

O processo penal brasileiro e a formação do juiz de garantias, o projeto de código de processo penal, o juiz de garantias no direito estrangeiro

Marcelle Agostinho Tasoko*

Resumo: O presente trabalho tem por escopo apresentar os poderes instrutórios do Juiz no Sistema Acusatório do Processo Penal Brasileiro, objetivando analisar a figura do juiz de garantias, um personagem que está proposto dentro do anteprojeto do código de processo penal (PL 156/2009, do Senado Federal), o qual terá como função agir na fase pré-processual, decidindo cautelarmente sobre as medidas de restrição dos direitos fundamentais do investigado.

Palavras-chave: processo penal; juiz de garantias; código de processo penal.

Abstract: The present work has the purpose to present the instructive power of the judge in the adversarial system of the Brazilian Penal Process, aimed at analyzing the figure of the judge of guarantees, a character that is proposed within the draft of the Code of Criminal Procedure (PL 156/2009, the Senate Federal), which shall be to act in the pretrial phase, deciding on precautionary measures to restrict the fundamental rights of the investigation.

Keywords: criminal proceedings; judge of guarantees; code of criminal procedure.

O presente trabalho tem por escopo apresentar os poderes instrutórios do Juiz no Sistema Acusatório do Processo Penal Brasileiro, objetivando analisar a figura do juiz de garantias, um personagem que está proposto dentro do anteprojeto do código de processo penal (PL 156/2009, do Senado Federal), o qual terá como função agir na fase pré-processual, decidindo cautelarmente sobre as medidas de restrição dos direitos fundamentais do investigado.

Verificar-se-á também a relação deste magistrado com o desígnio da prevenção e com a contaminação do juiz que trabalha na fase que antecede o processo em si.

* Professora Universitária e Advogada atuante na área penal empresarial. Mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica - PUC/SP. Pós-Graduada lato sensu pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em Direito Penal e Processual Penal e graduação em Direito pela Universidade Paulista - Unip. Ministra aulas no Curso de Direito da Universidade Cruzeiro do Sul nas disciplinas Direito Penal, Processo Penal e Prática Jurídica Penal. No Curso R2 Direito preparatório para O Exame de Ordem e Concursos Públicos, no Curso Andreuuci e no Curso Ápice ministra aulas na disciplina Direito Processual Penal.

A abordagem do juiz de garantias passará pela análise do conceito de imparcialidade do juiz frente à idéia de neutralidade e pelo princípio do juiz natural, cuja finalidade resguardar a garantia de que o acusado desde logo saberá quem será competente pelo seu julgamento.

Por fim, será problematizada a idéia de juiz interventor ou proativo no desenvolvimento do processo. Questionar-se-á os dispositivos presentes no Código de Processo Penal que possibilitam o requerimento de produção de provas de ofício por parte do magistrado e que rompem diretamente com os princípios contemplados pela Constituição Federal, os quais sejam o direito ao contraditório, a ampla defesa e principalmente à separação dos poderes de acusar e julgar, evidenciados pelo art. 129, I da Constituição Federal.

Poderes instrutórios do juiz no sistema acusatório

O Sistema Acusatório é uma vertente processual penal, cuja fundamentação básica para a existência do mesmo na perspectiva atual do que é chamado de sistema acusatório reside na verificação e proteção de garantias ao acusado durante a tramitação do processo.

Costuma-se dizer que o processo penal é o "sismógrafo" da Constituição, sendo natural que, em períodos de exceção, pautados pelo autoritarismo típico das ditaduras, a preocupação com a efetividade a qualquer preço sacrifique as garantias fundamentais inerentes ao devido processo legal, ao passo em que, em períodos de normalidade democrática, esses valores tendam a requerer certa primazia, ainda que, com isto, se possa sacrificar a aparente utilidade de um processo rápido e eficaz.

O maior desafio do processualista dos dias atuais consiste em, exatamente, fazer a ponderação entre as garantias fundamentais inerentes a um processo penal democrático e a efetividade deste processo, não perdendo de vista que esta também é uma garantia fundamental, como componente do direito de acesso à Justiça e que, uma vez completamente sacrificada, pode conduzir a uma impunidade que, em última análise e a longo prazo, tende a comprometer a própria manutenção do regime democrático que se pretende preservar.

Na busca de tornar o processo penal livre do estigma inquisitorial, surgiu a figura do juiz mero espectador, refém de uma espécie de jogo privado de interesses, tudo a pretexto de não corromper sua imparcialidade.

Nesse sentido, preleciona Luigi Ferrajoli:

Do mesmo modo que ao acusador são vedadas as funções judicantes, ao juiz devem ser em suma vedadas as funções postulantes, sendo inadmissível a confusão de papéis entre os dois sujeitos (...). É nessas atividades que se exprimem os diversos estilos processuais: desde o estilo acusatório, em que é máximo o distanciamento do juiz, simples espectador do interrogatório desenvolvido pela acusação e pela defesa, ao estilo misto, em que as partes são espectadoras e o interrogatório é conduzido pelo juiz, até o estilo inquisitório, no qual o juiz se identifica com a acusação e por isso interroga, indaga, recolhe, forma e valora as provas (...). Igualmente os testemunhos, extorquidos pelo juiz e dotados de valor probatório legal na inquisição, são entregues no processo acusatório exclusivamente à interrogação pelas partes, submetidos ao seu exame cruzado, vinculados à espontaneidade e ao desinteresse das testemunhas, delimitados no objeto e na forma pelas proibições de perguntas impertinentes, sugestivas, indeterminadas ou destinadas a obter apreciações ou juízos de valor. De fato, representam resíduos inquisitórios o interrogatório (a oitiva) das testemunhas pelo juiz (...); a ditadura por parte dele nas atas de interrogatório; o poder ilimitado do juiz de admitir ou não admitir provas e, por fim, aquele substituto moderno da tortura, que é a advertência das testemunhas por meio de incriminação e condenação por falso testemunho ou por silenciarem, salvo retratações.¹

Na linha do equilíbrio entre um processo garantista e, ao mesmo tempo, efetivo, tentou-se, sem embargo de dotá-lo do perfil de um processo penal de partes (o que implicaria na atribuição de encargos probatórios ao menos ao autor, eis que milita em favor do réu a presunção de não-culpabilidade), resguardar ao Juiz a possibilidade de uma participação ativa, ainda que supletiva, mas com plenos e eficazes instrumentos para sair em busca da verdade dos fatos que lhes foram postos pelas partes, de modo que pudesse sobre eles pronunciar o direito realmente adequado à espécie (ao que efetivamente se imagina ter acontecido).

Pode-se dizer que uma das relações que conecta a existência do sistema acusatório ao denominado Garantismo penal está consagrada na recepção das garantias dos indivíduos e a delimitação de poderes e da discricionariedade do Estado, representado aqui pelo Poder Judiciário, pela Constituição Federal de 1988. São também norteadores destes os axiomas que doutrinam tanto um processo penal quanto um direito penal garantidores, o que pode restar caracterizado a construção de uma nova ordem de proteção à sociedade através da inserção de restrições ao abuso do poder jurídico.

