

Introdução

Conta-nos uma pequena fábula romana que Aulo Gélio, então jovem magistrado imerso em indagações sobre como tornar-se um julgador mais prudente (a velha *ius prudentia* dos romanos), expôs suas angústias a um filósofo de nome Favorino. Este explicou-lhe que essencialmente existiriam apenas dois tipos de julgadores: aqueles que preferiam o silêncio quando da audição das partes e testemunhas, ouvindo-as apenas; e aqueles que, premidos por dúvidas próprias surgidas nas discussões do momento da causa, interferiam nestes depoimentos, levantando questões para os envolvidos. O filósofo acrescenta que para este último tipo de julgador era muito mais provável a acusação de estar atuando, desde antes da decisão, a favor de uma das partes ou então, através das perguntas por ele aduzidas, de deixar entrever o conteúdo do futuro decreto decisório¹. A questão, portanto, repousaria na credibilidade da decisão do magistrado frente não somente às partes, como também aos cidadãos da *civitas*. Repousaria, enfim, na própria imparcialidade do julgador.

Este conto de Aulo Gélio ilustra perfeitamente a historicidade e desafios do tema a ser desenvolvido nestas páginas: a problemática dos poderes instrutórios do juiz no processo penal. Além de ser questão delicadíssima em qualquer processo penal, no caso brasileiro ele apresenta atualidade, interesse e necessidade de discussão tendo em vista nossa peculiaridade legislativa, constitucional e histórica.

Primeiramente, há o dilema ao qual o processo penal brasileiro é submetido desde o retorno à democracia representativa e a promulgação da Constituição Federal. De um lado, a Carta Política não consagrou expressamente qual o modelo persecutório penal – acusatório ou inquisitivo – adotado, nesse particular acompanhando a maioria das Constituições dos Estados Democráticos de Direito (com exceção da República Portuguesa²), embora consagre uma extensa lista de direitos e garantias individuais e processuais aos cidadãos os quais permitem à maioria da doutrina e jurisprudência

¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova**: um confronto consigo mesma. 2010. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/attachments/article/26/Teoria%20da%20gest%C3%A3o%20da%20prova.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015. p. 5.

² “Artigo 32º, 5: ‘O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.’ No entanto, complementa o Art. 340º: ‘1. O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. 2. Se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento, com antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar em acta.’” (PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976**. Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt>>. Acesso em: 20 out. 2013.) (grifos nossos)

considerar a vigência constitucional de um sistema processual penal acusatório. Por outro lado, o Código de Processo Penal, fruto de um Estado Social que é, lateja inquisitivamente no cotidiano do fórum e de seus atores principais: réu, indiciado, Judiciário, Ministério Público, Polícia Judiciária, etc. Surgem, portanto, perplexidades inevitáveis advindas da questão sobre *qual o processo penal a ser aplicado*³, invariavelmente resultando-se numa *práxis* processual penal reprodutora de incontáveis e francas inconstitucionalidades.

Diante disto, e como proposta para a efetivação dos lineamentos acusatórios insertos na Constituição Federal, é de se ter em vista, segundo o tema da gestão da prova em processo penal, a figura do juiz das garantias previsto no anteprojeto de CPP. Ressalte-se que o destino legislativo do anteprojeto não interfere no interesse científico do juiz das garantias, já que ele torna-se uma espécie de núcleo de atração de todas as deficiências e insuficiências do processo penal tal como é vivido e pensado no Brasil. Os mais diversos debates na Academia e no Fórum que daí surgem, diga-se de passagem, estão em voga justamente pela maturação do novel pensamento constitucional, pela existência de uma tentativa legislativa sincera de remodelação total do processo penal e, como não poderia de ser, pelo entendimento moderno da instituição processo como instrumento de garantias e direitos fundamentais.

Para atingir tais objetivos, o artigo é estruturado topograficamente da seguinte maneira: iremos, primeiramente, analisar os lineamentos acusatórios presentes na Constituição Federal para após compará-lo com as inúmeras inconstitucionalidades guardadas pelo Código de Processo Penal vigente, de modo que se torna possível classificá-las como um subsistema inquisitório a margem da acusatoriedade constitucional. Tendo em vista esta disparidade sistemática-principiológica, ou seja, a coexistência no mesmo ordenamento de disposições completamente diversas, esta verdadeira *apararência acusatório* (de resto, que sofre pela falta de efetivação dos mandamentos constitucionais), irá ser analisada a figura dos juiz das garantias, suas possibilidades e críticas, como aposta para a efetivação dos mandamentos acusatórios constitucionais ao menos quanto a gestão da prova em processo penal, bem como figura

³ “Tenho uma aluna intercambista, de Portugal, cursando a disciplina de Processo Penal na UFSC. Interessada e estudiosa, após ler os dispositivos do CPP e da Constituição de 1988, decidiu comprar livros de processo penal. Então, um tanto quanto assustada, perguntou-me: ‘Professor, tenho a impressão de que os autores não falam do mesmo texto normativo. E como funciona na prática? Quais regras valem nos foros brasileiros?’” ROSA, Alexandre Morais da. *Jogo processual no direito penal tem efeito cativante*. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-28/diario-classe-jogo-processual-direito-penal-efeito-cativante>>. Acesso em: 20 out. 2013.

paradigmática para a compreensão dos rumos que nossas reformas processuais penais vêm tomando para a solução de nossos problemas judiciais e principiológicos, onde a inefetividade da Constituição Federal torna-se latente.

Estando assim delimitado o tema à seara da gestão da prova em processo penal, utilizar-se-à do método dedutivo, do monográfico (análise de determinadas instituições, como os princípios constitucionais e o juiz das garantias) e do método histórico (análise e comparação dos sistemas principiológicos processuais penais e propostas legislativas para sua conformação constitucional).

1. Gestão da Prova: Lineamentos Constitucionais

A resposta para qual seria o sistema processual penal adotado pelo Brasil, simples que deveria ser, entranha-se por inúmeras ramificações principiológicas e positivas, e ainda que se utilize de vários dos métodos hermenêuticos, não se chega a uma resposta: o embate é perene, empertigado e inconclusivo.

Isto porque, de um lado, a Constituição Federal omitiu-se na expressão literal de qual o modelo persecutório penal adotado, acompanhando assim a maioria das Constituições dos Estados Democráticos de Direito, com exceção de Portugal⁴.

Não obstante, a nossa Carta Política consagra uma extensa lista de direitos e garantias penais e também processuais⁵, permitindo, nesse diapasão, a afirmação pela maioria da doutrina e jurisprudência de que vige, *constitucionalmente*, um sistema processual penal de tipo acusatório.

Pudera, o prolixo artigo 5º de nossa Carta Política enuncia, no que tange ao processo penal: o princípio do devido processo legal (inciso LIV), princípio mestre ou aglutinador de todos os demais⁶; os princípios do contraditório e da ampla defesa (inciso

⁴ Retoma-se a nota de rodapé da introdução.

⁵ “Entre os dois conjuntos de garantias existem nexos tanto estruturais como funcionais. As garantias penais, ao subordinar a pena aos pressupostos substanciais dos crimes – a lesão, a conduta e a culpabilidade -, são tanto efetivas quanto mais estes forem objeto de um juízo, em que sejam assegurados ao máximo a imparcialidade, a verdade e o controle. É por isso que as garantias processuais e, em geral as normas que disciplinam a jurisdição, são ditas também “*instrumentais*” no que tange às garantias e às normas penais, estas chamadas, por sua vez, “*substanciais*”. [...] Em síntese, tanto as garantias penais como as processuais valem não apenas por si mesmas, mas, também, como garantia recíproca de efetividade.” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 432. Grifos do autor.

⁶ “O devido processo legal é uma espécie de princípio-síntese, ou princípio-matriz, que dá fundamento a todo o sistema processual penal. Com elevado teor axiológico, ele se desdobra em vários outros princípios – contraditório, ampla defesa, fundamentação, juiz natural, presunção de inocência, justa causa e processo acusatório -, atuando como norma fundante de todo o edifício processual. Por ser uma

LV); o direito à tutela jurisdicional do Estado (inciso XXXIV); o direito ao acesso à Justiça Criminal (incisos LXXIV e LXXVII); o direito e a garantia do juiz natural (incisos XXXVII e LIII); o princípio da reserva legal (inciso XXXIX); o princípio da autoridade da coisa julgada (XXXVI); a regra da irretroatividade da lei penal (inciso XL); a regra da vedação das provas ilícitas (inciso LVI) e, mais importante de todos, o princípio liberal de presunção da inocência (inciso LVII).

Outro mandamento constitucional de fundamental importância para o tema aqui tratado é o art. 129, I, no qual o legislador constituinte incumbiu privativamente o Ministério Público de promover a ação penal pública. Trata-se de um dispositivo que nitidamente demonstra uma consequência lógica da adoção de um sistema de partes.

