

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
LUISA ALBUQUERQUE DE CASTRO REIS

O JUIZ DAS GARANTIAS:
A imparcialidade do juiz no projeto de reforma do processo penal
brasileiro

Juiz de Fora
2016

LUISA ALBUQUERQUE DE CASTRO REIS

**O JUIZ DAS GARANTIAS:
A imparcialidade do juiz no projeto de reforma do processo penal
brasileiro**

Monografia apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Professora Tatiana
Paula Cruz de Siqueira.

**Juiz de Fora
2016**

LUIZA ALBUQUERQUE DE CASTRO REIS

**O JUIZ DAS GARANTIAS:
A imparcialidade do juiz no projeto de reforma do processo penal
brasileiro**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Tatiana Paula Cruz de Siqueira (Orientadora)

Professor Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes

Professor Cristiano Álvares Valladares do Lago

DEDICATÓRIA

Ao meu querido avô Aristides (*in memoriam*), tão generoso, íntegro e amoroso, por ter cuidado de mim desde pequena e ter sido um grande exemplo do que busco ser. Espero sempre te orgulhar.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e toda minha família, obrigada pelo constante incentivo e suporte na minha caminhada. Vocês renovam todos os dias minha força e determinação.

Ao meu namorado Hugo, por estar sempre ao meu lado e ser meu equilíbrio nos momentos de estresse e insegurança.

Aos meus amigos da faculdade e da vida, pelas palavras de apoio e lindas experiências compartilhadas.

À minha orientadora e amiga Tatiana, por nortear meus estudos de uma forma tão dedicada, paciente e humana. Tati, queria dizer o quanto te admiro como profissional e pessoa. Agradeço do fundo do coração pela oportunidade em ter você como orientadora.

Por fim, agradeço a Deus, por colocar em meu caminho tantas pessoas extraordinárias e me proteger durante esta sonhada graduação.

RESUMO

A presente monografia aborda o instituto do juiz das garantias, com atuação na fase de investigações, criado pelo projeto de Reforma do Código de Processo Penal, e sua adequação frente ao sistema acusatório e aos princípios constitucionais, principalmente a imparcialidade objetiva e subjetiva do juiz. Para tanto, será feito um estudo de caráter multidisciplinar, com elementos constantes do Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional. Primeiramente, serão expostos os sistemas processuais clássicos, constatando o descompasso do ordenamento jurídico proclamado pelo texto constitucional com os traços inquisitivos do código atual. Depois, adentrar-se-á especificamente no Inquérito Policial, demonstrando a mácula na imparcialidade do juiz advinda da regra processual da prevenção e dos dispositivos legais que concedem poderes investigatórios ao julgador. No terceiro capítulo, será apresentada a figura do juiz de garantias, suas atribuições, efeitos jurídicos e posições contrárias à inovação. Por fim, será reconhecida a compatibilidade do instituto com a Constituição Federal, de modo a garantir a atuação imparcial do juiz em um Estado Democrático de Direito e a efetivação do processo justo.

Palavras-chave: Sistema acusatório. Imparcialidade. Inquérito Policial. Juiz de Garantias.

ABSTRACT

This current monograph intends to deal with the institute of the judge of guarantees within the purview of the police investigations, created by the Code of Criminal Procedure's reformation project, and its adequacy in the face of the accusatory system and constitutional principles, especially the judge's objective and subjective impartiality. Therefore, will be presented a multidisciplinary study, covering elements from the Criminal Law, Criminal Procedure and Constitutional Law. At first, it intends to show the classic procedural systems, pointing out the mismatch between what is proclaimed by the Constitutional law and the inquisitive traits of the current code. Then, it will be specifically entering the police investigation, demonstrating the taint in the judge's impartiality arising out of the procedural rule of "prevention" and norms that assign investigative powers to the judge. The third chapter presents the figure of the judge of guarantees, attributions, legal effects and contrary positions to innovation. Furthermore, recognizes the compatibility of the aforesaid institute with the Constitution, to ensure the impartial role of the judge in a democratic state of law and the realization of a fair trial.