Configura-se no Sistema Acusatório como peça fundamental de desenvolvimento deste sistema processual a pessoa do magistrado. É através da posição desta figura que em meio ao desenvolvimento do processo se pode

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 489/490.

demonstrar a forma acusatória do sistema, assim como, é através também do juiz que se pode determinar a aplicação das garantias asseguradas pelo Constituição Federal.

Não se vislumbra, a menor razão para se pretender imobilizar o Juiz no tocante à gestão da prova, papel que lhe há de ser reservado, senão como protagonista, ao menos como coadjuvante. Neste sentido, Afrânio Silva Jardim² e Ada Pellegrini Grinover³, ensinam, (...) a busca da prova por parte do Juiz, ainda que subsidiariamente, poderia comprometer-lhe a imparcialidade, a partir do singelo, porém suficiente argumento, de que isto se trata de um grande equívoco, pelo simples fato de que ele, Juiz, não poderia adivinhar o resultado da prova que eventualmente mandou produzir, demonstrando a possibilidade de um sistema acusatório que preserve os poderes do Juiz no que concerne à instrução probatória.

O sistema acusatório não pressupõe, necessariamente, as partes como adversárias, livres para competirem segundo suas exclusivas expensas, ficando o Juiz numa posição de árbitro, passivo, à deriva da condução que as partes resolverem dar aos rumos da demanda. O sistema acusatório pode, perfeitamente, conviver com um processo de cunho publicista, tendo o Juiz uma postura ativa, de condutor do mesmo, agindo como timoneiro. É o inquisitorial system, em contraposição ao adversarial system, de que nos fala Ada Pellegrini Grinover⁴, ambos plenamente compatíveis com o sistema acusatório, ficando a opção por um ou outro sistema no âmbito discricionário do Legislador.

Uma vez posta a demanda, o Juiz, que preside o processo, não pode ser passivo, nem se contentar com a dúvida ao primeiro sinal de sua manifestação, simplesmente porque a finalidade do processo não é produzir a dúvida na cabeça do julgador. A dúvida – e, por conseguinte, o *in dubio pro reu* – é uma consequência inevitável e um resultado invencível, não o objetivo do processo.

Assim, o Juiz pode e deve, usando seu poder instrutório supletivo, tentar vencer a dúvida e descobrir a verdade dos fatos postos em discussão. Somente se isto não for possível, é que deverá, por não poder presumir o réu culpado, absolvê-lo, declarando o *in dubio pro reu*.

O que se quer, no entanto, é não engessar o Juiz, não mumificar o Juiz, como pretendem alguns, de sorte a permitir que ele parta em busca da verdade dos fatos

² JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório*. Artigo publicado na *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, nº 68, jan/jun 1999, p. 13/25.

⁴ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *op. cit.*, nota 13.

que foram submetidos ao seu conhecimento, evidentemente com os meios lícitos de que dispuser, respeitados os direitos de ambas as partes, notadamente do réu, que não é obrigado a provar sua inocência e, muito menos, colaborar para a colheita das provas que poderão contra ele ser utilizadas, o que todo mundo sabe e ninguém está a contestar.

Reconhece-se, no entanto, que a nova configuração processual, sobretudo em virtude da adoção do sistema do cross examination na coleta da prova oral, ante a nova redação dada pela Lei nº 11.690/08 ao art. 212 do Código de Processo Penal, em substituição ao sistema presidencial de antes, tornou esta atividade instrutória do Juiz supletiva, subsidiária, "complementar" no dizer do parágrafo único do aludido dispositivo, cabendo às partes, inicialmente, se desincumbirem do ônus de provarem os fatos por elas alegados. Na verdade, cabendo ao autor o ônus desta prova, já que, como dito, para o réu, a prova é somente um direito, que pode exercer ou não, não lhe cabendo conferir nenhuma consequência negativa caso não se desincumba desta atividade, ou por não querer, ou por não poder.

A figura do juiz das garantias

A construção do Sistema Acusatório está fundamentada principalmente na separação total dos poderes presentes no processo judiciário, evidenciado pelo poder de acusar, de defender e de julgar.

A partir da designação de uma comissão responsável pela elaboração de um anteprojeto, apostou-se na estratégia legislativa de reforma global do Código de Processo Penal, com a criação de um novo diploma legislativo, fundado no princípio acusatório, no qual o respeito aos direitos e garantias fundamentais passasse a funcionar como condição de legitimidade da repressão penal e das decisões penais.

Na Exposição de Motivos do Anteprojeto, no Item II, registrou-se que quando incumbe ao juiz o poder de decidir sobre a liberdade, a privacidade e a segurança dos cidadãos, o que se pretende é tutelar os direitos individuais (que não dependem de legitimação), e não a qualidade da persecução penal (a qual sempre depende de legitimação). Esta parece ser, precisamente, a nota distintiva entre o antigo modelo de 1941 e o novo, ou seja, trata-se de outro processo penal, que pressupõe as garantias básicas dos cidadãos, coadunando com Estado Democrático de Direito.

Nosso Código de Processo Penal diz sobre os poderes instrutórios do juiz em seu art. 156. A nova redação conferida a este dispositivo pela Lei n. 11.690, de 9/6/2008, ampliou os poderes instrutórios do juiz. Assim é, que pode, de ofício, *ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida* (inc. I); e, *determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante* (inc. II).

A possibilidade de o magistrado determinar, de ofício, a produção antecipada de provas ainda antes de ajuizada a ação penal deve ser vista com cautela, por isso o órgão judiciário não deve assumir comportamento próprio do investigador. A medida cautelar de produção antecipada de provas há de ser sempre precedida de provocação do autor da ação penal (Ministério Público na ação penal pública e a vítima, ou quem tenha qualidade legal para representá-la em juízo, na ação penal privada).

O papel assumido pelo juiz no processo penal de índole acusatória é incompatível com a sua atuação como protagonista da investigação criminal.

No curso da ação penal pode o juiz, forte no princípio da busca da verdade real, requisitar a produção das provas que entender relevantes ao deslinde da causa. Há, contudo, limitações ao exercício pelo magistrado de seu poder instrutório, a saber: (I) a decisão judicial, determinando a produção da prova, há de ser fundamentada; (II) a prova deverá ser produzida com observância do contraditório, e; (III) a prova perseguida há de ser lícita. A observância desses requisitos é indispensável ao resguardo da imparcialidade do magistrado, que não pode antecipar juízo acerca (a) da efetiva utilidade da prova cuja produção determinou, e; (b) de qual das partes será beneficiada com a diligência.

Em todos estes aspectos, objetiva-se atingir o garantismo (salvaguarda das liberdades individuais e estrito controle da legalidade do exercício do *ius puniendi*) e a efetividade (aplicação efetiva da norma penal incriminadora, realizando os fins a que se propõe).

Recentemente, passou a ser discutido no âmbito legislativo e no mundo jurídico, o Projeto de Lei do Senado n. 156/2009, que pretende estabelecer reforma geral do Código de Processo Penal, e que traz uma modificação profunda no sistema processual penal brasileiro, com impacto inexorável na estrutura judicial nacional.

Trata-se da criação do denominado juiz das garantias, previsto no Capítulo II do Título II do Livro I, este último que trata da persecução penal.

