns, a contaminação seja certa e inquestionável, um entendimento mais equilibrado leva ao afastamento dessa contaminação, **pois o resultado seria o completo desmoronamento de tudo que se fez e ainda se vem fazendo em nível judicial no Brasil**”. (grifo nosso)¹⁶⁸

Para Mauro Fonseca Andrade, o grande problema da proposta de criação do juiz das garantias consiste no argumento utilizado para justificá-la: a suposta violação do princípio acusatório. A primeira evidência da falha desse argumento seria o fato de se admitir, no direito brasileiro, dois conceitos de imparcialidade diferentes para um mesmo magistrado, um aplicável à sua atuação em matéria cível e outro à sua atuação em matéria penal. O autor questiona o fato de o juiz cível poder analisar qualquer medida cautelar antes do ajuizamento da ação principal e também antever questões ligadas ao mérito nas antecipações de tutela, enquanto que o juiz penal seria excluído da fase processual ao apenas ter contato com qualquer medida cautelar ou com algum documento informativo.¹⁶⁹

O autor nota, ainda, que o próprio projeto contraria os postulados por ele previstos na medida em que autoriza, em duas situações, que o juiz que atua durante o inquérito seja o mesmo da fase processual propriamente dita, quais sejam: nas infrações de menor potencial ofensivo (art. 16, *caput*) e na tramitação das ações penais originárias (art. 302, inciso I). Essa constatação leva o autor a questionar se há mesmo a possibilidade de se transigir com o conceito de imparcialidade do julgador de acordo com a potencialidade ofensiva do delito ou de acordo com a instância em que o processo tramita, como o projeto faz supor, e, ainda, se a separação entre o juiz das garantias e o do processo é realmente “de rigor” para afirmação do princípio acusatório.¹⁷⁰

¹⁶⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 121.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 124,

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 125.

Mauro Fonseca Andrade, antes de ir contra a criação do juiz das garantias em si, é a favor da mudança do foco de seu argumento e de alguns ajustes em sua configuração, tais como: (a) a extinção do artigo que torna o juiz das garantias impedido de atuar na fase processual, a fim de que o instituto da prevenção seja tratado em apenas uma parte do Código; (b) considerar-se impedido de atuar na fase processual apenas o magistrado que tenha exercido cognição horizontal (e não vertical) sobre o fato ou pessoa investigada, e que essa regra valha tanto no primeiro como no segundo grau de jurisdição; e (c) a busca da especialização e consequente otimização da prestação jurisdicional apenas nas comarcas com duas ou mais varas, uma vez que a referida especialização é necessária, mas não sob o argumento da quebra do princípio acusatório, uma vez que essa quebra não ocorre nas hipóteses previstas no projeto.¹⁷¹

O autor assim conclui seu pensamento:

“Se afastarmos o fanatismo alucinante no trato desse tema, deixando de erigir o juiz brasileiro como um ser inferior e bestializado frente aos modelos invocados para a cópia pela cópia, ficará mais fácil nos centrarmos no argumento exclusivo da eficiência, que é o que realmente importa em matéria criminal”.

“Se atingirmos esse nível de argumentação, cairá por terra, inclusive, a quebra de sistema proposta pelo projeto, ao reconhecer como válida a ausência do juiz das garantias em comarcas de um juiz só, pois, implicitamente, haverá o reconhecimento de que, nessas comarcas, a proteção ao princípio acusatório não era de rigor”.

“Enfim, todos os problemas de ordem dogmática estarão superados com a mudança do foco argumentativo, e as regras de impedimento poderão ser observadas já a partir da entrada em vigor do novo CPP, em todas as comarcas do país”.¹⁷²

À primeira vista, os argumentos dos defensores do juiz das garantias parecem tentadores e nos levam realmente a ficar imbuídos do espírito de que a imparcialidade do julgador e, por conseguinte, a verdadeira justiça, só serão de fato alcançadas se o juiz do processo for completamente isolado do contato com os elementos probatórios do inquérito. É um discurso mais idealista do que bem fundamentado (para não dizer ideológico, alinhado com o pensamento de quem

¹⁷¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 126.

¹⁷² *Ibidem*, p. 127.

busca a preservação do investigado/acusado e se esquece da vítima), senão vejamos.