Keywords: Accusatory system. Impartiality. Criminal case. Judge of guarantees.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	11
1.1 Principais modelos processuais penais.....	11
1.2 Sistema processual decorrente da Constituição de 1988.....	13
1.2.1 Divisão entre as funções de investigar, acusar e julgar.....	14
1.2.2 Princípio da imparcialidade do juiz.....	14
1.3 A gestão da prova no Código Processual Penal de 1941.....	16
2 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO DIREITO BRASILEIRO	18
2.1 O inquérito policial.....	18
2.2 Os poderes do magistrado na investigação preliminar.....	20
2.2.1 Requisição de instauração de inquérito pela autoridade judiciária	22
2.2.2 Medidas cautelares: análise da “Operação Lava Jato”	24
2.3 A regra da prevenção na legislação ordinária	25
2.4 Mácula na imparcialidade do julgador: inconstitucionalidade do modelo atual	26
3 O INSTITUTO DO "JUIZ DAS GARANTIAS"	29
3.1 Papel atribuído ao julgador dentro do novo sistema projetado	29
3.2 A figura jurídica no direito comparado	32
3.2.1 Sistema processual penal italiano.....	32
3.2.2 Decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos	33
3.3 Enfrentamento dos empecilhos de ordem estrutural	34
3.4 “Juiz das garantias” e a efetivação de um processo justo.....	36
CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	40

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar a figura jurídica do “juiz de garantias”, inovação constante do Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, delimitando sua atuação e competência e verificando sua compatibilidade com o sistema processual constante na Constituição Federal de 1988.

A escolha deste tema específico deve-se à necessidade de adaptação da legislação pátria frente à nova ordem constitucional, haja vista que o Código de Processo Penal vigente ainda conserva em sua essência um sistema inquisitório, dissonante dos preceitos constitucionais.

Primeiramente, o estudo partirá da exposição histórica dos sistemas processuais penais e das principais características de cada modelo clássico, destacando o advento da Constituição Federal, que consagrou o sistema processual acusatório, marcado pela divisão das funções dos sujeitos do processo e especialmente pelo princípio da imparcialidade do juiz. Por fim, verificará que o código vigente, no qual a gestão da prova está principalmente nas mãos do julgador, é incoerente com o Estado Democrático de Direito.

Após o breve aspecto histórico e a constatação da incoerência do Código de Processo Penal atual com o texto constitucional, serão abordadas especialmente as características do inquérito policial e a forma de intervenção jurisdicional na investigação preliminar, notadamente no que se refere ao instituto da prevenção e aos poderes investigatórios conferidos pelo texto legal que maculam a imparcialidade do magistrado, apresentando como exemplo a atuação do juiz Sérgio Fernando Moro no trâmite da Operação Lava Jato. Partindo desta análise, será verificada a inconstitucionalidade de diversos dispositivos legais em vigor.

Na terceira parte, o trabalho visará trazer discussões atuais sobre o juiz de garantias como possível solução à inconstitucionalidade do modelo atual e as modificações realizadas pelo Projeto de Novo Código de Processo Penal quanto ao instituto, destacando as tendências em outros países e as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos acerca da imparcialidade subjetiva e objetiva do julgador, bem como avaliando as críticas da doutrina sobre o tema. Por fim, apontará a aptidão das mudanças produzidas no projeto para solucionar os problemas práticos e teóricos do processo penal atual.

No que tange ao marco teórico, o fundamento basilar da análise do trabalho em tela situa-se no texto de Leonardo Greco¹, que salienta a importância das garantias fundamentais, dentre elas, a imparcialidade do juiz, para assegurar a tutela jurisdicional efetiva e o processo justo.

Neste ponto, cabe ainda mencionar que no decorrer do presente trabalho o tipo de investigação adotada será, preponderantemente, o jurídico, teórico e legal, com ênfase aos aspectos conceituais, doutrinários, legais e jurisprudenciais sobre o tema objeto de estudo.

A técnica eleita será a documentação indireta através da pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial, recorrendo a livros, artigos, leis e julgados.