A nova figura é, reconhecidamente, o ponto mais marcante da mudança que se pretende operar no Código de Processo Penal, que vige desde 1941, e sobre a qual recaem muitas expectativas positivas, tanto por parte da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Projeto e sua Exposição de Motivos, quanto de vários autores de artigos que procuram pronunciar doutrina em torno do próprio texto da lei projetada.

É bem verdade que nosso Código de Processo Penal vigente é bastante antigo, editado num contexto histórico-político-social completamente diferente do atual, não sendo de se olvidar que sobre o seu texto já se estenderam três estruturas constitucionais diferentes, sendo a mais marcante delas a da atual Constituição da República de 1988, a denominada “Constituição Cidadã”. Mas também não podemos esquecer que, durante toda a vigência do CPP de 1941, muitas alterações legislativas e sedimentação de jurisprudência, sobretudo da Suprema Corte nacional, já têm procurado adaptar a aplicação do CPP de 1941 à evolução ocorrida à luz do Direito Constitucional e do arcabouço de princípios democráticos por ele marcados em nosso sistema.

O Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal ora sob apreciação do Senado Federal, no que diz respeito à atividade jurisdicional, começa por estabelecer a figura do “juiz de garantias”. Em sua Exposição de Motivos, é assinalado:

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. Impende salientar 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. 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.⁵

⁵ Op. cit. p. 17.

Portanto, entende-se que para se faça concreta a eficácia e a própria existência do Sistema Acusatório, deve haver o que é chamado de Juiz de garantias, ou Juiz garante, o qual configura um juiz inerte, espectador e interessado na aplicação das garantias processuais como meio para alcançar o fim chamado sentença – devidamente fundamentada através do livre convencimento.

O Juiz do Processo Acusatório é chamado de Juiz das Garantias ou Juiz Garante⁶ pelo simples fato de que o mesmo busca as garantias processuais como base do desenvolvimento do processo em si, haja vista a necessidade da aplicação destas garantias para que se seja o litígio considerado paritário e "justo".

Este juiz é evidenciado por Aury Lopes Jr. como o juiz que:

Assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função da proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver quando não existirem provas plenas e legais.⁷

O juiz de garantias é um personagem do que Luigi Ferrajoli⁸ chama de "forma triangular da relação processual". Nesta forma triangular distinguem-se claramente quem é quem no jogo do processo, ou seja, quem é o agente julgador, ou o órgão acusador, ou o personagem responsável pela defesa.⁹

É, neste jogo, estipulado linhas, das quais o outro sujeito não pode atravessar; cada qual tem uma função e uma posição a cumprir. Nos ditames deste jogo

⁶ No tocante ao juiz de garantias é necessário diferenciá-lo do juiz instrutor, ou juiz de instrução. O segundo trata-se uma figura adotada por alguns sistemas jurídicos europeus, no qual o juiz exerce a função de instruir as provas de ofício. Aury Lopes Jr. identifica que "nesse sistema a prova não é apenas produzida na presença do juiz instrutor, senão é colhida e produzida por ele mesmo. Nessa atividade poderá atuar de ofício, isto é, independente de qualquer solicitação do MP, ou do acusador privado." Ou seja, este juiz está legalmente legitimado para intervir na gestão probatória. Já o juiz de garantias trata-se do juiz DA instrução e não DE instrução, o qual "não realiza tarefa investigatórias ou instrutoras, senão de garantia, como um verdadeiro garante, atuando no controle da adoção e realização das medidas restritivas de direitos fundamentais do sujeito passivo." É válido explanar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), já na década de 80, se manifestou pela irregularidade da existência do juiz-instrutor, haja vista a violação ao direito ao juiz imparcial, consagrado no Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades. LOPES Jr., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris 2005. p. 71 – 72, p. 244 e p. 76.

⁷ LOPES Jr., Aury., Sistemas de investigação preliminar no processo penal. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris 2005. p. 163

⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do garantismo penal. 6ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2002, p. 465.

⁹ *Idem*

processual fica evidenciada a impossibilidade de qualquer iniciativa probatória do juiz, ou de qualquer cessão de provas construídas pela defesa que acarretem no seu próprio prejuízo. Em suma, neste sistema fica designado o papel de cada parte do processo e obedece-se o estabelecido como forma de proteção pelas garantias que constroem a relação processual. Delimita-se e garante-se, assim, a separação da acusação do agente julgador.

Luigi Ferrajoli afirma que a "garantia da separação representa, de um lado, uma condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes em causa"¹⁰.

Um exemplo próximo a realidade do que se trata esta figura do Juiz de Garantias é o magistrado apresentado no anteprojeto do Código de Processo Penal.

No anteprojeto fica estabelecido entre os artigos 15 e 18, que haverá efetivamente um juiz de garantias, cuja função será agir sobre as investigações e sobre as prisões pré-processuais.

Este "juiz de garantias" distingue-se do juiz do processo, órgão judiciário responsável por deliberar sobre o mérito da acusação, apreciando livremente a prova produzida em juízo, sob o império da cláusula do devido processo legal. Ao juiz do processo é vedado, no dizer do art. 4º do Anteprojeto, a substituição do órgão de acusação em matéria probatória. Tal vedação é apresentada como decorrência do modelo acusatório de processo penal. Adiante, em relação às provas, estipula as seguintes normas gerais:

Art. 162. As provas serão propostas pelas partes.

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

Art. 163. O juiz decidirá sobre a admissão das provas, indeferindo as vedadas pela lei e as manifestamente impertinentes ou irrelevantes.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

Art. 164. São inadmissíveis as provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos.

Parágrafo único. A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em cartório.

Art. 165. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação os elementos utilizados e os critérios adotados.

§1º A existência de um fato não pode ser inferida de indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes.

§2º As declarações do co-autor ou participe na mesma infração penal só terão valor se confirmadas por outros elementos de prova que atestem sua credibilidade.

¹⁰ *Ibidem* p.455

Pode-se perceber que a intervenção do magistrado ocorre como medida excepcional, sendo necessária apenas quando houver necessidade de decidir sobre restrição de direitos fundamentais do investigado e que tal atividade pré-processual do juiz de garantias ocorre como resposta à invocação do MP, assim o juiz de garante ou de garantias não investiga e tampouco julga no processo, até porque a prevenção deve excluir a competência por claríssimo comprometimento da imparcialidade. Ao livrar-se da função de investigar (alheia a sua natureza), o juiz garante da instrução concreta a sua superioridade como órgão supra partes, fortalecendo no plano funcional e institucional a própria figura do julgador.¹¹

O sistema adotado, por conseguinte, preserva a inércia do juiz em sede probatória, estabelecendo ser ônus da parte a apresentação das provas. A ressalva inserta no parágrafo único do art. 162, permitindo ao magistrado “*esclarecer dúvida sobre a prova produzida*” não traduz uma autorização a que possa, livremente, produzir prova. É que permanece de pé a regra do art. 4º, que impede o juiz de suprir a atuação probatória do acusador. A interpretação sistemática das disposições constantes do Anteprojeto indica que o julgador somente terá iniciativa em sede probatória, desde que surja dúvida fundada sobre alguma prova carreada aos autos pelos litigantes, devendo ter sempre presente de que não pode, sob qualquer pretexto, se substituir ao acusador.