No ordenamento atual do processo penal, o Ministério Público não é essencialmente um acusador; pelo contrário, concebe-se, à diferença do defensor, como um raciocinador imparcial; mas há aqui um erro de construção da máquina que também quanto a isso funciona mal; ademais, em nove de cada dez vezes, a lógica das coisas arrasta o Ministério Público a ser o que deve ser: o antagonista do defensor. Desenvolve-se assim, ante os olhos do juiz, o que os técnicos chamam *contraditório* e que é, realmente, um *duelo*; o duelo serve ao juiz para superar a dúvida; a propósito do qual é interessante observar que também o duelo, o mesmo que a dúvida vem de *duo*. No duelo se personifica a dúvida; é como se no cruzar das ruas se batessem os valentes para levar ao juiz, fazia uma ou fazia outra. As armas utilizadas por estes para lutar são as razões. Defensor e acusador são esgrimistas, os quais não é raro que realizem uma má esgrima, mas também as vezes oferecem aos entendidos um espetáculo excelente.⁷

Realmente, aglutinando-se os preceitos constitucionais elencados nos dois parágrafos acima, pode-se mesmo chegar à conclusão de um *devido processo penal*:

Assim concebido, especifica-se o *devido processo penal* nas seguintes garantias: a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicação dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal; e, h) da legalidade da execução penal.⁸

espécie de cláusula mater, que dá origem e ao mesmo tempo é formada por diversos princípios cujos conteúdos revelam um caráter de direitos fundamentais, o devido processo legal é uma cláusula fundante, com enorme densidade ética. Logo, a ofensa a essa cláusula, ou a inobservância de algum dos princípios que a integram, no geral, resulta na nulidade absoluta dos processos criminais, o que significa dizer que devido processo legal é um princípio genérico, materialmente aberto, que fundamenta e assegura a legitimidade de todo o sistema processual penal.” MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 60-61.

⁷ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. da versão espanhola do original italiano por Carlos Eduardo Trevelin Millan. 2. tir. São Paulo: Pillares, 2009. p. 56-57.

⁸ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 61-62.

Portanto, tem-se que a Constituição Federal brasileira erige todas as vigas mestras, todos os principiológicos elementos caracterizadores do sistema acusatório, embora este não seja expresso literalmente. Tampouco havia necessidade para tanto. Afora os direitos e garantias acima transcritos, o próprio espírito reformador e democrático de nosso texto constitucional não poderia indicar outro processo penal que não fosse o acusatório.

O aspecto político e ideológico que é imanente a todas as atividades da Justiça Penal – ligam esses princípios, muito estreitamente, à Constituição Federal. Donde se vê que o sistema processual deve ser plasmado em função dos fins do processo e das normas constitucionais que dão os fundamentos políticos e institucionais.⁹

Todavia, por outro lado, nosso Código de Processo Penal, fruto que é de tempos de pressão e dúvida, mostrou-se, desde sua promulgação em 1941 até as reformas mais recentes, vacilante, dúbio, falho, aberto às mais escandalosas ofensas aos direitos indelévels dos cidadãos que caíram em sua malha tão, mas tão fina. Permitiu e ainda permite tantas brechas inquisitórias a ponto de indagarmos sinceramente qual o processo penal que adotamos, visto aquele acusatório prometido constitucionalmente não se refletir no principal diploma processual repressivo.

Isto porque a classificação do tipo de processo penal existente mediante estudos sobre o próprio CPP é tarefa ingrátíssima, impossível até se considerarmos a ardilosa reunião, numa mesma lei, de institutos tão díspares, frutos que são de realidades e ordenamentos jurídicos inconciliáveis. As mais de quatro décadas passadas entre a promulgação do CPP e o novo Texto Constitucional em 1988 conheceram apenas leves atenuações em alguns pontos do Código que, compreensivelmente dado o regime político-constitucional à época, não modificaram sua estrutura, quiçá seu espírito.

O que não se pode compreender é a manutenção de um Código altamente autoritário e anti-garantista mesmo após passados mais de vinte e cinco anos de uma nova Constituição que, como visto e apesar de não literalmente adotá-lo, delineia e dá todas as bases para a existência dum sistema acusatório. Apontaremos, dentre as várias afrontas infraconstitucionais, aquelas mais relacionadas à prova e às funções dos atores processuais.

2. O Subsistema Inquisitório: Inconstitucionalidades no Código de Processo Penal

⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. 1. p. 60.

Primeiramente, tem-se o controle judicial sobre o destino do inquérito policial. Os autos dessa verdadeira investigação preliminar, instrumento hábil para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público¹⁰ não se encontram em poder direto deste, mas subordinados que estão ao juiz. Os autos do inquérito não são remetidos diretamente ao *Parquet*, seu destino natural, mas primeiramente ao gabinete do magistrado, que aí assim “abre vistas” para o órgão ministerial. Note-se a ligação direta entre a Polícia Judiciária e o juiz. Tal procedimento desprestigia o próprio Ministério Público.

Também é estranho a um processo acusatório o artigo 28 do CPP que faculta ao juiz, caso discorde do pedido de arquivamento do *Parquet*, a remessa dos autos do inquérito ao Procurador-Geral¹¹. O juiz aí está, portanto, decidindo sobre a viabilidade ou não da acusação. Está decidindo que há, sim, a justa causa para a propositura da ação penal. Justa causa essa que o Ministério Público, único titular da ação penal pública, julgou não existir. Mas é óbvio que tal tarefa não lhe cabe (ao juiz) num verdadeiro sistema acusatório. Novamente a indevida e inconstitucional ingerência do juiz.

É de se defender a remessa direta dos autos de inquérito diretamente ao *Parquet*, pois afinal a este serve. O órgão ministerial, incumbido constitucionalmente que é de promover a ação penal pública, deve decidir, sem quaisquer interferências, sobre o arquivamento, a volta dos autos à delegacia de polícia para novas diligências ou a propositura da ação penal, estando protegido, em qualquer caso, pelo seu *status* constitucional, subordinando-se unicamente ao Conselho Superior.

Igualmente perigosos à sobrevivência do espírito acusatório são os institutos da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*, também duramente criticados pela quase totalidade da doutrina garantista que neles vê uma possibilidade bem calculada de

¹⁰ “A finalidade do inquérito, como se pode inferir da sua própria definição, é mesmo apurar o fato criminoso, as suas circunstâncias e autoria. Já a destinação desse procedimento, ou seja, a sua utilidade prática no processo penal, tal como estabelecido pelo art. 12 do CPP, é servir de base para a denúncia ou queixa, ou seja, servir de suporte ou lastro para a acusação contida na peça inaugural do processo. [...] O inquérito é um procedimento meramente informativo e, portanto, dispensável. Vale dizer, se o autor da ação penal já dispõe dos elementos que consubstanciam a justa causa para a demanda, não há por que se instaurar um procedimento investigatório justamente para se obter esses elementos. Nesse sentido, o STF já decidiu taxativamente que ‘o Ministério Público pode dispensar o inquérito policial quando possuir elementos de convicção que considere suficientes para o oferecimento da denúncia.’” MACHADO, op. cit., p. 88-89.

¹¹ “Espera-se que o controle sobre o arquivamento do inquérito policial por parte do Judiciário venha a ser abolido, ficando a cargo do Conselho Superior do Ministério Público. [...] Aliás, esta foi uma proposta constante do Anteprojeto de Código de Processo Penal em 1995, da autoria do Senador Pedro Simon, estabelecendo que a promoção de arquivamento do inquérito policial ou de peças informativas por parte do órgão do Ministério Público deveria ser informada ao indiciado e ao ofendido, bem como submetido à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público.” THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 257.

distorção dos ideais acusatórios encampados na Constituição, abrindo-se caminho para “que o juiz revolva a substância do direito da parte, que não lhe pertence.”¹².

A *emendatio libelli* prevista no art. 383 do Código de Processo Penal autoriza ao juiz que, na sentença, modifique a definição jurídica dos fatos contidos na denúncia ou queixa, ainda que em consequência tenha de aplicar pena mais gravosa. Trata-se, como se vê, de modificação da capitulação legal dos fatos, ou seja, sua tipicidade, e não dos fatos em si, que permanecem os mesmos tal como narrados na inicial acusatória. Modificação esta realizada pelo *juiz*. Boa parte da doutrina, ancorada no entendimento de que o réu defende-se dos fatos a ele imputados e não de sua definição legal, diz não haver qualquer problema neste instituto, não havendo, inclusive, necessidade de se ouvir o réu acerca do novo rumo do processo. Caminho oposto segue a doutrina de cunho mais garantista¹³, havendo mesmo aqueles contrários à *emendatio*, considerando-a mais uma afronta ao sistema acusatório¹⁴.