No que tange aos setores de conhecimento, a pesquisa terá aspecto multidisciplinar, tendo em vista a necessidade de se buscar elementos constantes do Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Vale ressaltar que a análise jurisprudencial, inclusive as fontes internacionais ou estrangeiras, como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, será indispensável no presente estudo, já que a partir das decisões existentes acerca da imparcialidade do magistrado, será constatada a necessidade de separação de funções entre o juiz da instrução e o juiz da fase pré-processual.

Desta forma, em razão da relevância prática, teórica e da atualidade do tema, o momento propício para se discutir alterações práticas no Projeto do Novo Código de Processo Penal, principalmente no que se refere à imparcialidade do magistrado no instituto do “juiz de garantias”, sob o ponto de vista jurisprudencial e teórico, tornando o instituto compatível com o Estado Democrático de Direito.

¹ GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: O processo justo**. Novos Estudos Jurídicos - Ano VII - Nº 14, abril/2002.

1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

1.1 Principais modelos processuais penais

O Direito Processual Penal não escapa às oscilações entre momentos históricos distintos, de modo que os modelos clássicos foram um reflexo da resposta do processo penal frente à estrutura social e política do Estado da época. Neste sentido, ao longo do tempo, cabe destacar o surgimento de duas formas extremas de persecução penal, quais sejam, os sistemas acusatório e inquisitório, que remontam ao Direito grego. Em momento posterior, da tentativa de fusão das características de ambos, surgiu um terceiro modelo processual penal, denominado misto.

Consagrado na democracia ateniense dos séculos V e IV a.C, o sistema processual acusatório, caracterizou-se, desde o início, por estruturar o processo de forma tríplice, isto é, uma disputa entre duas partes, autor e réu, sendo este sujeito de direitos, em paridade de armas, em que há contraditório, disciplinado por um terceiro imparcial, representado pelo juiz ou pelo tribunal. A atuação dos magistrados era passiva, visto que se mantinham afastados da iniciativa e gestão da prova, atividades a cargo das partes².

Ressalte-se, porém, que a inércia do juiz no sistema supramencionado sempre foi alvo de críticas, uma vez que o magistrado proferia sua decisão com base em um suporte probatório incompleto produzido somente pelas partes. Conforme assinala Aury Lopes Júnior³ “esse sempre foi o fundamento histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se (através da inquisição) um gravíssimo erro”.

Neste diapasão, na época do Império, a insatisfação com o modelo acusatório foi o estopim para os magistrados começarem a proceder sem provocação, isto é, de ofício, invadindo as atividades atribuídas às partes e assumindo para si o papel de acusar, julgar e defender, transformando-se, pois, em juízes inquisidores. Desta forma, foi o sistema acusatório substituído pelo inquisitório.

² ZUANAZZI, Guilherme. **A importância do “juiz das garantias” na (re)construção do processo penal brasileiro**. Direito e Sociedade. Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares / Faculdades Integradas Padre Albino, Curso de Direito. Vol. 6, n. 1 (jan./dez. 2011) - Catanduva: Faculdades Integradas Padre Albino, Curso de Direito, 2006, p. 60.

³ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal - Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 64.

Como bem demonstra Aury Lopes Júnior⁴:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte mero objeto da investigação.

Contudo, esta reunião de funções em um só órgão impede o contraditório, uma vez que sendo o juiz julgador, defensor e acusador, faltaria a necessária contraposição. Neste sistema, os juízes procedem de ofício, sem acusação formal, realizando eles mesmos a investigação e posteriormente dando a sentença, sendo que esta não transitava em julgado, haja vista a inexistência de coisa julgada. O juiz inquisidor, neste modelo, passa a ser dotado de ampla iniciativa probatória, o que faz com que ele já emita, desde o princípio, um juízo de valor.

Ressalte-se, ademais, que no sistema inquisitorial, marcado por um processo sigiloso e ausente de oralidade, o acusado é mero objeto do processo, não sendo sequer considerado sujeito de direitos, inclusive sendo seu estado de prisão a regra geral, vez que a culpa do acusado era presumida, e sua confissão a prova máxima para a futura condenação, prova esta obtida muitas vezes por meio de uma técnica adotada ilimitadamente, qual seja, a tortura.