Adotou o Anteprojeto, em sede de poderes instrutórios do juiz, o *adversarial system*. Às partes confere-se a prerrogativa de apresentar provas, não podendo o magistrado remediar eventual omissão dos litigantes. Entendeu-se ser esta posição passiva a única compatível com o processo penal de estrutura acusatória. Intenta-se preservar a imparcialidade do magistrado, evitando sua aproximação com as pretensões deduzidas por quaisquer dos litigantes.

O juiz das garantias será, segundo a Exposição de Motivos do referido Projeto de Lei, o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. Conforme expressa, o arrazoado do PLS n. 156/09, como motivo da criação de tal figura, o juiz das garantias consolida o modelo processual focado no princípio acusatório, conforme artigo 4º:

Art. 4º O processo penal 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.

¹¹ LOPES Jr., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris 2005. p. 270

E atende às exigências de proteção da intimidade, da privacidade e da honra do cidadão, porquanto tal juiz poderá atuar de forma otimizada, na medida em que estará especializado no exame de tais questões, à vista das medidas que serão a ele requeridas, além de estar distanciado da decisão de mérito, haja vista que os elementos de convicção que serão obtidos com a execução eventual das medidas deferidas pelo juiz das garantias serão dirigidos ao órgão da acusação, mas sobre eles o juiz das garantias jamais realizará qualquer avaliação de mérito, porquanto a ação penal será proposta perante outro juiz e por este segundo será julgada.

Como primeira característica do sistema acusatório proposto, o artigo 4º do projeto veda “a iniciativa do juiz na fase de investigação”.

A impressão inicial que essa vedação nos passa é que ela se tratou de uma resposta direta, e sem meias palavras, ao teor do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, inserido recentemente pela Lei nº 11.690/2008. Como se sabe, esse inciso autorizou o juiz criminal brasileiro a ordenar, de ofício, a produção antecipada de prova ainda na fase de investigação, e, entre os maiores críticos desse dispositivo, acertadamente encontramos Eugênio Pacelli de Oliveira, membro da comissão de notáveis encarregada da redação do novo Codex.

O princípio acusatório nada mais é do que a imprescindibilidade de um acusador distinto do juiz em um determinado modelo de processo penal, distinção esta que deve manifestar-se materialmente, ao invés de ser meramente formal. Ou seja, essa diferenciação deve ocorrer de forma efetiva, com um juiz impossibilitado de determinar a postura a ser assumida pelo acusador, sob pena de utilizar-se desse mesmo acusador como uma marionete, a fim de esconder seu ímpeto acusatório no processo por ele mesmo presidido. Mais que isso, o exame da história do processo penal nos permite afirmar que o princípio acusatório não tem presença exclusiva no sistema acusatório.

No confronto entre a pretensão de se efetivar o Direito Penal Material e a pretensão de liberdade do acusado, o Juiz deve manter-se equidistante, para permitir a produção da prova acusatória sem que se ofendam os direitos fundamentais do réu e sem que sua atividade comprometa a exigência fundamental de imparcialidade ao julgar e resolver a lide.

Observa-se então, que a medida encontra-se alinhada a um modelo acusatório de processo penal, no qual o juiz deve assumir posição de maior neutralidade na

produção da prova, evitando-se o risco de tornar-se o magistrado um substituto do órgão de acusação.¹²

Em um processo penal democrático, banhado pelo sistema acusatório o juiz deve ser afastado da colheita de provas, deixando tal tarefa às partes. Se o sistema é o todo e não uma parte, não pode o processo ter momentos em que seus atos serão à luz da estrutura acusatória e outros à luz de uma estrutura inquisitória.¹³

Certo é que sistema acusatório não é apenas o MP promover, privativamente, a ação penal pública, mas sim a necessidade que se busca no processo de se afastar o juiz da persecução penal, mantendo sua imparcialidade e retirando se suas mãos a gestão da prova.

Assim, a criação de juiz de garantias evidencia a necessidade de “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”¹⁴.

Conforme o texto legal do art. 14 do PLS n. 156/09

Art. 14. 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:

- I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil;
- II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555;
- III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;
- IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal;
- V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;
- VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;
- VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;
- VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;
- IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;
- X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre andamento da investigação;
- XI – decidir sobre os pedidos de:
 - a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
 - b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;
 - c) busca e apreensão domiciliar;

¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *O curso de Processo Penal*. 11ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 370

¹³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 505.

¹⁴ Item III da Exposição de Motivos do Projeto de Código de Processo Penal.

d) acesso a informações sigilosas;
e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º;

XIV – arquivar o inquérito policial;

XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37;

XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

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.

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.

§ 1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.

§ 3º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo.

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.

Art. 17. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Diverso do juiz do processo, essa nova figura no processo possui a finalidade de: i) impedir a contaminação do juiz do processo com as provas produzidas sem o devido contraditório e ampla defesa próprio da fase de persecução policial, além de evitar o contato com aquelas provas produzidas ilegalmente, ao arrepio da lei e da Constituição; e ii) através do juiz de garantias o legislador demonstra seu compromisso com a idéia de que todo desenvolvimento processual, a todo tempo e em todas as fases, deve estar comprometido com os direitos fundamentais.¹⁵

Como se conclui da disposição do juiz das garantias e sua competência no Projeto de Código de Processo Penal, a expectativa de acerto e melhora do processo penal brasileiro após o seu advento está no fato de que se contará, a partir de então, com um órgão judiciário responsável pela tutela das inviolabilidades pessoais, cuja especialização no exame de questões atreladas à proteção da intimidade, privacidade

¹⁵ MARRAFON, Marco Aurélio. O Juiz de Garantias e a Compreensão do Processo à luz da Constituição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). O novo processo penal à luz da Constituição (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

e honra do cidadão tornará ótima a participação do juiz no processo, no que concerne especificamente a tal tutela de interesses individuais dos investigados, além de ser capaz de imunizar o juiz que julgará o processo do contato prévio com elementos de convicção que se destinam, numa primeira fase do processo, apenas a formar a base do libelo acusatório a ser levada ao crivo jurisdicional pelo órgão de acusação.

No que se refere ao Juiz de garantias, a Comissão, fez constar “das garantias”, pois não é o juiz um gestor de provas, mas sim aquele que deverá zelar pela observância dos princípios constitucionais, pelo respeito às liberdades públicas, e pela eficácia da intervenção penal que por si só não significa diminuição das garantias individuais. Sua função não é de preservar a qualidade da investigação, mas sim o indiciado e suas liberdades.

A Comissão assentou que a preocupação deste Juiz é com as garantias do investigado, por isso o juiz das garantias, atuará com duas estratégias bem definidas: i) otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento de respectivo processo operacional; ii) manter o distanciamento do juiz do processo, em relação à decisão de mérito, distanciando-o da prova e seus elementos de convicção.

Os juízes das garantias são concebidos como verdadeiros juizes das liberdades públicas na fase pré-processual e devem atuar na concretização dos direitos fundamentais do investigado e da vítima durante a investigação.