O principal ponto de argumentação favorável ao juiz das garantias, e que inclusive é uma das justificativas do Projeto para a sua criação, é a garantia da imparcialidade do julgador. Parece, assim, que todos os juízes criminais, hoje, são parciais e tendentes a se alinharem com o posicionamento da acusação. É uma visão verdadeiramente preconceituosa em relação à figura do juiz nacional e, como qualquer preconceito, destituída de base científica que realmente corrobore a suposição de que o juiz que atua no inquérito policial fica “contaminado” e incapacitado para julgar a lide. E isso sem contar que o juiz não faz análise de mérito no que lhe é posto a decidir durante o inquérito policial.

Desconfia-se sobremaneira da atuação dos magistrados, e, com isso, procura-se cercá-los e protegê-los de influências diversas, sem ser levado em conta que nunca se irá atingir um ideal de imparcialidade na atividade jurisdicional, uma vez que quem ocupa o cargo de juiz é um ser humano falível e não imune a diversos e complexos fatores que podem contribuir para a formação de sua convicção, fatores esses que não estão restritos às provas colhidas no inquérito.

Além de a criação dessa nova figura processual penal não ser garantia de imparcialidade do juiz do processo (isso sem falar que, em tese, estar-se-ia admitindo a parcialidade do próprio juiz das garantias), também não procede a outra justificativa de sua criação, que é a otimização da prestação jurisdicional, uma vez que a especialização pretendida não necessariamente levará ao aumento da eficiência (essa não é uma conclusão necessária). A tentativa de se aperfeiçoar a atuação do magistrado (tanto com relação ao processo de formação de sua convicção quanto com relação à sua eficiência e boa fundamentação ao proferir decisões) pode ser empreendida de formas muito mais simples e coerentes, como com os cursos de formação de magistrados e com a melhora das suas condições de trabalho, dentre outras.

Outro ponto importante de defesa do juiz das garantias é a alegação repetida por vários doutrinadores de que não se pode deixar de inovar a legislação

sob o argumento de o Judiciário não ter estrutura para acolher a reforma processual penal. Para esses doutrinadores, o que falta, na verdade, é vontade política das autoridades de promover uma mudança que possa reduzir o poder de persecução penal do Estado, uma vez que ela busca, essencialmente, proteger os direitos individuais do investigado. Essa busca é trazida com a roupagem do atingimento da imparcialidade do julgador e, assim, da observância de um modelo orientado pelo princípio acusatório.

A referida alegação não passa, na verdade, de uma tentativa de contra-argumento ao fato de que realmente não há estrutura para a implantação do juiz das garantias em todo o país, principalmente nas comarcas de vara única, com um só magistrado, e de que simplesmente não vale a pena empreender uma mudança tão radical no Judiciário, e que demandaria um grande aumento no custo da prestação jurisdicional, para se criar uma figura que não atingirá a finalidade para a qual está sendo concebida: a preservação do sistema acusatório. Para começar, só o fato de o Projeto conferir um prazo para adequação das comarcas à nova regra mostra que a criação do juiz das garantias não é de “rigor”. Ou se está admitindo que, nesse intervalo de tempo, juízes imparciais poderão proferir julgamentos tendenciosos a favor da acusação e que a preservação do sistema acusatório terá data para se iniciar? Essa é apenas uma das falhas no argumento de criação do juiz das garantias.

Outros pontos previstos no texto do Projeto, tais como o juiz do processo ser o responsável pelo recebimento da denúncia e não estar vinculado às decisões do juiz das garantias, assim como não haver previsão de sua atuação em crimes de menor potencial ofensivo e nos de competência originária dos tribunais, evidenciam que o juiz das garantias, pelo menos nos moldes em que está previsto, não é, como se tem propagado, essencial à observância de um modelo orientado pelo princípio acusatório, sendo o instituto, assim, esvaziado em sua finalidade precípua. Assim, ou se opera uma mudança na configuração do juiz das garantias, ou muda-se o argumento utilizado para justificar a sua criação.

CONCLUSÃO

A persecução penal é composta de duas fases distintas: a pré-processual ou de investigação preliminar e a processual propriamente dita. Na primeira, são colhidos os elementos probatórios que informam à acusação se há justa causa ou não para o oferecimento da peça acusatória. Recebida esta pelo juiz, tem início a segunda fase, em que o processo é instruído com a produção de provas, por sua vez, sob os princípios do contraditório e da ampla defesa, com vistas a um pronunciamento final, a sentença, em que o acusado é absolvido ou condenado.

No processo penal brasileiro, a fase de investigação preliminar é chamada de inquérito policial, procedimento administrativo que fica a cargo da Polícia Judiciária, que realiza uma série de diligências com vistas a apurar a materialidade do fato e os indícios de autoria, a fim de que o Ministério Público ou o ofendido possam ter elementos suficientes para oferecer, respectivamente, a denúncia ou a queixa-crime.