Para encerrar o breve aspecto histórico, destaca-se o sistema misto ou francês, consagrado pelo *Code d'Instruction Criminelle* – o Código de Instrução Criminal francês de 1808, concebido sob o Império de Napoleão Bonaparte –, marcado pela fusão dos dois primeiros sistemas, com a divisão do procedimento em dois momentos. Em um primeiro momento inquisitório, sigiloso e limitado de garantias, destinado à investigação do crime e em um segundo momento processual, marcado pela publicidade e pela prevalência do princípio da oralidade e destinado à acusação, defesa e eventual condenação do acusado.

Resta evidente, pois, ao analisar as características de cada modelo clássico, que os sistemas processuais não são identificados apenas pelas características referentes à separação das funções de acusar, defender e julgar, bem como pela oralidade, publicidade, confissão do acusado. É crucial notar que atuação instrutória do juiz criminal figura como ponto primordial para a identificação do sistema processual, isto é, o modo como se dá a gestão da prova em

⁴ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal - Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 167.

cada modelo. Sobre isso, conforme Lopes Júnior (apud COUTINHO, 2001)⁵ o sistema processual pode se basear em dois princípios informadores: princípio dispositivo, marca do acusatório, no qual a produção de provas é colocada à disposição das partes; princípio inquisitivo – marca do inquisitório, no qual tem um juiz em envolvimento com a atividade probatória.

1.2 Sistema processual decorrente da Constituição de 1988

O advento da Lei Maior em 1988 consagrou no ordenamento jurídico pátrio a positivação de garantias fundamentais e, por força da supremacia das normas constitucionais, tais garantias refletiram em diversos ramos do Direito.

No que tange ao Direito Processual Penal, em que estão em jogo os mais complexos conflitos entre Estado e cidadão, como destacou Leonardo Greco⁶, saliente-se que o texto constitucional prevê um processo humanizado reconhecido principalmente pela disposição expressa acerca das garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, conforme inteligência dos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º, bem como dos princípios da presunção da inocência, disposto no inciso LVII do mencionado artigo, da imparcialidade do julgador, do livre convencimento motivado, da paridade das partes e, ainda, do respeito à dignidade da pessoa humana.

Certo é, portanto, que a Carta Magna, em síntese, tendo em vista que no ramo do Direito Processual Penal o risco a liberdade de locomoção ou outro direito fundamental indisponível é evidente, visa impedir que o investigado ou acusado seja reduzido a um objeto da persecução criminal, consagrando, pois, regras mínimas de garantia a fim de que os indivíduos sejam tratados como verdadeiros sujeitos de direito.

Neste ponto, constata-se claramente que o sistema inquisitório é integralmente incompatível com os direitos e garantias individuais previstos no texto constitucional, vez que viola a legitimidade democrática das decisões estatais por meio de um exercício ilegítimo e arbitrário do julgador, que compromete em demasiado a dignidade humana dos sujeitos, em especial, do réu.

É nesta seara que a Constituição Federal, afastando os traços inquisitórios, acolhe o sistema acusatório, imperativo do moderno processo penal, como corolário do princípio do

⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre: Nota Dez Editora, nº 01, 2001, p. 28.

⁶ GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: O processo justo**. Novos Estudos Jurídicos - Ano VII - Nº 14, abril/2002, p. 46.

devido processo legal, tornando o processo um verdadeiro processo de partes, marcado por garantias, como a oralidade, a publicidade, a imparcialidade, a motivação e o contraditório.

No que se refere ao conteúdo acusatório previsto na Carta Magna, importante destacar dois elementos característicos do sistema em questão, quais sejam, a divisão das funções dos sujeitos processuais e a imparcialidade do julgador, razão da própria existência do processo.