Segundo a Exposição de Motivos do PLS n. 156/09, o juiz das garantias consolidaria o modelo processual focado no princípio acusatório, sendo certo que a mudança definitiva do novo CPP para o sistema acusatório previsto pela Constituição de 1988 passou a ser, conforme realça Coutinho¹⁶, o ponto mais relevante da mudança introduzida pelo PLS n. 156/09. Para esse autor – um dos juristas responsáveis pela elaboração do texto projetado – o contato com qualquer decisão sobre a coleta de elementos de convicção, em qualquer fase do processo, não se compagina com a atividade judicial em um processo penal acusatório. Assim, para tal corrente de pensamento, se o juiz tiver que realizar qualquer juízo que tangencie o pressuposto da existência da infração penal e os indícios de sua autoria para decidir sobre medidas provisórias, que não quando do exame do mérito, estará agindo fora do princípio acusatório previsto na Constituição.

¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Anotações pontuais sobre a reforma global do CPP*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, ed. especial, CPP, ago. 2010.

Assim, no Sistema Acusatório, a imparcialidade do Juiz é dado essencial que não se resume à impossibilidade de promover por iniciativa própria a produção de prova acusatória, mas consiste em doar às partes segurança de não ter o julgador “aderido *a priori* uma das alternativas de explicação que autor e réu reciprocamente contrapõem durante o processo”.¹⁷

Ressalte-se que a divisão funcional do exercício da função jurisdicional mostra-se adequada ao princípio acusatório na medida em que contribui com a imparcialidade do órgão julgador, mantendo-o afastado dos elementos de convicção produzidos para terem como destinatário o órgão de acusação. Isso porque a atividade judicial exercida na primeira fase da persecução penal pode se revelar incompatível com a atividade judicial que se dá após a instauração da instância, com a contaminação da imparcialidade do órgão responsável pelo julgamento da causa a partir do conhecimento prévio de elementos de convicção produzidos unilateralmente pelas agências estatais encarregadas da persecução penal.¹⁸

Essa exigência de distância psicológica do magistrado para enfrentar, sem participar, as dúvidas suscitadas pela contraposição de interesses entre acusação e defesa não é fácil de ser atendida, malgrado constitua um ideal a ser constantemente buscado.

Mesmo antes da produção da prova, o Juiz assume em seu íntimo, como humanamente é impossível de não o fazer, simpatia ou antipatia diante do fato a ser julgado, sendo influenciado por fatores diversos, como sua conformação cultural, sua vivência, suas idiossincrasias, seus estudos e convicções.

Para Zanoide de Moraes, com a instituição do juiz das garantias, *se evitam os inegáveis comprometimentos de resultado e vinculação psicológica que o magistrado que atuou na investigação carrega para dentro da ação penal. Quem é capaz de negar que um magistrado atuante na fase de investigação já forme sua convicção desde esse primeiro instante, sendo, não raras vezes, irrelevante a fase judicial?(...)*

O ilustre autor deduz o pensamento do juiz que decidiu sobre o cabimento de um meio de reunião de elementos ou uma cautelar: (...) *entendi que havia elementos para investigar e para acusar legitimamente uma pessoa, portanto, a tendência em*

¹⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4ªed. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2006. p.109

¹⁸ CASARA, Rubens R. Juiz de Garantias, entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão. In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). *O novo processo penal à luz da Constituição (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal)*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 171

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 o início.

A questão põe-se em dois planos, pois o impedimento de participação ativa do Juiz na produção da prova na fase preliminar ou durante o processo não garantirá uma decisão livre de posições. Se a não participação não assegurar, no aspecto íntimo, a isenção do Juiz, nem se pode estabelecer que sua atividade de iniciativa probatória vá estabelecer uma predisposição e impedir uma postura eqüidistante.

No entanto, já é um caminho andado significativo impedir que o Juiz intervenha no processo de produção de provas por iniciativa própria, seja em favor da acusação, seja em favor da defesa.

Justifica-se a criação da figura do Juiz das Garantias distinta da do Juiz do processo, como forma de o Juiz do processo “não poder se contaminar ou se influenciar ou não estar vinculado com os atos por ele mesmo praticados em fase persecutória anterior”¹⁹. Busca-se o justo processo, alcançável se o juiz que controla o inquérito e autoriza produção de provas não venha a ser o Juiz a julgar, para situar-se como terceiro alheio aos interesses em jogo, ‘subjeticamente interessado apenas em solucionar a controvérsia em conformidade com a lei’²⁰.

Em termos simples, a proposta está voltada ao redimensionamento da atividade judicial ao longo da persecução penal primária, pois teria o magistrado competência para atuar como garantidor dos direitos fundamentais do investigado. Em vista disso, a atuação na fase de investigação passaria a ser entendida como um critério de exclusão desse mesmo juiz em relação à futura fase processual, ao invés de ser entendido como um critério de atração, que é o que leva à existência do instituto da prevenção. Como fundamento para essa proposição, afirma-se que “em nenhum momento esse juiz da fase pré-processual poderá ser o mesmo que irá instruir e julgar o processo”, pois “Juiz preventivo é juiz contaminado”, e que “Essa é a lição de mais de 20 anos de jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos”.

¹⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Quem tem medo do “juiz das garantias”?* Boletim do IBCCRIM. São Paulo, ed. especial, CPP, ago. 2010. p.22

²⁰ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal – da prevenção da competência do Juiz de Garantias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 236.

De fato, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (em adiante, TEDH) vem se posicionando, de longa data, pela necessária separação entre as figuras do juiz na fase de investigação e do juiz da fase posterior ao oferecimento da acusação.

Contudo, o que importa aqui saber não é o que esse tribunal vem decidindo, senão os motivos que o levam a assim decidir. Abre-se, portanto, a necessidade de análise de sua jurisprudência – dos últimos vinte anos – que analisou a cumulação da atividade judicial nas fases de investigação e de julgamento.

Um das primeiras decisões sobre esse tema foi proferida no Caso Piersack (1982), proveniente da Bélgica, onde um membro do Ministério Público, que havia presidido a investigação criminal, posteriormente veio a assumir o cargo de juiz, e figurar como um dos julgadores do fato que ele próprio havia investigado. Em vista desse acúmulo de funções, o TEDH entendeu haver ocorrido um possível comprometimento na formação do convencimento judicial, maculando, portanto, a imparcialidade do julgador. Contudo, essa é uma lição do TEDH que o direito brasileiro pode considerar totalmente prescindível, já que, desde a década de quarenta do século passado, nosso Código de Processo Penal – sim, aquele apontado como superado, antidemocrático e antigarantista – já a previa como uma das causas de impedimento judicial (artigo 252, inciso II).

Um segundo julgamento, que provocou enorme repercussão no direito europeu, foi o *Caso De Cubber* (1984), também de origem belga. Em suma, a discussão esteve centrada na (im)possibilidade de um juiz-instrutor (ou seja, de um juiz que investiga, somente presente nos sistemas misto e inquisitivo) poder também atuar como juiz-julgador em relação ao mesmo fato por ele investigado com anterioridade. Ao final, o TEDH entendeu ser inviável tal acúmulo de funções por parte de um mesmo juiz, em razão do ferimento ao que se convencionou chamar de imparcialidade objetiva.

No caso do juiz das garantias, a Exposição de Motivos afastou o critério de política criminal, assentando que, “Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias,...., era de rigor”. E, como aspecto técnico para esse rigorismo, além da invocação de um argumento de ordem principiológica, aquele texto também apontou que uma das estratégias, com essa novel figura, é “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”. Em outras palavras, o que se pretende é a preservação da imparcialidade judicial.