A *mutatio*, por sua vez, permite ao Ministério Público o aditamento da denúncia ou queixa quando se evidenciar ao cabo da instrução probatória a necessidade de nova qualificação jurídica dos fatos, tendo em vista as provas produzidas em juízo. O aditamento cabe ao Ministério Público, *parte*, portanto, e essa foi a principal alteração dada pela Lei 11.719 de 2008, em conformidade com o sistema acusatório. No entanto, a lucidez do legislador termina por aí, visto que o parágrafo primeiro mais uma vez permite a ingerência do magistrado em função que deveria ser estritamente parcial: caso o membro do *Parquet* não entenda pelo aditamento, o juiz, discordando, provocará o Procurador-Geral, em analogia com o art. 28 do CPP. Novamente, faz-se a mesma advertência quanto à necessidade de aditamento da inicial acusatória¹⁵ e de se ouvir o acusado sobre tal procedimento, tudo em homenagem aos princípios do contraditório e

¹² PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 147.

¹³ “É preciso considerar que num sistema processual acusatório toda acusação deve ser formalizada apenas pelo órgão incumbido da tarefa de acusar, e as peças acusatórias não devem ser corrigidas pelo julgador, que não tem essa função e precisa manter-se equidistante das acusações, a fim de julgá-las com imparcialidade. Logo, a solução mais adequada à Constituição Federal, que consagrou o princípio acusatório, é que, mesmo no caso da *emendatio libelli*, a inicial seja emendada pela acusação, com a subsequente audiência da defesa, para posterior julgamento pelo juiz.” MACHADO, op. cit., p. 241.

¹⁴ Embora trate o autor da *mutatio*, igual entendimento é aplicável à *emendatio*: “Assim, a sentença condenatória decorrente de processo com *mutatio libelli* sem aditamento da denúncia representa uma violação frontal ao princípio constitucional da separação de poderes, da inércia da jurisdição, da titularidade exclusiva da ação penal pública, da imparcialidade do juiz, do contraditório, da ampla defesa e, principalmente, do princípio da correlação entre acusação e sentença.” THUMS, op. cit., p. 293.

¹⁵ “O aditamento é sempre necessário, tanto nos casos em que a nova descrição do fato implicar uma pena mais grave, quanto nas hipóteses em que essa descrição nova resultar numa pena mais branda. É isso por exigência do princípio do processo acusatório.” MACHADO, op. cit., p. 243.

da ampla defesa. Adverte-se, ademais, a alto perigo inquisitivo que a *mutatio* representa¹⁶.

A legislação esparsa não deixa por menos. Ainda que muitas delas tenham sido promulgadas após a nova Constituição, é exceção não se deparar com alguma clara ofensa ao princípio do sistema acusatório. Exemplos claros são a Lei n. 9.034 de 1995 (Lei do Crime Organizado) e a Lei n. 9.296 de 1996 (Lei das Interceptações Telefônicas) que atribuem incompatíveis poderes ao juiz de determinar *ex officio* a produção de provas. Ao menos na prisão temporária (Lei n. 7.960/89), embora despicienda por já adotarmos a prisão preventiva, diga-se de passagem, não se admite a decretação *ex officio*, no que andou bem o legislador.

Duas conclusões: primeiramente, é senso comum legislativo, tanto em pequenas reformas ou mesmo na edição de novas leis, permitir ao juiz que, por iniciativa própria, sem provocação das partes, atue no inquérito ou no processo em busca a esclarecer a verdade dos fatos (*ainda o fantasma da verdade real*). Em segundo lugar, tal atuação dá-se primordialmente na produção de provas, âmbito e razão da decisão judicial.

Infelizmente, na atualidade, assistimos a um *velho Direito* tentando correr no ritmo da moderna urgência. Para tanto, em vez de modernizar-se com a tecnologia, prefere os planos milagrosos e o terror da legislação simbólica. A inflação legislativa brasileira em matéria penal é exemplo típico desse fenômeno. Nesse complexo contexto, o Direito é diretamente atingido, na medida em que é chamado a (re)instituir o elo social e garantir a segurança jurídica. Multiplicam-se os direitos subjetivos e implementam-se uma série de novos instrumentos jurídicos. O sistema penal é utilizado como sedante, através do simbólico da panpenalização, do utilitarismo processual e do endurecimento geral do sistema. É a ilusão de resgatar um pouco da segurança perdida através do Direito Penal, o erro de pretender obrigar o futuro sobre a forma da ameaça.¹⁷

Por fim, como exemplo máximo deste verdadeiro *subsistema infra e inconstitucional* é a possibilidade, admitida pelo art. 385 do CPP, que o magistrado possui de reconhecer agravantes não alegadas, bem como *condenar o réu ainda que o*

¹⁶ “O art. 384, *caput*, do Código de Processo Penal é um caso flagrante de violação ao princípio acusatório, porque investe o juiz de funções persecutórias, bem como viola um postulado do processo de partes, que é o princípio da correlação. Aqui a lei não prevê a possibilidade de aditamento da denúncia, o que significa que o magistrado está desempenhando a função persecutória, bem como condenará o réu por fato diverso do constante da denúncia.” THUMS, op. cit., p. 290-291.

¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. p. 29. Grifo do autor.

*Ministério Público tenha postulado a absolvição*¹⁸. Afronta ao sistema acusatório já apontado pela doutrina¹⁹. Mas que todavia persiste.

Tais breves apontamentos acima, que de nenhuma maneira esgotam os institutos de marcada carga inquisitiva, mas que servem para demonstrar a profundidade ética, política e positiva de sua infiltração no seio do ordenamento processual penal pátrio, demonstram inapelavelmente a incompatibilidade incontornável entre os princípios constitucionais, muitos dos quais suportam direitos e garantias fundamentais, e os mandamentos da lei de processo penal. A incompatibilidade é logicamente insolúvel. Acontece é a opção descarada e desmotivada por um conjunto de opções jurídico-políticas historicamente herdadas, costumeiramente aceitas e diariamente reproduzidas.

Acontece com o processo penal um fenômeno bastante peculiar. Já passados mais de vinte e cinco anos de uma nova Constituição, é como se ela ainda estivesse por vir. O processo penal como que está à deriva, sem destinação certa, num impasse entre os escombros inúteis do passado e a incerteza das realizações do futuro. Porém os escombros ainda muito pesam e muito. O Código de Processo Penal é, em muitas partes, um anacronismo legalmente legítimo, está aí vigente e produz efeitos, mas torna-se insustentável e inconstitucional (vários de seus dispositivos) no Estado Democrático de Direito instituído em 1988.

Certamente que a positivação constitucional deveria significar e influir na realidade muito mais do que de fato influenciou, pelo menos no tema de processo penal aqui trabalhado, porém a definitiva adoção do sistema acusatório, dentre outras coisas, “implica não só a mudança das regras processuais, mas de todas as normas de organização judiciária e das instituições envolvidas na acusação e defesa”, ou seja, aperfeiçoamento conjunto da advocacia, da defensoria pública e da promotoria, “formando uma estrutura complexa e interligada que tenha como princípio inspirador o respeito às garantias do cidadão, o afastamento do judiciário da persecução penal e o desenvolvimento de uma ideologia garantista.”²⁰.

¹⁸ O mesmo não ocorre na ação penal privada, já que o não pedido de condenação acarreta a preempção (art. 60, III do CPP).

¹⁹ “É notório que essa regra é mais um resquício do modelo inquisitivo de processo que dá ao juiz certas iniciativas e poderes para tornar efetiva a sanção penal cominada ao crime. O juiz não tem a função de tornar efetiva as sanções penais, mas, isso sim, a função elevadíssima de julgar as causas com isenção e parcialidade. Logo, onde o Ministério Público deixou de sustentar a acusação, formulando pedido expresso de absolvição do réu, não poderá o juiz proferir sentença condenatória, pois isso significaria uma hipótese de ‘jurisdição sem ação’, com afronta ao princípio do *nemo iudex sine actore* e, sobretudo, uma violação ao princípio acusatório, adotado pela Constituição de 1988.” MACHADO, op. cit., p. 246-247.

²⁰ THUMS, op. cit., p. 240.

O processo penal brasileiro é absurdo, kafkiano, felliniano, pois vive à meia-luz constitucional: algo é visto, muito é escondido, mas tudo é certamente grotesco e exagerado neste palco iluminado ao gosto daquele que interpreta/aplica, valendo-se da confusão de regras e princípios de dois sistemas inconciliáveis que pretendem habitar o mesmo espaço.

3. Impasses entre o Velho e Novo: A Aparência Acusatória

Diante da intrincada indecisão sobre qual, de fato, é o sistema processual penal adotado pelo país, não há unanimidade na doutrina, mesmo entre os mais gabaritados, e a jurisprudência dos tribunais, inclusive dos Superiores, embora reconheça vários traços acusatórios encampados na Constituição, é, como esta, evasiva quanto a enunciar precisamente a existência dum sistema acusatório. Isto sem contar a inconstância de teses e paradigmas utilizados por nossos juízes (inclusive, novamente, das Altas Cortes), que não raramente levam a conclusões jurisprudenciais francamente contraditórias.