1.2.1 Divisão entre as funções de investigar, acusar e julgar

Conforme previsão explícita no artigo 129, inciso I, Constituição Federal vigente, a propositura da ação penal pública tornou-se função institucional e privativa do Ministério Público, o que consagrou sua titularidade e incumbiu a tal órgão, juntamente com a polícia judiciária disciplinada no artigo 144, §4º do texto constitucional, a persecução criminal, consubstanciando o princípio da oficialidade.

Desta forma, observa-se que o modelo plasmado na Carta Magna reflete o caráter triangular do processo penal⁷, que divide as funções de investigar, acusar, defender e julgar a sujeitos diferentes, o que limita o juiz promover atos de ofício na fase investigatória, função esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais e do Ministério Público, além de direcionar na fase processual a produção do suporte probatório ao órgão de acusação e ao réu.

Há, portanto, diante desta divisão de funções um patamar de equilíbrio entre as partes, isto é, uma paridade de armas, tratada como princípio da igualdade processual decorrente do “*caput*” do artigo 5º da Constituição Federal, com oportunidades de iguais condições tanto para a acusação quanto para a defesa, que assegura não somente ao autor, mas principalmente ao réu os meios necessários e adequados para a garantia dos seus direitos e a efetivação de um processo honesto e justo.

1.2.2 Princípio da imparcialidade do juiz

Em um Estado Democrático de Direito, em decorrência da lógica da separação de funções, o julgador legalmente constituído para exercer a jurisdição possui uma posição bem definida no processo, isto é, passa a exercer a função de garantidor dos direitos fundamentais dos indivíduos enquanto se mantém limitado a julgar motivadamente pelas provas produzidas apenas pelas partes.

⁷ O caráter triangular do processo penal significa que a justiça penal só poderá apurar um caso concreto se o fizer por um processo constituído por três sujeitos que desempenhem funções específicas e distintas. MARQUES, José Rodrigo. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Forense, 1997. V.1, p. 62.

Tal função atribuída ao magistrado é indispensável, mormente diante da instabilidade e incerteza que figuram durante o trâmite do processo penal. O risco de o julgador proferir uma sentença injusta, imotivada e que viola os direitos constitucionalmente expressos, deve ser combatido pela observância de certas garantias mínimas que permitirão o afastamento necessário deste órgão para conduzir com isenção o processo.

Neste sentido, destaca-se, em primeiro lugar, a garantia do juiz natural, manifestada pelo direito do indivíduo ser processado pelo magistrado competente e pela vedação constitucional à criação de juízos e tribunais de exceção, previstos, respectivamente, no artigo 5º, incisos LIII e XXXVII, do texto constitucional. Este juiz natural, afirma Renato Brasileiro de Lima⁸ “é aquele constituído antes do fato delituoso a ser julgado, mediante regras taxativas de competência estabelecidas pela lei”.

Desta forma, destaca-se que a garantia do juiz natural é fundamental para assegurar a imparcialidade do julgador, corolário da divisão de funções anteriormente analisada. Acerca da relevância desta garantia, expressa Renato Brasileiro de Lima (apud GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2000)⁹:

A imparcialidade do juiz, mais do que simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial, sendo o princípio do juiz natural erigido em núcleo essencial do exercício da função. Mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural, não ha função jurisdicional possível.

Aliás, vale trazer à baila a previsão do artigo 8, item 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, recepcionada pela Constituição (decreto 678, 6 de novembro de 1992), que também expressa o direito do indivíduo ser julgado por um juiz competente e independente, bem como imparcial:

Artigo 8. Garantias judiciais

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

Portanto, não somente o julgamento criminal deve ser proferido por órgão competente e independente, mas também absolutamente imparcial. Nesta esteira, o princípio

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 35.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhaes. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 44.

da imparcialidade do julgador, compatível com o sistema acusatório e imprescindível para a obtenção de um processo judicial justo, afasta a discricionariedade e o subjetivismo do agente estatal na tomada de decisões, bem como limita seus poderes na atividade probatória. Neste entendimento, salienta Nestor Távora e Rosmar Alencar¹⁰ “a proatividade do julgador em determinar a produção de provas encontra limites na imparcialidade exigida para o julgamento do feito”.