O que deve ficar claro, portanto, é que a separação de funções – entre o juiz da investigação e o juiz do julgamento – só tem alguma razão de ser quando há o indicativo de que o primeiro firmou seu convencimento sobre o fato que, posteriormente, será submetido à sua apreciação na fase processual. Essa separação já ocorre em países que exigem a satisfação de requisitos voltados ao exame do mérito, a fim de que um juiz criminal possa, na fase anterior ao julgamento, deferir medidas restritivas à liberdade do investigado.

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

O Juiz de Garantias não exerce qualquer função acusatória, despido mesmo de qualquer iniciativa em matéria probatória, limitando-se a autorizar os pedidos de medidas cautelares solicitadas pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, não sendo, portanto, um Juiz-investigador²¹, limitando-se a deferir ou indeferir provas limitativas dos direitos fundamentais, não atuando de ofício, mas apenas por provocação das partes e da autoridade policial.

Mas, ao ver de parte da Doutrina, mesmo a valoração dos elementos inquisitoriais, que se entende visarem à acusação, compromete a imparcialidade do Juiz do processo, razão pela qual, o recebimento da denúncia deveria ser atribuição do Juiz das Garantias e não do Juiz do processo, a fim de se alcançar a perfeita imparcialidade e uma decisão justa apenas por via de Magistrado em estado de pureza, não contaminado por qualquer dado obtido na fase do inquérito policial.

Diversas foram as críticas sofridas pela proposição do juiz das garantias, que conseguiu mobilizar, até mesmo, o Conselho Nacional de Justiça (doravante, CNJ), que, em sua Nota Técnica nº 10/2010, apontou a inviabilidade de implantação daquela figura no Brasil, visto que cerca de 40% das Comarcas das Justiças Estaduais estão compostas somente por um magistrado. Em outros termos, a implantação da figura do juiz das garantias levaria a um choque orçamentário sem precedentes no Poder Judiciário brasileiro. Ademais, deixou-se claro que também levaria a um inevitável confronto com o direito a um processo com prazo razoável, garantia presente no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, advindo, daí, uma interessante indicação

²¹ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Reforma do Código de Processo Penal*. Revista de Informação Legislativa, a. 46, n.183, jul/set. 2009, p.90

do resultado de eventual questionamento sobre a constitucionalidade daquela regra de impedimento. Em idêntica trilha seguiu a Associação dos Juizes Federais, ao emitir sua Nota Técnica nº 03/2010. Nela, além de comungar com os argumentos apresentados pelo CNJ, também informou ao Senado Federal que ninguém menos que o Supremo Tribunal Federal já havia se posicionado sobre tal tema, ao excluir a possibilidade de um magistrado vir a perder sua imparcialidade para atuar na fase processual, pelo simples fato de já haver atuado na fase de investigação.

Começemos por examinar a própria denominação do instituto: “juiz das garantias”. A nosso ver, ela configura verdadeira tautologia, do momento em que expressa discurso vicioso, inútil e repetitivo, porquanto a existência do juiz já é, histórica e essencialmente, senão a mais importante, uma das mais relevantes garantias conquistadas pela humanidade, na medida em que se trata da investidura de um cidadão na autoridade pública de julgar segundo regras constitucionais e leis editadas pelo Poder Legislativo, tudo dentro de uma concepção tradicionalmente consagrada por Montesquieu sobre a divisão harmônica dos poderes. Divisão essa que não se limita apenas a refrear fatores de poder real, mas que além de tudo se dirige a coordenar de forma apropriada as funções estatais dos órgãos aos quais tais funções são confiadas.

Vale dizer, a própria figura do juiz, tal como prevista nas leis de organização judiciária, com base na Constituição, já traz em si a garantia ao cidadão de que no processo penal sua função não se há de confundir com a função daquele órgão de outro Poder concebido constitucionalmente para perseguir o fato criminoso, e que por isso, mesmo diante da acusação estatal ou privada a ser deduzida e apurada perante o Poder Judiciário, alguém estará constituído para julgá-lo segundo regras de direito. Nisso, o juiz já é garantia.

O juiz, portanto, já é a própria garantia de uma jurisdição que se presta segundo avaliação e asseguuração de direitos fundamentais, seja do indivíduo (autor da infração ou vítima) seja do grupo social. Mesmo na fase em que se lhe apresenta um caso concreto sobre o qual se quer fazer incidir um instrumento legal qualquer de investigação ou coleta de prova, previsto nas leis e de acordo com a Constituição, sua função será exatamente aquela de pré-compreender, interpretar e aplicar o direito ao caso concreto e nada mais.

Mas se garantir direitos aos que figuram na relação processual já é a própria função filosófica e histórico-jurídica do juiz, a denominação “juiz das garantias” perde o sentido, e somente na sua conjugação com a unilateralidade do objeto da

responsabilidade que o Projeto parece reservar para esse juiz – a qual segundo a literalidade do art. 14 do texto do PLS n. 156/09 é a salvaguarda de direitos individuais do investigado – passa a ser compreendida, mas já agora apenas como uma ideologia: a de que o juiz deve sempre assegurar direitos individuais do réu, independentemente do que orienta a Constituição da República na sua compreensão garantista integral.

O fundamento apresentado acaba contrariado pelo próprio PLS n. 156/09, porquanto o juiz das garantias irá decidir questões no curso da fase das investigações e antes do recebimento da denúncia, mas quando esta for oferecida e a ação penal for instaurada, passará ao juiz responsável pelo julgamento decidir sobre as mesmas questões que o juiz das garantias terá sob sua competência, no curso da primeira fase da persecução penal (§ 1º do art. 15).

Note-se que o juiz competente para o processo e julgamento da ação penal poderá rever as decisões tomadas pelo juiz das garantias (§ 2º do art. 15), para o que terá que refazer as mesmas avaliações de pressupostos de existência da infração, indícios de autoria e necessidade das medidas, sem que seja para decidir o mérito. Neste ponto, o PLS n. 156/09 tangencia a criação de um novo recurso: a revisão daquilo que decidiu o juiz das garantias pelo juiz que atua posteriormente à denúncia.

E mais, não se perca de vista que o próprio Projeto atribui ao juiz da sentença a competência para receber a denúncia, quando então também terá que avaliar em juízo provisório a existência de justa causa para a ação penal, o que não deixa de lançar luzes na alta probabilidade de que o fato delituoso existe, é típico e o denunciado é o seu autor. Mais apropriado, então, ao fundamento exposto pelo Projeto e por seus defensores, seria que o juiz do processo não viesse a ter que decidir sobre nada, e que o processo lhe fosse entregue, quando muito, apenas para a realização da audiência de instrução e julgamento, na qual somente as provas orais seriam produzidas na sua presença, sem que daí para frente nenhuma outra produção de prova ou diligência viesse a ser apreciada pelo magistrado encarregado de julgar o mérito, mesmo que a requerimento das partes, só restando a ele proferir sentença.