No nosso atual modelo de investigação preliminar, o juiz tem poderes investigativos, que não ficam restritos à fase da instrução criminal. O modo como o juiz intervém na produção de elementos probatórios define essencialmente se o sistema processual é orientado pelo princípio inquisitório ou pelo princípio acusatório. O primeiro caracteriza-se por um juiz investigador, atuante na produção de provas, enquanto o segundo caracteriza-se por um juiz que é destinatário das provas produzidas pelas partes, apesar de não necessariamente ter que se manter inerte, podendo complementar, no curso do processo e quando necessário à formação de seu convencimento, o que lhe é apresentado pelas partes.

Aliás, a iniciativa probatória do juiz na fase processual é extremamente saudável, uma vez que concorre para a viabilidade do processo penal, o mesmo não podendo ser dito acerca de tal iniciativa na fase de investigação preliminar, em que a produção probatória é voltada precipuamente à acusação, não

podendo o julgador, assim, alinhar-se à atuação de uma das partes, uma vez que estaria comprometendo sua imparcialidade.

Fala-se em princípios inquisitório e acusatório porque não existe, hoje, um sistema de persecução penal puro, seja inquisitório ou acusatório. O que se observa são sistemas orientados por esses princípios. Assim, um sistema inquisitório é centrado nesse princípio, mas tem a ele agregados elementos típicos do sistema acusatório (caso do sistema processual penal brasileiro atual, conforme as disposições do nosso Código de Processo Penal, de 1941), enquanto que, por outro lado, um sistema acusatório é centrado nesse princípio, porém com a presença de elementos caracterizadores do sistema inquisitório.

No sistema inquisitório, o juiz, na busca da verdade real e absoluta, sobrepõe a função judicante à da acusação e à da defesa, num processo penal sem partes e com um procedimento escrito e sigiloso, indo à cata de elementos probatórios que confirmem a sua tese. Já no sistema acusatório, o julgador é elemento equidistante às partes do processo e, portanto, imparcial. As atividades de acusar e de julgar são bem definidas e exercidas por órgãos distintos, sendo o procedimento caracterizado pela publicidade dos atos e pela oralidade dos debates entre as partes. Assim, o sistema acusatório, por representar uma distribuição do poder entre as partes e o juiz (ao contrário do sistema inquisitório, caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador), reflete o princípio da separação dos poderes, sendo típico de sociedades democráticas.

No Brasil, vigora um Código de Processo Penal de matriz inquisitória em uma ordem constitucional que elegeu, ainda que não explicitamente, um sistema de persecução penal orientado pelo princípio acusatório. Assim, sentiu-se a necessidade de se adequar o processo penal às diretrizes da Constituição Federal de 1988, até porque normas processuais penais de natureza inquisitiva são inconstitucionais quando se toma como referência uma Carta Magna que adota, entre outros, os princípios do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal, e que também prima pela presunção da inocência e pela publicidade e fundamentação das decisões judiciais.

Uma comissão de juristas foi, então, instalada no Senado Federal para elaborar o anteprojeto de um novo Código de Processo Penal, a fim de realizar em seu texto uma reforma global que harmonizasse as inúmeras alterações pontuais por que já passou e que também o adequasse à atual ordem constitucional. O anteprojeto foi transformado, posteriormente, no Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. Logo em seu art. 4º, previu a adoção expressa do sistema acusatório.

Para a afirmação do sistema acusatório, o Projeto dispôs que seria necessária, ou de rigor, a instituição do juiz das garantias, com atuação restrita à fase de investigação preliminar e responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais dos investigados. A finalidade do instituto seria tanto a otimização da prestação jurisdicional, decorrente da especialização da atuação dos magistrados em matéria criminal, quanto o distanciamento do juiz do processo em relação aos elementos probatórios produzidos durante o inquérito, elementos esses que influenciariam a formação de sua convicção no julgamento da lide, em desprestígio e desvantagem para o investigado, posteriormente acusado.

Com a separação da persecução penal em dois momentos distintos, atribuindo-se a atividade de instruir e julgar o processo a um magistrado diferente daquele que acompanhou a investigação penal e a colheita dos elementos probatórios direcionados ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, a imparcialidade do juiz do processo seria preservada, além de que seria reforçada a garantia do contraditório, uma vez que o magistrado julgador tomaria contato com a prova e formaria sua convicção apenas durante a instrução criminal, com a participação paritária da acusação e da defesa. Ademais, a instituição de juízes de garantias, por gerar uma rotina específica de trabalho, tenderia a tonar, com o tempo, mais eficiente e ágil a prestação jurisdicional.