Tal imparcialidade é dividida em subjetiva, efetiva tendência do juiz, quando, por exemplo, passa a determinar várias provas de ofício, e objetiva, analisada sob o âmbito da visibilidade externa, a esperança de que haja imparcialidade, ou seja, é a aparência de imparcialidade. Há, inclusive, instrumentos para combater o interesse do juiz no processo, nas causas de impedimento e suspeição, dispostas no atual Código de Processo Penal, especificamente nos artigos 252 a 256.

Portanto, necessário o afastamento máximo do magistrado da persecução penal, para que sua imparcialidade não seja comprometida e, conseqüentemente o exercício da jurisdição.

Em síntese, só há a efetivação de um processo consoante com o sistema acusatório constitucionalmente adotado quando as partes têm direito a um julgamento por um juiz imparcial, garantidor da igualdade dos sujeitos e da eficácia de garantias e direitos fundamentais das partes. Não há, portanto, jurisdição sem julgador imparcial.

1.3 A gestão da prova no Código Processual Penal de 1941

Na época em que o Código Processual Penal entrou em vigor, sob o Estado Novo e influenciado pelo modelo fascista italiano, prevalecia o entendimento de que havia um sistema processual misto, visto que a fase inicial de investigação criminal, consubstanciada no inquérito policial, era de natureza inquisitorial, enquanto a fase processual possuía natureza acusatória. É este ainda o entendimento de uma pequena parcela da doutrina, principalmente de Guilherme de Souza Nucci¹¹ ao afirmar que o sistema processual brasileiro é o misto.

Entretanto, insta salientar que, ao analisar o sistema processual brasileiro de uma forma mais profunda, isto é, identificando-o através da gestão da prova, elemento essencial e informador, constata-se facilmente que a definição do caráter misto do modelo brasileiro é insuficiente para caracterizar sua real essência, mormente porque o juiz ainda detém ampla iniciativa probatória durante a fase inquisitorial, bem como processual.

¹⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 594.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2009, p. 25.

Portanto, a celeuma reside no envolvimento ativo do julgador nos dois momentos, o que impediria dividir perfeitamente o momento inquisitório e o momento acusatório. Nesse sentido, basta uma breve leitura de diversos artigos dispostos no Código vigente para corroborar esta constatação.

A título de exemplo, em análise aos artigos 127, 156 e 242, percebe-se, respectivamente, que o juiz, de ofício, pode ordenar o sequestro, a produção antecipada de provas até mesmo na fase inquisitorial e, ainda, determinar busca e apreensão. Dessa análise, nota-se que mesmo que haja a divisão de funções no sistema processual brasileiro, o juiz possui uma posição ativa durante o trâmite do processo, afastando de sua função de juiz garantidor e espectador e, conseqüentemente, aproximando da função de um juiz inquisidor, que atua mesmo sem provocação, o que possibilita dizer que o sistema atual é predominantemente inquisitório, do início ao fim.

Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, conforme já demonstrado, houve a transição de um sistema inquisitório para um modelo integralmente acusatório, com a previsão da separação das funções de investigar, acusar, defender e julgar, o que possibilita um processo marcado pelo contraditório e a ampla defesa, bem como pela presença de vários princípios relacionados às diversas garantias e direitos fundamentais de conteúdo constitucional.

Não há dúvidas que um sistema predominantemente inquisitivo está em total dissonância com o advento da Constituição Federal de 1988 e do modelo processual acusatório, sendo inconstitucionais todos os dispositivos da lei que atribuem poderes instrutórios e investigatórios ao magistrado. Nesta seara, leciona Renato Brasileiro de Lima¹²:

Torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional. Dito de outro modo, não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal. Pelo contrário. São as leis que devem ser interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios introduzidos pela Carta Constitucional de 1988.

Desta maneira, necessário formular um modelo processual penal que seja compatível com a ótica constitucional, isto é, um processo verdadeiramente acusatório, de modo que os resquícios de um sistema inquisitório, atrelado a um contexto totalitário que ainda insiste em permanecer, não continuem mais a abalar os pilares da democracia processual penal.