Outro fundamento da criação da figura do juiz das garantias, não tão expresso no texto do PLS n. 156/09, mas incisivamente apontado pelas opiniões de alguns autores, é que o atual sistema, em que o mesmo juiz que decide sobre a admissibilidade, prorrogação e incidentes de medidas investigatórias; meios de coleta de elementos de convicção para oferecimento de denúncia e até mesmo cautelares, em momento anterior àquele em que decidirá o mérito da ação penal à luz das provas

carreadas aos autos, acaba por contaminar o julgador, que, segundo opinam tais autores, se veria irremediavelmente envolto no compromisso de julgar o mérito da ação segundo a mesma valoração feita quando decidiu sobre aquelas medidas.

Simone Schreiber²², por exemplo, aduz que

(...) é extremamente difícil, quase impossível, que o juiz se mantenha alheio às versões dos fatos que vão sendo reveladas no decorrer da investigação; ou que 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 idéia quanto ao resultado que foi colhido.

Se tal suposição fosse empiricamente demonstrável, seria a figura de mais um juiz no processo de primeiro grau, o juiz das garantias, que impediria a indesejada propensão humana de se deixar influenciar apenas pelo que diz uma das partes? E ainda, se tal indesejada propensão humana é possível, ela também não poderia estar presente no juiz do mérito, sempre propenso a dar crédito apenas à acusação?

Num segundo ponto, o argumento parte da alegada probabilidade de que se foi o juiz que decidiu pela constituição de uma prova, autorizando-a na fase pré-processual, provavelmente não a desqualificaria no momento de julgar.

Todavia, a assertiva é equivocada à luz do que realmente ocorre no nosso Direito, cuja estrutura posta sepulta a ideia que se quer passar, de que o que se decide na fase pré-processual é de tal profundidade que seja capaz de contaminar o mérito. É que, tecnicamente, o juiz, na fase pré-processual, apenas examina se as circunstâncias do pedido estão de acordo com a autorização legal e constitucional para atuação de meios de reunião de elementos e medidas mais incisivas nos direitos fundamentais do sujeito, mas não as executa ou desenvolve, nem apura o seu conteúdo material. Na verdade efetua juízo sobre a aplicação do meio de prova, e não sobre o que ele será capaz de reunir de material probatório.

E mais, considerando que uma das coisas que se pretende evitar, é que um magistrado que tenha tomado contato com os fatos em grau de juízo de admissibilidade e legitimidade de meios de coleta de elementos prévios de convicção ou medidas cautelares venha ser o mesmo que vá julgar o mérito da ação penal, em caso de desembargadores e ministros das Cortes, Superior e Suprema que venham a

²² SCHREIBER, Simone. *O juiz de garantias no projeto do código de processo penal*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, v. 18, n. 213, p. 2-3, ago. 2010.

conhecer dos *habeas corpus* impetrados ainda enquanto o processo originário se encontra na fase pré-processual, para discutir a admissibilidade e legitimidade do deferimento de tais medidas pelo juiz das garantias, também se adotará, por coerência e simetria, a instituição dos desembargadores e ministros das garantias, que ficarão impedidos – em vez de preventos – para o julgamento do mérito dos recursos de apelação, especial e extraordinário?

Mesmo que se pretenda criar esse juiz de garantias, melhor seria vislumbrar, a lição do *Tribunal Europeu de Direitos Humanos*, a partir do precedente *Le Compte – Vai Leuven De Meyere vs. Bélgica: o juiz é imparcial até que se demonstre o contrário*²³. Partindo desse princípio adotado no primeiro mundo, e sabendo nós que o nosso diploma não permite que o juiz de instrução e julgamento possa proferir sentença condenatória respaldado apenas nas investigações pré-processuais, para que esse juiz de garantias?

- Para impedir o uso de algemas, desnecessariamente, em pessoas que conseguiram certa projeção? Já existe solução: ela está no art. 4º, alínea *b*, da Lei 4.898/1965: “Constitui também abuso de autoridade: (...) *b*) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei”; o Ministério Público que processe o desastrado policial.

- Foi a autoridade policial que procedeu, sem ordem judicial, à *interceptação telefônica*? Aí está o art. 10 da Lei 9.296/1996 punindo a autoridade sem freios.

- A autoridade policial atentou contra a liberdade de locomoção, procedeu à busca domiciliar sem autorização judicial, violou o sigilo da correspondência, atentou contra a incolumidade física do cidadão? Aí está o art. 3º da Lei 4.898/1965 para punir a autoridade despótica, discricionária(...)

E evidentemente não há necessidade de um juiz de garantias para coibir esses abusos. Cumpre ao Ministério Público, no mínimo, levar tais fatos ao conhecimento do juiz, ou ele mesmo requisitar a instauração de inquérito contra a autoridade discricionária.

Ademais, quem conhece o sertão nordestino, o interior do norte do País, sabe que o juiz de garantias é uma utopia. Dezenas e dezenas de comarcas nem sequer têm juízes e promotores titulares. No substitutivo ao projeto, acenou-se com a possibilidade de as Leis de Organização Judiciária preverem a indicação do juiz de garantias, à semelhança do que ocorre com as substituições automáticas nos casos

²³ CESANO, José Daniel. *El nuevo derecho procesal penal*, Peru: Ara Editores, 2010, p. 37

de impedimentos e suspeição. Esses casos são raros, e, quando ocorrem, o juiz substituto se desloca até a comarca para atuar em nome do suspeito ou impedido.

Num País cujas comarcas, às vezes, distam dezenas de quilômetros de distância uma da outra, qual seria o juiz de garantias? Houve quem dissesse que a adoção do juiz de garantias representava uma garantia da legalidade da fase pré-processual. Por acaso essa legalidade não é observada sem a figura do juiz de garantias? Que poderá fazer o juiz de garantias que não possa fazer o juiz a quem for distribuído o inquérito? Se o fato é grave e imprescindível a escuta telefônica, o juiz autoriza, seja ele o de garantias ou o do processo. O mesmo se diga em relação a todas as medidas cautelares. Quando o juiz profere a sua decisão fica atento para os atos instrutórios, e não para os da investigação ou inquérito.

Os mais avançados Códigos de Processo Penal do mundo, ao que nos consta, não conhecem o juiz de garantias. Não confundir o juiz de garantias com o francês. Na França há o *juge d'instruction* e o *juge de jugement*. Cabe ao primeiro colher as provas acusatórias, sem a participação da defesa, ou, como diz o art. 11 do *Code de Procédure Pena/e*: (...) *la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secreta. Elle n'est pas contradictoire*. A instrução não é contraditória. Entre nós as provas que são apuradas no inquérito, que é sigiloso, são repetidas em juízo sob o crivo do contraditório. Inegavelmente, nesse particular, o nosso diploma, em se tratando de tutela do direito de liberdade, supera o sistema francês. As provas que servem para a prolação da sentença são colhidas depois de baixar a poeira, como se costuma dizer. De imediato, com os ânimos ainda agitados e inquietos, ainda sob comoção, a colheita da prova pode sair deturpada.

Entre nós, primeiro há a fase pré-processual, depois a instrutória, sendo esta a que vale, pois sob ela vigora o princípio do contraditório. Outrossim: nos termos do art. 155 do CPP, o juiz não pode *“fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”*.

Se tudo pode e deve ser repetido na instrução, para que juiz de garantias? Por acaso o juiz do processo não vai tomar conhecimento de tudo quanto se passou na fase preambular da ação penal? Se, por acaso, a investigação coubesse a um juiz e o julgamento a outro, aí, sim, teríamos o verdadeiro juiz de garantias.