No entanto, a presunção de que o juiz invariavelmente decide, no mérito do processo, de acordo com as medidas adotadas na fase de investigação, é preconceituosa em relação à figura do juiz nacional e parece apoiar-se em casos isolados de um ou outro magistrado que se mostrou tendencioso em seu julgamento. Não tem, assim, fundamento científico, na medida em que procura diagnosticar o

que se passa na cabeça do juiz, numa perigosa análise de cunho psicológico. Além disso, tem-se a impressão de que o juiz (das garantias) terá sempre que assegurar os direitos individuais do réu, independente do que orienta a Constituição Federal, na sua concepção garantista integral.

A pressuposição de que o juiz que despacha qualquer ato durante o inquérito policial está contaminado e inclinado a favor da acusação é exagerada, sendo irreal a intenção de se buscar um juiz sem qualquer mácula em sua perfeita imparcialidade. Só faria sentido a separação de funções entre o juiz da investigação e o juiz do julgamento se houvesse indicativo de que o primeiro tivesse firmado convencimento sobre fato posteriormente submetido à sua avaliação na fase processual. No entanto, no direito brasileiro, para o deferimento de medidas restritivas à liberdade do investigado basta a presença de indícios de autoria e de prova da materialidade, agregados à demonstração de necessidade da medida, o que não envolve análise de mérito.

Há, ainda, contradições internas no texto do Projeto referente ao juiz das garantias. A sua competência cessa com a propositura da ação penal, cabendo ao juiz do processo receber ou rejeitar a denúncia, assim como decretar a absolvição sumária (reconhecendo de plano, a ausência de justa causa), exame que demanda a análise da prova colhida na fase inquisitiva, fora o fato de o juiz do processo poder decidir sobre as mesmas questões analisadas pelo juiz das garantias na primeira fase da persecução penal, e isso porque as decisões tomadas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que pode reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso. Tudo isso levará o juiz da ação penal a ter contato com os elementos probatórios colhidos no inquérito policial, justamente o que se queria evitar.

Isso sem falar que não há previsão de o juiz das garantias atuar nos crimes de menor potencial ofensivo e nos de competência originária dos tribunais, o que leva à conclusão de que a sua instituição não é “de rigor” para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, e que não justificaria, assim, os enormes gastos financeiros e mudanças estruturais no Judiciário que seriam necessários para a sua implantação.

BIBLIOGRAFIA

AMPERJ - Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/emails/PLS156-09.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2012.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. Curitiba: Juruá, 2011.

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

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 30 set. 2012.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>> Acesso em: 30 set. 2012.

BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: Um estudo sobre os sujeitos do processo em um sistema acusatório. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 2, n.1, p. 103-126, jan./jul. 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASAGRANDE, Renato. A urgência de um novo Código de Processo Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-116, jul./set. 2009.

CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais da investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/317-notas-tecnicas/11221-nota-tecnica-no-102010a>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-116, jul./set. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Abel Fernandes. "Juiz das garantias": inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIV, n. 51, out./dez. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. O Juiz de (das) Garantias Projetado pelo Novo Código de Processo Penal. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 11, n. 62, p. 238-241, jun./jul. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 95, v. 347, p. 3-10, jul./ago./set. 1999.

LOPES Jr., Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...). *Boletim IBCCRIM*, ano 18, Edição Especial, Agosto 2010.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MALAN, Diogo. SAAD, Marta. Origens Históricas dos Sistemas Acusatório e Inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 842, ano 94, dez. 2005.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal – da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Outra vez sobre o juiz das garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, IBCCRIM, ano 18, n. 215, out. 2010, p. 14.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do "Juiz das garantias"? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, Edição Especial, ago. 2010.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. O Juiz das Garantias. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, v. 10 n. 43, p. 99-115, out./dez. 2011.

SCHREIBER, Simone. O juiz de garantias no projeto do Código de Processo Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, n. 213, ago. 2010.

SILVA JR., Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 46, n. 183, jul./set. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Sístoles e diástoles em torno do sistema acusatório: o “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 37, p.11-36, abr./jun. 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZILLI, Marcos. Os atores e seus papéis. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, Edição Especial, ago. 2010.