Estamos bem familiarizados com o aforismo de que o direito é o que o tribunal diz que ele é. Mas isso pode significar duas coisas bem diferentes. Pode significar que os tribunais estão sempre certos quanto ao que é o direito, que suas decisões criam o direito, de tal modo que, quando interpretam a Constituição de determinada maneira, essa no futuro será necessariamente a maneira certa de interpretá-la. Ou pode significar simplesmente que devemos obedecer às decisões dos tribunais, pelo menos de maneira geral, por razões práticas, embora nos reservemos o direito de sustentar que o direito não é o que eles disseram. O primeiro modo de ver é o do positivismo jurídico. Creio que está errado e, no fim, corrompe profundamente a ideia e o Estado de Direito.²¹

De modo a exemplificar, e embora concordemos com esta decisão específica, colaciona-se a seguinte ementa do Supremo Tribunal Federal:

O sistema jurídico vigente no Brasil – tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático – impõe ao Ministério Público a obrigação de expor, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação das pessoas acusadas da suposta prática da infração penal, a fim de que o Poder Judiciário, ao resolver a controvérsia penal, possa, em obséquio aos postulados essenciais do direito penal da culpa e do princípio constitucional do “*due process of law*”, ter em consideração, sem transgredir esses vetores

²¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. Rev. Téc. Gildo Sá Leitão Rios. Rev. da Trad. Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 170-171.

condicionantes da atividade de persecução estatal, a conduta individual do réu, a ser analisada, em sua expressão concreta, em face dos elementos abstratos contidos no preceito primário de incriminação. (HC-73590/SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça da União de 13.12.96, p. 50.162).²²

Não obstante a não unanimidade e até mesmo as sutis ou complexas e variadas divergências, a doutrina tradicional e majoritária capitaneada por José Frederico Marques defende o sistema acusatório como único possível de existência no país, o único passível de conformidade com o direito nacional:

No direito brasileiro, garantida constitucionalmente aos acusados “plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela” (Constituição Federal, art. 141, § 25), e assegurada ainda a instrução criminal contraditória (art. 141, § 25), só o sistema acusatório pode ter acolhida.²³

Atente-se para o fato de que a Constituição a qual se refere o mestre não é a de 1988, mas sim a de 1946, o que reforça a defesa no sentido de que o sistema acusatório é, enfim, o mais adequado aos períodos históricos de retomada da democracia.

Não somente, e no mesmo contexto histórico, Frederico Marques ainda afasta a possibilidade de existir o juiz inquisitivo no direito pátrio:

Separadas estão, no Direito pátrio, a *função de acusar* e a *função jurisdicional*. O impulso inicial ao processo, quem o dá é o Ministério Público, quando se trata de *ação penal pública*, ou o particular, quando o caso é de *ação penal privada*. O juiz exerce o poder de julgar e as funções inerentes à atividade jurisdicional: atribuições persecutórias, ele as tem muito restritas, e assim mesmo confinadas ao campo da *notitia criminis*. No que tange com a ação penal e à função de acusar, sua atividade é praticamente nula, visto que ambas foram adjudicadas ao Ministério Público.²⁴

No mesmo sentido quanto à adoção e vigência de um legítimo sistema acusatório em nosso país, Machado:

O direito processual penal brasileiro, não há dúvida, optou pelo modelo acusatório de processo, sobretudo depois da democratização do país e do advento da nova ordem constitucional. [...] Não há dúvida, portanto, que os pilares característicos do processo de tipo acusatório estão claramente afirmados pela Constituição de 1988. E dentre esses pilares se deve destacar a rigorosa separação entre as funções de acusar, defender e julgar, em que se reserva ao juiz uma posição sobranceira e imparcial, distante da atividade probatória, com o espírito livre de qualquer contaminação ou pré-julgamentos que a

²² THUMS, op. cit., p. 239-240.

²³ MARQUES, op. cit., p. 63.

²⁴ Ibid., op. cit., p. 64.

investigação de ofício ou as iniciativas probantes sempre acarretam, tudo com o objetivo de assegurar-lhe as condições propícias para julgar com isenção de ânimo, com serenidade e justiça.²⁵

Outros autores, com Hélio Tornaghi à frente, defendem a existência de um processo brasileiro de tipo misto²⁶, pois este em sua totalidade seria o resultado da união de duas partes morfológica e principiologicamente complementares e diversas. Isto é: a fase de investigações preliminares, ainda no âmbito policial ou administrativo, obedecendo as estruturas do sistema inquisitório; enquanto que a fase processual propriamente dita seria, por excelência, acusatória²⁷.

Em que pese o nome dos autores deste filão da doutrina, os contra-argumentos para a não caracterização do processo penal brasileiro como de tipo misto são:

(a) a fase inquisitiva se desenvolve dentro do inquérito policial, perante uma autoridade administrativa e, portanto, não se trata aí de processo; (b) a fase desenvolvida em juízo, que é propriamente a fase do processo penal (e não da investigação), e tem início com uma acusação formal; está orientada pelos princípios da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do juiz imparcial, reunindo, portanto, todos os elementos do processo tipicamente acusatório. É justamente a predominância desses elementos do processo acusatório na fase genuinamente processual que permite concluir que o sistema brasileiro é mesmo o sistema de tipo acusatório, e não o misto.²⁸

De outra parte, Jacinto Coutinho inaugura corrente contrária que vem ganhando fortes adeptos nas duas últimas décadas, sendo bastante reproduzida e defendida em vários trabalhos acadêmicos de cunho garantista. Contrariamente aos postulados da doutrina majoritária, Coutinho defende a plena vigência dum sistema inquisitório no Brasil, isto pois a gestão da prova, elemento definidor em sua doutrina de qual o modelo de processo penal existente, está nas mãos do juiz e não das partes, o que desnatura definitivamente, em sua opinião, o sistema acusatório e se torna suficiente para ser caracterizada a inquisitorialidade do processo penal.

²⁵ MACHADO, op. cit., p. 19-20.

²⁶ Quanto ao tema, estamos com Ferrajoli: “Tudo está a indicar que há confusão entre a caracterização dos sistemas processuais, na medida em que nem o acusatório nem o inquisitório guardam suas características originais, razão pela qual não se pode definir um sistema levando em consideração seus traços ontológicos. *O sistema misto certamente não é um sistema, mas um amontoado de regras.*” FERRAJOLI, op. cit., p. 230-231. Grifo nosso.

²⁷ “Leis modernas adotaram um tipo de processo *misto*. Não porque seja ao mesmo tempo inquisitório e acusatório, mas porque está dividido em duas partes: a primeira inquisitória, a outra acusatória.” TORNAGHI, Hélio. **Processo penal**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Editor, 1953. v. 1. p. 53. Grifo do autor.

²⁸ MACHADO, op. cit., p. 19-20.

Finalmente, diante da breve análise dos sistemas processuais e dos princípios que os estruturam, pode-se concluir que o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil.²⁹

Enfim, esta inconsistência permeável aos mais diversos arbítrios, opções e preferências do hermenêuta e do aplicador, esta relatividade jurídica tão à brasileira, esta *aparência acusatória*³⁰ que mascara uma persistente *práxis* de sistemática violação dos direitos fundamentais do acusado a ponto de o processo penal dos fóruns tornar-se mera formalidade chanceladora das enormes disparidades sociais e econômicas do país, dos processos de rotulação e da injustificável e rançosa ignorância da Constituição, como se ela não existisse ou, existindo, estivesse distante demais da realidade social para ser levada a sério³¹, não pode passar despercebida a qualquer olhar, por menos crítico que seja. Não somente, é preciso ir além³².

4. Juiz das Garantias

O Juiz das Garantias encontra-se no Anteprojeto de Código de Processo Penal. A gênese do Anteprojeto é a respectiva Comissão de Juristas responsável criada em 2008, através do Requerimento nº 227, de 2008, aditado pelos Requerimentos nº (s) 751 e 794, de 2008, e pelos Atos do Presidente nº(s) 11, 17 e 18, de 2008. A Comissão de Juristas, foi composta por Antônio Correa, Antônio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Hamilton Carvalhido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral. Incumbida que foi de verdadeiramente refundar o processo penal

²⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre, Notadez, v. 1, n. 1, p. 26-51, 2001. p. 29.

³⁰ PRADO, op. cit., p. 195.

³¹ “A parte principal do direito – a parte que define e executa as políticas sociais, econômicas e externas – não pode ser neutra. Deve afirmar, em sua maior parte, o ponto de vista da maioria sobre a natureza do bem comum. Portanto, a instituição dos direitos é crucial, pois represente a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas. [...] Se o governo não levar os direitos a sério, é evidente que também não levará a lei a sério.” DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 314. Grifos nossos.