Além disso, as medidas tomadas pelo juiz de garantias, como decretação ou não decretação de prisão temporária ou prisão preventiva, a autorização ou não autorização para busca domiciliar e escutas telefônicas podem afrontar o

entendimento do juiz a quem for distribuído o inquérito e criar um clima desagradável entre eles. Tudo depende da formação de um e de outro. Numa comarca em que haja dois juízes, um será o juiz de garantias do outro. Evidente que eles trocam ideias a respeito do assunto. Embora não caiba ao juiz decretar a preventiva de ofício... o promotor pode requerer... E num mesmo ambiente de trabalho, num clima de cordialidade e entendimento... tudo vai depender do temperamento, da formação e independência de juízes e promotores.

Sabe-se que o juiz não pode proferir sentença condenatória com respaldo exclusivamente nos autos do inquérito policial. E, se o fizer, a segunda instância corrige o exagero. Ademais, qualquer extravagância do juiz em detrimento do indiciado poderá ser jugulada mercê de um *habeas corpus*. O mesmo acontecerá se implantarmos o juiz de garantias. Qual seria a vantagem? Há Estados que, mesmo possuindo um orçamento respeitável, até agora não criaram o Juizado Especial Criminal. No Estado de São Paulo numerosas comarcas não têm o Juizado Especial Criminal.

A proposta de criação do Juiz das Garantias em nossa legislação processual penal teve inspiração ao disposto em outros Ordenamentos nos quais, o Juiz da investigação preliminar se distingue do Juiz da causa, ao qual incumbe o juízo de mérito prolatando a decisão final.

Nesses sistemas há o Juizado de Instrução, com participação do Juiz na construção da prova na fase preliminar, de forma a efetivamente comprometer sua equidistância frente às partes do processo. A atividade judicial do Juiz de Instrução realmente inviabiliza que possa ser o Magistrado dotado de imparcialidade exigível no sistema acusatório, de modo a se requerer que não se confunda com o Magistrado a prolatar a sentença condenatória ou absolutória.

Verifica-se no processo penal chileno, italiano e no Código-modelo para a América Latina a existência de um Juizado de Instrução, outorgando-se ao Juiz imenso poder de intervenção na determinação probatória, bem como na indicação da propositura da ação penal, como se verifica no art. 258 do CPP do Chile e no art. 409 do CPP da Itália.

Assim, muito distantes são os sistemas que adotam o Juizado de Instrução, em que há um Juiz para as investigações preliminares dotado de atribuições de busca da prova e até de imposição de propositura da própria ação penal. Dessa forma, as atribuições do Juiz de Instrução na legislação estrangeira, bem como no CPP modelo, são mais amplas e interferem na proposição e na produção da prova de forma a

comprometer a convicção do Juiz, retirando-lhe as condições necessárias para preservar a imparcialidade, pois assume posições e forma opinião antecipada ao avaliar a prova existente, sugerir novas provas e impor a constituição da ação penal.

Considerações finais

Percebe-se que a concretização de um Juiz das Garantias exige muito mais do que apenas uma mudança legislativa. É, antes de tudo, uma luta política, uma batalha por uma mudança na correlação de forças e que forçosamente passa pela construção de uma cultura democrática.

A ruptura da tradição autoritária exige novos atores jurídicos, o que implica, dentre outras coisas, na reformulação do ensino-jurídico e dos concursos públicos para ingresso nas carreiras que tratam com o poder penal, na eliminação dos controles ideológicos que buscam a manutenção da tradição autoritária das Agências Estatais e na construção de um saber-poder comprometido com a dignidade humana e com os valores consagrados nas Constituições Democráticas e nos tratados internacionais de direitos humanos.

O que se objetiva, é evidenciar a imparcialidade do juiz contemporâneo no Estado Democrático de Direito, o qual deverá ser estruturado sobre as garantias fundamentais e sobre o Sistema Acusatório.

Para a concreta garantia de um Estado Democrático de Direito e garantidor é necessário que dentro do processo penal se aplique uma linha de diminuição da interferência daqueles que sistemicamente possuem o poder, aqui representado pelo magistrado. A aplicação das garantias deve ser a regra e a intervenção a exceção.

Conclui-se, que o desenvolvimento de um comportamento inconstitucional praticado cotidianamente pelos magistrados brasileiros, ao requererem os mesmos a produção de ofício de provas e agirem desta forma como vingadores de uma sociedade construída com base num discurso de defesa social, vislumbra a necessidade da criação da figura do juiz imparcial que deverá preservar os direitos e garantias fundamentais do investigado, ou seja, o juiz das garantias, como forma de confrontar a contaminação dos magistrados e a interferência dos mesmos nas relações processuais.

O juiz garante trata-se de um sujeito que vem como uma medida paliativa ao processo penal brasileiro, mediante o anteprojeto do novo CPP, para decidir sobre as questões pré-processuais. Porém, o termo juiz de garantias não se resume a esta

figura que decide sobre medidas cautelares, mas sim ao fato de que um juiz de garantias no Sistema Acusatório nada mais é do que um juiz que defende as garantias como finalidade do processo como um todo, e não somente um meio.

Destarte, o que se retira desta amostragem é o quão ilegítima e insegura é a ação proativa do juiz; a primeira por ser evidentemente incompatível com o sistema vigente e a segunda por ter conseqüências graves num contexto social de desigualdade e de criminalização de certos grupos da população, característica típica da sociedade brasileira.

Bibliografia

CASARA, Rubens R. *Juiz de Garantias, entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). *O novo processo penal à luz da Constituição (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal)*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CESANO, José Daniel. *El nuevo derecho procesal penal*, Peru: Ara Editores, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Anotações pontuais sobre a reforma global do CPP*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, ed. especial, CPP, ago. 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, Adrian Soares Amorim de. *O juiz das garantias no projeto do novo Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.jus.uol.com.br/revista/texto/17821/o-juiz-das-garantias-no-projeto-do-novo-codigo-de-processo-penal/>> Acesso em 15 out. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *O juiz das garantias projetado pelo novo código de processo penal*. Disponível em: <www.novacriminologia.com.br> Acesso em: 15 out. 2011

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 27, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LOPES Jr., Aury., *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris 2005.

_____. *A Opacidade da Discussão em Torno do Promotor Investigador (Mudem os Inquisidores, mas a Fogueira Continuará Acesa)*. Boletim IBCCrim, Rio de Janeiro, Ano 12, p. 10-11, nº 142, set. 2004.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal – da prevenção da competência do Juiz de Garantias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Quem tem medo do “juiz das garantias”?* Boletim do IBCCRIM. São Paulo, ed. especial, CPP, ago. 2010.

SCHREIBER, Simone. *O juiz de garantias no projeto do código de processo penal*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, v. 18, n. 213, p. 2-3, ago. 2010.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Reforma do Código de Processo Penal*. Revista de Informação Legislativa, a. 46, n.183, jul/set. 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *A lei penal, o projeto do novo CPP e a realidade brasileira*. Revista do TRF 1ª Região, Brasília, v. 22, n. 8, out. 2010.

Disponível em:

<<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34794>>. Acesso em: 15 out. 2011.