³² Para Gilberto Thums, este “ir além” é a construção de um novo CPP: “Sem um novo Código de Processo Penal, inspirado pelas conquistas da Constituição Federal/88, não se pode falar em sistema acusatório no Brasil. O sistema vigente e idolatrado pelos conservadores é nitidamente inquisitório; talvez pudesse ser rotulado de inquisitório misto, ou de inquisitório moderado, ou inquisitório reformado, por admitir vários direitos ao réu, mas jamais pode ser considerado um modelo acusatório ou garantista.” THUMS, op. cit., p. 264.

brasileiro (e não somente modernizá-lo), a Comissão, tendo como coordenador o Ministro Hamilton Carvalhido e como relator-geral Eugênio Pacelli de Oliveira, apresentou uma primeira versão do anteprojeto em 22 de agosto de 2009. Já a versão definitiva vem com o Parecer n. 1.636, de 7 de dezembro de 2010.

Ressalte-se que o provável destino desse anteprojeto, assim como outros, ou seja, o seu *engavetamento*, não desencoraja o prosseguimento do artigo. Pelo contrário, a figura do juiz das garantias concentra várias das problemáticas atuais e históricas do processo penal pátrio, principalmente a adequação ou reformulação acusatória do vetusto Código de 1941, de inspiração sabidamente fascista e, portanto, igualmente vetusta e antigarantista. Não somente, a matriz político-idealógica do juiz das garantias permite o pensamento, o debate e a crítica dos rumos de nosso processo penal à época do amadurecimento de nossa Constituição e dos ideais democráticos também no âmbito penal.

Pois bem, desde logo a Exposição de Motivos do Anteprojeto vem trazer explicitamente a necessidade da realização do sistema acusatório constitucional, aquela necessidade de refundação do processo penal brasileiro tendo como vigas mestras os delineamentos do sistema acusatório tal como previstos na Constituição Federal:

[...] a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões: históricas[...] A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrangidas no atual texto constitucional. E isso, em processo penal, não só não é pouco, como também pode ser tudo. O Código de 1941, anunciava em sua Exposição de Motivos que "...as nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade...". Ora, para além de qualquer debate acerca de suposta identidade de sentido entre garantias e favores, o que foi insinuado no texto que acabamos de transcrever, parece fora de dúvidas que a Constituição da República de 1988 também estabeleceu um seguro catálogo de garantias e direitos individuais (art. 5º).³³

E propõe-se a tanto principalmente através da criação do juiz das garantias:

Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. [...]O juiz das

³³ BRASIL, Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, 2009. 133 p. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090424-01.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2015. p. 13.

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. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) 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.³⁴

Desde logo, deixaram bem claro os autores do Anteprojeto, em conferências e entrevistas, que esta figura prometida é mesmo a principal aposta do novo CPP para a total garantia dos direitos do acusado, ao menos na fase investigatória, calcanhar de Aquiles do processo penal pátrio (sendo o outro a Execução Penal). Obviamente não se trata da *salvação* milagrosa de todos os problemas do processo penal brasileiro, nem também se tenta, unicamente com ele, a conformação infraconstitucional do principal diploma legislativo ao sistema acusatório. Mas é, inegavelmente, uma tentativa³⁵, uma proposta séria. E de fato a matriz político-jurídica do juiz das garantias (e não necessariamente a figura exata dele, tal como previsto positivamente no Anteprojeto) é tão rica que desde cedo seu nome suscitou os principais debates, críticas, ataques e defesas à Comissão encarregada do Anteprojeto.

Note-se a novidade do tema e também sua inconclusão legislativa, o que infelizmente restringiu o âmbito dos debates aos círculos acadêmicos. Ainda pouco material bibliográfico foi produzido a respeito, destacando-se somente artigos encontráveis na internet e alguns poucos trabalhos de conclusão de curso. Porém, do que vimos, as críticas negativas são mais pulsantes e numerosas e tendem a dois argumentos principais: a inutilidade do juiz das garantias ou sua inviabilidade prática:

Com efeito, para a efetivação de tal medida, seriam necessários, no mínimo, dois juízes em cada Comarca – um responsável pelas medidas assecuratórias adotadas na fase de apuração preliminar e outro para a instrução e julgamento do processo. Para aquilatar a carência de recursos humanos no Poder Judiciário, registre-se que

³⁴ BRASIL, Senado, op. cit., p. 16.

³⁵ “Se não podemos exigir que o governo chegue a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções.” DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 286.

40% das Comarcas do Estado de São Paulo, Unidade mais rica e desenvolvida da Federação, contam com apenas um juiz.³⁶

De modo que a intenção primordial do juiz das garantias é mesmo o afastar todos os poderes conferidos³⁷ ao juiz do processo penal que se entende resquícios inquisitórios, poderes que de algum modo, *presume-se*, podem influir na sua convicção ou imparcialidade³⁸. São quase todas atividades *ex officio*. O juiz das garantias não significa, portanto, desprestígio da magistratura ou desconfiança para com a função jurisdicional. Significa, isto sim, o seu fortalecimento³⁹.

Não esqueçamos que

A imparcialidade o julgador decorre, não de uma virtude moral, mas de uma estrutura de atuação. Não é uma qualidade pessoal do juiz, mas uma qualidade do sistema acusatório. Por isso a importância de mantê-lo longe da iniciativa probatória, pois quando o juiz atua de ofício, funda uma estrutura inquisitória. A gestão da prova deve estar nas mãos das partes (mais especificadamente, a carga probatória está inteiramente nas mãos do acusador), *assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se assim suprapartes e preservando sua imparcialidade*.⁴⁰

Outra justificativa para a criação do Juiz das Garantias é o assegurar todos os direitos constitucionais do acusado justamente na fase em que eles são mais suscetíveis de violação direta; direitos tais muito difíceis de serem reestabelecidos, seja aqui mesmo no inquérito ou ali depois no processo penal. Como se sabe, a tragédia do sistema

³⁶ BARROS FILHO apud HAGEMANN, Fernanda Mietch. **Juiz das garantias: necessidade ou falácia?** 2010. 41 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) - Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2010. p. 35.

³⁷ “[...] tantos são os poderes conferidos àqueles cuja função é julgar com imparcialidade a lide, mantendo-se equidistante das partes. Na verdade, pode o juiz requisitar abertura de inquérito (art. 5º, II, do CPP); decretar de ofício prisão preventiva (art. 311 do CPP); conceder habeas corpus de ofício (art. 654, §2º, do CPP); ser destinatário da representação (art. 39 do CPP); ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes (art. 156, I, do CPP); determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante (art. 156, II, do CPP); ouvir outras testemunhas além das indicadas pelas partes (art. 209 do CPP) e, inclusive, as referidas pelas testemunhas (§ 1º do art. 209 do CPP), etc.” TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 239.

³⁸ “... o juiz não deve ser senão juiz, árbitro imparcial e não parte, porque, do contrário, criará em seu espírito as primeiras suspeitas e, por amor próprio de sua previdência, ele julgará antes de ser tempo de julgar.” PIMENTA BUENO apud MARQUES, op. cit., p. 63.

³⁹ “A vedação de atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das funções jurisdicionais. Na verdade, é precisamente o inverso. A função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito do Poder Público. A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão transindividual, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes.” BRASIL, Senado, op. cit., p. 14.

⁴⁰ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 176. Grifo nosso.

penal⁴¹ no Brasil, no que cabe ao processo, encontra-se nas pontas⁴², ou seja, no inquérito (fase pré-processual) e na execução da pena.

Por sua vez, o inquérito policial em vigência basicamente o mesmo de 1871 (quando foi instituído no país através da Lei 2.033), ainda que instrumento investigatório, não permite à Polícia Judiciária, órgão incumbido constitucionalmente da persecução penal, virar ao avesso o sujeito de direitos e garantias que é o indiciado em busca de qualquer pretensa *verdade dos fatos (o velho fantasma da verdade real)*. Infelizmente, tal advertência mais que sabida cabe também ao juiz penal, pois, como já vimos, este possui inúmeros poderes instrutórios na fase de inquérito policial que *podem* torná-lo (e não necessariamente o tornam) inabilitado para um julgamento isento e imparcial, um julgamento de caráter acusatório:

Inquérito Policial – Unilateralidade – A situação jurídica do indiciado. O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é – enquanto *dominus litis* – o verdadeiro destinatário das diligências efetuadas pela polícia judiciária. A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilícitamente obtidas no curso da investigação policial. (HC-73271/SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no Diário de Justiça da União de 04.10.96, p. 37.100).⁴³

Uma das consequência mais perniciosas que o inquérito policial pode causar ao processo é a contaminação deste pelas provas obtidas por meio ilícitos, providência devidamente proibida pelo art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Ainda que tais provas sejam extirpadas dos autos antes de qualquer decisão de mérito, se houve o contato com

⁴¹ “O sistema penal é autofágico. Ele se alimenta de si mesmo. Primeiro vem a exclusão (econômica, social, etc.), depois o sistema penal seleciona e etiqueta o excluído, fazendo com que ele ingresse no sistema penal. Uma vez cumprida a pena, solta-o, pior do que estava quando entrou. Solto, mas estigmatizado, volta às malhas do sistema, para mantê-lo vivo, pois o sistema penal precisa deste alimento para existir. É um ciclo vicioso, que só aumenta a exclusão social e mantém a impunidade dos não excluídos (mas não menos delinquentes).” LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 18.

⁴² “É importante destacar que atualmente os pontos de maior ineficácia das garantias processuais residem nos dois extremos do processo penal: no inquérito policial e na execução da pena.” Ibid., p. 239.

⁴³ HAGEMANN, op. cit., p. 23.

ela, pode haver elementos de convicção indevidos determinantes na condução do processo⁴⁴, isto pois se trata da mesma pessoa, do mesmo juiz⁴⁵.

Nesta sequência de ideias, o exemplo mais amargo da história recente foi o desenrolar do caso Satiagraha^{46,47}. Resultado: arrastamento inútil do processo por anos, oneração desnecessária dos cofres públicos, mancha na reputação de seus atores principais, indenização aos investigados e, principalmente, desprestígio total da justiça criminal. O caso bem exemplifica o que poderia ser uma atuação positiva do juiz das garantias.

As controvérsias encontradas na doutrina refletem-se nas raras monografias existentes sobre o tema. As conclusões são bastante díspares. Enquanto em duas delas as autoras afirmam que o Juiz das Garantias seria uma função desnecessária⁴⁸ e contrária a um desenrolar razoável do processo⁴⁹, concluindo que a proposta seria

⁴⁴ “É por isso que a investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira, de acordo com um rito determinado, na observância de regras preestabelecidas. Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral aceitável. O método através do qual se indaga deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que se exerce a atuação do juiz e das partes.” GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 124.

⁴⁵ “A ilicitude da prova acarreta a inadmissibilidade de sua utilização no processo, o que tem como consequência seu desentranhamento dos autos e entrega a quem a produziu. Contudo, esse procedimento não basta para a manutenção e garantia do devido processo, porque compromete a imparcialidade do juiz que determinou a sua realização ou, de alguma outra forma, conheceu dessa prova ou com ela teve contato. Por isso *faz-se necessário, também, o afastamento do juiz que teve contato com a prova ilícita, vez que não possui mais isenção para o julgamento.*” NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10 ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 278. Grifo nosso.

⁴⁶ O julgamento encontra-se disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/macabu-satiagraha.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

⁴⁷ “Os ministros concederam habeas corpus à defesa de Dantas por entenderem que foi ilegal a participação de dezenas de agentes da Abin (Agência Brasileira de Inteligência) na operação, sob a coordenação do delegado —e hoje deputado federal— Protógenes Queiroz. Todas as evidências obtidas com a ajuda de funcionários da agência de inteligência e as derivadas delas, como diligências ocorridas após interceptações telefônicas irregulares são consideradas nulas.” STJ derruba operação Satiagraha e anula condenação de Daniel Dantas. **Última Instância**, São Paulo, 07 jun. 2011. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/51757/stj+derruba+operacao+satiagraha+e+anula+condenacao+de+daniel+dantas.shtml>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

⁴⁸ “Também percebemos que a proposta de criação do juiz das garantias é incoerente no sentido de que este juiz somente poderá atuar durante o inquérito policial e nenhuma prova produzida nesta fase, segundo o Projeto, poderá ser aproveitada no processo, sem ser submetida ao crivo do contraditório. Significa que o PLS cria a figura de juiz que atua em uma fase específica e depois, tudo o que este juiz fez, não é aproveitado pelo segundo juiz, ou seja, o juiz do processo. Seria, então, uma função desnecessária, uma vez que a própria prova produzida sob a fiscalização do juiz, não teria valor no processo.” HAGEMANN, op. cit., p. 39.

⁴⁹ “Em suma, o juiz das garantias não traz benefício algum para um processo penal acusatório, tão pouco para a sociedade, já que trará onerosidade para o Estado, bem como no atraso no desenrolar do processo.” GONÇALVES, Tatiana Calegari. **O juiz das garantias frente ao princípio da imparcialidade jurisdicional**. 2012. 71 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) - Universidade de Passo Fundo, Soledó, 2012. p. 66.

“inexecutável” diante da falta de recursos e das falhas do projeto⁵⁰, noutra monografia defende-se que essa nova figura é em verdade “uma evolução natural do sistema persecutório nacional no sentido de alcançar maior conformidade ao Sistema Acusatório.”⁵¹. Nossas próprias críticas serão melhor desenvolvidas e sistematizadas em lugar próprio.

Em resumo, as justificativas para a criação dos juiz das garantias são: a) a constitucionalização do processo penal em vistas a adequá-lo aos mandamentos constitucionais do sistema acusatório; b) fazê-lo no inquérito policial, nicho costumeiro de violações dos direitos e garantias do indiciado; c) isentar o juízo do processo de decisões instrutórias concernentes à fase de investigação policial, purificando-o assim, ao máximo das possibilidades, de decisões de cunho inquisitório ou parcial, programando um processo o mais acusatório possível em suas duas fases.

4.1. Principais Funções do Juiz das Garantias

O juiz das garantias nada mais é que nova competência funcional por fases do processo⁵². Não exerce novas funções processuais, apenas abocanha aquelas inerentes à fase de investigação policial, deixando as demais para o juiz do processo. Ocorre, portanto, somente uma redistribuição das atribuições jurisdicionais.

Destacam-se: o manejo exclusivo da prisão provisória pelo juiz das garantias (prorrogação, substituição e revogação), função que visa colocar fim à banalização de seu uso como forma de cumprimento antecipado da pena, bem como isentar o juiz do processo de qualquer *pré-julgamento*⁵³ acerca do crime, sua autoria e da pessoa do indiciado; decidir sobre o *pedido* (das partes, portanto) de produção antecipada de provas urgentes e irrepetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; permitir a

⁵⁰ HAGEMANN, loc. cit.

⁵¹ BRANDANI, Sérgio Augusto Souza. **O juiz das garantias**: previsão do anteprojeto de Código de Processo Penal. 2011. 89 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) - Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2011. p. 81

⁵² “A competência funcional é definida tendo em vista o papel ou a função que o órgão jurisdicional exerce no processo ou em determinado momento do processo. Fala-se então na competência funcional quanto à fase do processo; quanto ao objeto do juízo; e quanto ao grau de jurisdição. Observe-se que nesses três casos o órgão jurisdicional vai assumindo papéis e funções diferenciadas ao longo de um mesmo processo ou causa.” MACHADO, op. cit., p. 405.

⁵³ “No Brasil pouca ou nenhuma importância tem sido dada a essa inconstitucionalidade, que ocorre com certa frequência. O juiz criminal que decide sobre questões cautelares no inquérito pré-processual está *impedido* de funcionar no processo porque “pode já ter formado uma opinião prévia a pesar eventualmente na balança no momento da decisão”, impedimento esse que se dá por caracterização de *parcialidade objetiva*.” NERY JUNIOR, op. cit., p. 147. Grifos do autor.

prorrogação da duração do inquérito policial, estando o investigado preso, uma só vez e por até quinze dias, por meio de representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público. Observa-se o cuidado em esclarecer, em várias atividades do juiz das garantias, a necessidade de provocação das partes.

Não será competente o juiz das garantias apenas quanto aos crimes de menor potencial ofensivo, de qualquer modo cessando a sua competência com a propositura da ação penal⁵⁴, ficando a partir daí impedido de funcionar no processo⁵⁵. No entanto, causam certa inquietude os parágrafos do artigo 15 que não vinculam o juiz do processo às decisões tomadas pelo juiz das garantias, bem como permitem a permanência dos autos do inquérito anexados aos autos do processo. Tais pontos, dentre vários outros, serão melhor tratados no item seguinte; item no qual criticamos a figura do juiz das garantias tal como prometido no anteprojeto.

4.2. Crítica ao Juiz das Garantias

Quanto ao juiz das garantias, uma das críticas negativas possíveis seria a violação direta aos princípios do juiz competente e do juiz natural. A previsão legal do anteprojeto não seria suficiente, pois, para tanto, necessitar-se-ia de expressa previsão *constitucional*. Mas tal argumento não prospera. As competências jurisdicionais da Constituição Federal continuariam, com a adoção do juiz das garantias, perfeitamente intocadas. Apenas ocorreria modificações nas normas de organização judiciária, como ocorreu de fato com os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, embora estes últimos estivessem previstos anteriormente na Carta Maior. Como já defendido anteriormente neste artigo, não se trata o juiz das garantias de *criação de competência específica* para o juiz das garantias, mas somente deslocamento daquelas inerentes às fases processuais. Trata-se, enfim, de apenas redistribuição das atribuições jurisdicionais dentro das competências constitucionalmente previstas.

Outra crítica possível seria a de que o juiz das garantias significa a instauração de um juizado de instrução:

Na prática, a referida proposta extinguiria o inquérito policial, presidido pelos delegados de polícia, na medida em que o “juiz das garantias” controlaria as investigações realizadas pelos policiais civis

⁵⁴ “Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com a propositura da ação penal.” BRASIL, Senado, op. cit. p. 4.

⁵⁵ “Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748.” Ibid., loc. cit.

e presidiria a instrução criminal. Em outras palavras, com a criação do “juiz das garantias”, seria suprimida a fase de confirmação das circunstâncias e da autoria do crime, que antecede a ação penal. Indiscutivelmente, o novo sistema sugerido pela Comissão encarregada da reforma do Código Penal constitui, de forma velada, o instituto do “juizado de instrução”.⁵⁶

Mas a simples adoção de juízes diversos conforme as fases do processo não modifica o sistema adotado no país. Segundo Santin⁵⁷, o juizado de instrução caracteriza-se por existir uma fase prévia de investigação realizada pela Polícia Judiciária em companhia ou presidência do Ministério Público. Isto não está previsto no anteprojeto. Continuará a existir apenas a tradicional fase pré-processual, o inquérito, mas cujo destino então será diretamente o *Parquet* e não mais o juiz, privilegiando-se assim o princípio acusatório. E claramente o anteprojeto não visa a “extinção do inquérito policial”, tampouco a *supressão* das investigações acerca da justa causa para a proposição da ação penal. Ocorre justamente o contrário, ou seja, o seu fortalecimento.

Quanto às objeções de limitações orçamentárias e de pessoal que inviabilizariam a efetivação do juiz das garantias, temos a posição de que tais posições utilitaristas tendem para um conservadorismo prejudicial à efetivação de direitos. Assim os tais “limites orçamentários” acabam por se tornar a própria razão da *entificação* dos direitos. Ou seja, não obstante a positivação inclusive constitucional de vários direitos e garantias, estes acabam um *eterno vir-a-ser* distantes da realidade presente. Os países de modernidade tardia como o nosso são pródigos nessa verdadeira tergiversação prática e jurídica que acaba, fatalmente, por *negar direitos*⁵⁸.

No mais, a instituição do juiz das garantias poderá certamente também significar economia de gastos materiais. É só pensarmos nos milhares de prisões provisórias acima do tempo permitido para esse tipo de prisão e até mesmo acima do tempo abstratamente considerado caso haja condenação definitiva. É de se pensar também os tantos processos criminais que acabam sendo anulados por abusos e ilegalidades cometidos pelas autoridades (principalmente a polícia) na fase das investigações penais,

⁵⁶ BARROS FILHO apud BRANDANI, op. cit., p. 19.

⁵⁷ SANTIN apud Ibid., p. 56-57.

⁵⁸ Toda a obra de Ronald Dworkin, antiutilitarista, antinormativista e antipositivista, é não somente a crítica estrutural a tais correntes jusfilosóficas e sua insuficiência para a compreensão do fenômeno jurídico e social, mas também a construção de uma teoria do direito que se alicerça nos direitos. Direitos que fazem parte da própria constituição moral de um povo. Direitos para além das leis, regras e subjetivismos judiciais tão caros ao positivismo normativista, que apela à consciência (?) do juiz para suprimir todas as suas milhares de lacunas, não só jurídicas, mas filosóficas, *epistemológicas*. Direitos para além de meras “políticas”. Dworkin torna-se mais complexo que a infrutífera disputa entre o “juiz boca da lei” e o “juiz guardião dos valores sociais”.

como o caso da Operação Satiagraha exemplificado acima. Há de se considerar também as maiores garantias processuais penais efetivamente asseguradas aos indivíduos indiciados, bem como sensível diminuição do ativismo judicial⁵⁹. Enfim, o próprio prestígio da justiça penal.

Não obstante rebatermos tais críticas acima, não podemos deixar de concordar com a *frouxidão* do anteprojeto. Ele como se trai em seus dispositivos, na sua própria construção legislativa, abandonando os princípios e objetivos que deveria perseguir:

No inciso IX, cabe ao juiz determinar o trancamento do inquérito criminal quando não houver fundamento razoável para a sua instauração ou prosseguimento. Parece-me que este inciso padece de inconstitucionalidade em frente ao art. 129, I, CF, opção do legislador constituinte pelo sistema penal acusatório. Cabe ao titular da ação penal, que é o Ministério Público, fazer o juízo a respeito disso. Quanto ao inciso X, o juiz pode requisitar documentos, laudos e informações à autoridade policial sobre o andamento da investigação. Não se trata de um simples pedido de informação, mas da busca de elementos para a sua convicção, o que compromete a sua imparcialidade.⁶⁰

De fato, o inciso IX do anteprojeto que permite ao juiz das garantias determinar o trancamento do inquérito policial quando o magistrado, a seu íntimo julgamento, decidir pela não existência de fundamento razoável para a instauração ou prosseguimento do procedimento investigativo, parece entrar em franca discordância com o art. 129, I, da Constituição Federal, que diz ser competência institucional do Ministério Público a promoção privativa da ação penal pública, adotando definitivamente, segundo a maior parte da doutrina e conforme já visto neste artigo, o sistema acusatório. Assim, o inciso IX do anteprojeto é inconstitucional. As mesmas críticas aplicam-se inteiramente ao inciso X, que permite ao juiz das garantias requisitar informações ao delegado de polícia sobre o andamento das investigações. Mas não era este tipo de atitude por parte do juiz que o *novo* juiz das garantias deveria evitar? Isto não compromete sua imparcialidade, da mesma exata maneira que hoje ocorre? Sim para ambas indagações. Não avança o anteprojeto.

Mas as contradições não terminam por aí.

⁵⁹ “Mais do que nunca, é necessário encontrar uma resposta eficaz e definitiva à degeneração da regra do livre convencimento e dos poderes do juiz na colheita do material probatório, de modo a alcançar um regime de equilíbrio entre legalidade e liberdade da prova, o qual possa abrigar os direitos das partes no processo.” GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 133.

⁶⁰ PEDRO TAQUES apud HAGEMANN, op. cit., p. 36.

O inciso VI, por sua vez, permite ao juiz das garantias a prorrogação, substituição ou revogação da prisão provisória ou outra medida cautelar. Porém silencia-se quanto à necessidade de provocação das partes. A simples leitura do dispositivo indica não precisar de tanto. Mas ora, não era exatamente esse tipo de poder conferido ao juiz na fase pré-processual que o anteprojeto, como um todo, e, mais especificamente, o juiz das garantias, prometeram combater e erradicar? Não somente, o inciso XIV ainda confere ao juiz das garantias o poder de arquivar o inquérito policial. Ao juiz, unicamente. Hipótese que consegue ser ainda pior da existente hoje, em que o arquivamento do inquérito se mostra ato complexo que envolve o juiz e o Ministério Público e, havendo discordância entre eles, apela-se para criticadíssimo o art. 28 do Código de Processo Penal. O *Parquet* não se torna, definitivamente, senhor o inquérito. Mais uma vez afronta ao já citado art. 129, I, da Constituição Federal. Mais uma inconstitucionalidade, portanto.

É de se criticar ainda a permanência dos autos do inquérito policial no processo, conforme dita o art. 15, §3^o⁶¹ do anteprojeto. De fato, a anexação dos autos que contêm as decisões tomadas em sede pré-processual pode realmente influenciar no convencimento jurisdicional. Trata-se de uma das propostas de Aury Lopes Júnior, dentre outros:

O objetivo é a absoluta *originalità* do processo penal, de modo que na fase pré-processual não é atribuído o poder de aquisição da prova. Ela somente deve recolher elementos úteis à determinação do fato e da autoria, em grau de probabilidade, para justificar a ação penal. A efetiva coleta da prova está reservada para a fase processual – *giudice del dibattimento* -, cercada de todas as garantias inerentes ao exercício da jurisdição. A originalidade é alcançada, principalmente, porque se impede que todos os atos da investigação preliminar sejam transmitidos ao processo – exclusão das peças -, de modo que os elementos de convencimento são obtidos da prova produzida em juízo. Com isso, evita-se a contaminação e garante-se que a valoração probatória recaia exclusivamente sobre aqueles atos praticados na fase processual e com todas as garantias.⁶²

Trata-se ainda, segundo nos informa o mesmo autor, de medida – a exclusão *física* dos autos do inquérito policial dos autos do processo – já adotada em Itália e

⁶¹ “Art. 15, § 3º. Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo.” COMISSÃO TEMPORÁRIA DE ESTUDO DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **Parecer n. 1.636, de 2010** (redação final do Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009). Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp> =>. Acesso em: 24 jun. 2015. p. 5.

⁶² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. p. 293. Grifos do autor.

Espanha, “evitando o que o legislador espanhol de 1995 definiu como indesejáveis confusões de fontes cognitivas atendíveis.”⁶³.

Quanto ao tema, fazemos coro a este posicionamento:

Somente através da exclusão do inquérito dos autos do processo é que se evitará a condenação baseada em meros atos de investigação, ao mesmo tempo em que se efetivará sua função endoprocedimental. Enquanto isso não ocorrer, entendemos que os elementos oferecidos pelo IP – à exceção das provas técnicas e das produzidas através do incidente de produção antecipada (ante o juiz) – não devem ser valoradas na sentença e tampouco servir de base para uma condenação, ainda que sob o manto falacioso do “cotejando com a prova judicial”.⁶⁴

Enfim, a ideia é bastante louvável e aproveitável em vários aspectos. Como exemplos, o manejo exclusivo das prisões provisórias por parte do juiz das garantias e a isenção, pelo menos neste aspecto, por parte do juiz do processo, de quaisquer pré-julgamentos acerca do crime e do suposto autor, bem como uma maior profissionalização do processo penal ao se ter juízes distintos conforme o procedimento inquisitorial ou o processo penal. Destaca-se ainda a prorrogação do inquérito policial, estando o investigado preso, por apenas quinze dias e por só uma vez, através de representação do delegado de polícia e com a *opinio* do *Parquet*.

O intuito, originalmente, é válido. Aproveita-se, ao menos, a discussão por ele propiciada. Mas da maneira que a proposta se prescreve, ela se torna inócua⁶⁵, pelos motivos acima compilados. É uma *meia-reforma*. Mais do mesmo que longe de resolver boa parte das misérias do processo penal como prometido, resolve alguns poucos e reforça outros. Não se trata da constitucionalização definitiva do processo penal e adoção enfática de um sistema acusatório material, robusto e corajoso. Ao contrário, e não obstante algumas mudanças importantes, significa a continuação do *subsistema inquisitório* no Código de Processo Penal. O peso de nossas tradições inquisitivas, as

⁶³ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 293.

⁶⁴ Ibid., loc. cit.

⁶⁵ Nosso direito é pródigo em reformas inócuas. Reformas que não reformam nada. Reformas cujo objetivo é precisamente... a *manutenção*. Para ficarmos somente no processo penal, tome-se como exemplo o art. 212 do CPP: “E o Código de Processo Penal? Cheio de gambiarras hermenêuticas. E quando o bem emendamos, por exemplo, alterando ao artigo 212 do CPP para institucionalizar o sistema acusatório, impedindo provas ex-officio, o Judiciário, com a conivência da doutrina, diz que “devemos manter a tradição”, isto é, o juiz deve continuar a fazer perguntas, mesmo que o texto do artigo 212 diga exatamente o contrário. E o STF diz, no HC 102.525, que o não cumprimento do artigo 212 gera apenas... *nulidade relativa*. Pronto. Nada mais é preciso dizer.” STRECK, Lênio Luis. Pelo menos a palmeira jussara, a *euterpe edulis*, evolui. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-22/senso-incomum-palmeira-jussara-euterpe-edulis-evolui>>. Acesso em: 29 jun. 2015. Grifo do autor.

quais nós vivemos de fato *a par das disposições* O juiz das garantias não significa *novo paradigma*⁶⁶.

Conclusão

O artigo procurou estudar e analisar o processo penal através de um de seus pontos mais sensíveis e polêmicos, qual seja, a gestão da prova pelo juiz e suas implicações no sistema acusatório. Dentro dessa limitação temática, procuramos focar a figura do juiz das garantias tal como prometido no anteprojeto de Código de Processo Penal. Procuramos destacar desde cedo que o valor científico e crítico do juiz das garantias não repousaria no destino do anteprojeto. De fato, o seu provável *engavetamento* não retira o caráter complexo da figura. O juiz das garantias, mais a sua ideia base, seus objetivos abstratos, do que propriamente a sua definição legal, constitui uma espécie de âmago que atrai várias das históricas problemáticas do processo penal brasileiro, como a questão do manejo das medidas cautelares (e principalmente as prisões provisórias) pelo mesmo juiz que sentenciará definitivamente o acusado, a imparcialidade judicial e, enfim, a própria existência material de um sistema acusatório.

E quanto ao juiz das garantias, apresentamos primeiramente suas justificações. Elas baseiam-se mesmo na tentativa de conformação acusatória de nosso processo penal. As intenções são boas, são dignas. Quer-se com esta personagem a separação entre as decisões tomadas na fase pré-processual do processo propriamente dito, isentando-se o juiz do processo de quaisquer pré-julgamentos acerca do crime e do suposto autor. Imparcialidade jurisdicional. Amadurecimento de nosso processo penal. Tais as palavras de ordem. Apresentada esta figura, restou-nos ver se a figura do juiz das garantias, tal como legalmente previsto, era capaz de tanto.

Após termos apresentado suas funções (comparando-as com as já existentes e concluindo que se trata somente de deslocação e não criação de competências), concluímos que apesar de louvável, o juiz das garantias não cumpre o prometido. Fica a meio termo. Como já dito, é uma *meia-reforma*, que traz sim algumas benesses ao nosso

⁶⁶ “Leis nós temos. Boas e muitas. Não se nega que reformas na legislação processual infraconstitucional são sempre salutares, quando vêm para melhorar o sistema. Mas não é menos verdade que sofremos de problemas estruturais e de mentalidade. Queremos nos referir à forma com que são aplicadas as leis e à maneira como se desenvolve o processo administrativo e judicial em nosso País. É necessário dotar-se o poder público de meios materiais e logísticos para que possa melhorar sua infra-estrutura e, ao mesmo tempo, capacitar melhor os juízes e servidores públicos em geral, a fim de que possam o ferecer prestação jurisdicional e processual administrativa adequada aos que dela necessitam. *Mudança de paradigma, portanto, é palavra de ordem.*” NERY JUNIOR, op. cit., p. 323. Grifo nosso.

processo penal, mas não é paradigmática a ponto de materialmente convergí-lo ao sistema acusatório delineado pela Constituição Federal.

De fato, o inciso VI, que permite ao juiz das garantias a prorrogação, substituição ou revogação da prisão provisória ou outra medida cautelar, sem nada dizer sobre provocação das partes; o inciso IX, que o permite o trancamento do inquérito; o inciso XIV, que o permite o arquivamento do mesmo; o inciso X (todos do anteprojeto) que diz poder o juiz requisitar documentos e informações ao delegado de polícia acerca da investigação, todos esses poderes conferidos ao juiz, bem como a manutenção dos autos do inquérito no processo, traem, fatalmente segundo nós, os ideais e objetivos do juiz das garantias.

Por fim, não constitucionaliza nosso processo. Continua, enfim, a inquisitorialidade (quase) intocada. Mais do mesmo. Uma triste conclusão depois de tudo que tratamos aqui.

Referências

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma**. 2010. Disponível em: <[http://paginasdeprocessopenal.com.br/attachments/article/26/Teoria %20 da%20gest%C3%A3o%20da%20prova.pdf](http://paginasdeprocessopenal.com.br/attachments/article/26/Teoria%20da%20gest%C3%A3o%20da%20prova.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2015.

BRANDANI, Sérgio Augusto Souza. **O juiz das garantias: previsão do anteprojeto de Código de Processo Penal**. 2011. 89 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) - Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. da versão espanhola do original italiano por Carlos Eduardo Trevelin Millan. 2. tir. São Paulo: Pillares, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COMISSÃO TEMPORÁRIA DE ESTUDO DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **Parecer n. 1.636, de 2010** (redação final do Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009). Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&t=>>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

_____. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre, Notadez, v. 1, n. 1, p. 26-51, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Uma questão de princípio.** Trad. Luis Carlos Borges. Rev. Téc. Gildo Sá Leitão Rios. Rev. da Trad. Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Tatiana Calegari. **O juiz das garantias frente ao princípio da imparcialidade jurisdicional.** 2012. 71 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) - Universidade de Passo Fundo, Soledó, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal.** São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977.

_____. **Liberdades públicas e processo penal:** as interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal.** 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

HAGEMANN, Fernanda Mietch. **Juiz das garantias:** necessidade ou falácia? 2010. 41 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) - Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1.

_____. **Introdução crítica ao processo penal:** fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. 1.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal:** processo civil, penal e administrativo. 10 ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976. Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório:** a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. Jogo processual no direito penal tem efeito cativante. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-28/diario-classe-jogo-processual-direito-penal-efeito-cativante>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

STJ derruba operação Satiagraha e anula condenação de Daniel Dantas. **Última Instância**, São Paulo, 07 jun. 2011. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/51757/stj+derruba+operacao+satiagraha+e+anula+condenacao+de+daniel+dantas.shtml>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. Pelo menos a palmeira jussara, a *euterpe edulis*, evolui. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-22/senso-incomum-palmeira-jussara-euterpe-edulis-evolui>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1957.

_____. **Instituições de processo penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.