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 5-6.

2 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 O inquérito policial

Principal forma de investigação preliminar no sistema brasileiro, o inquérito policial, regulado no Código de Processo Penal nos artigos 4º ao 23, é definido como “o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo”¹³.

É, portanto, uma atividade prévia ao processo, de natureza administrativa, haja vista não resultar em nenhuma imposição de sanção penal, além de ser realizado por um órgão da administração pública sem poder jurisdicional, qual seja, a polícia, que tem por finalidade precípua colher elementos de informação com intuito de viabilizar o oferecimento da peça acusatória. Diferencia-se, neste ponto, da instrução criminal, vez que nesta o escopo central é a colheita de provas produzidas em contraditório judicial. Esta distinção entre elementos informativos e provas, inclusive, passou a constar expressamente no artigo 155 do CPP após as reformas trazidas pela Lei na 11.690/08.

Como mencionado anteriormente, tendo em vista que esses elementos informativos não são colhidos à luz do contraditório e da ampla defesa, nota-se que o inquérito policial tem valor probatório relativo. Destarte, aduz Renato Brasileiro¹⁴, “pode-se dizer que, isoladamente considerados, elementos informativos não são idôneos para fundamentar uma condenação”. Portanto, atendendo a doutrina garantista, o legislador, na reforma do artigo supramencionado, dispôs que apenas as provas produzidas no inquérito e consideradas urgentes ou não repetíveis terão valor probatório na instrução.

É importante salientar que o inquérito, por ser uma peça meramente informativa, é perfeitamente dispensável ao processo quando o titular da ação penal já dispuser de elementos de convicção aptos a dar suporte ao oferecimento da exordial. Este caráter dispensável, inclusive, encontra guarida em diversos dispositivos do texto infraconstitucional, tais como o artigo 12, que dispõe que “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”, e o artigo 39, parágrafo 5º, ao prever que “o órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1. p. 240.

¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 74.

que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias”.

Ademais, em análise as outras características inerentes ao inquérito policial, vale destacar que na fase pré-processual, sem rigor procedimental, vigora a discricionariedade, dentro dos limites legais, vez que está a cargo do delegado, órgão oficial do Estado, indicar as diligências de acordo com a relevância do caso concreto, conforme elenca a inteligência dos artigos 6º e 7º do CPP. A autoridade policial, ainda, deve atuar de ofício quando há crime de ação penal pública incondicionada e, mediante permissão dos envolvidos, nas ações públicas condicionadas à representação e nas ações privadas.

Os demais elementos característicos observados, distintos do que ocorre no curso do processo, dizem respeito ao procedimento escrito, sem vigorar a oralidade, e sigiloso, sem comportar a publicidade, com intuito de, nos termos do artigo 20 do Código de Processo Penal, assegurar no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade, bem como preservar o investigado da estigmatização social prévia ao processo. Além disso, vigora a indisponibilidade na fase de inquérito, vez que, por ser de ordem pública, o delegado não poderá dispor da persecução penal, consoante artigo 17 do texto legal.

Por fim, prevalece na doutrina e na jurisprudência, sobretudo diante das características mencionadas, o entendimento do caráter inquisitorial do inquérito policial, haja vista a ausência do contraditório e da ampla defesa, fase em que “não existem partes, apenas uma autoridade investigando e o suposto autor da infração normalmente na condição de indiciado¹⁵”.

Após a breve exposição dos principais elementos que norteiam o inquérito policial, é indispensável destacar que não é de hoje as críticas feitas acerca das problemáticas deste procedimento administrativo, diante da própria ideologia do direito *pro societatis*, da pouca confiabilidade ou insuficiência do material colhido, da excessiva demora ou até mesmo da falta de coordenação entre os órgãos. É o que Aury Lopes Jr.¹⁶ denomina de “crise do inquérito policial”, defendendo a necessidade de reformulação desta fase inquisitorial e prévia ao processo.

Contudo, tendo em vista o escopo do presente trabalho e a abrangência das falhas concernentes ao referido procedimento, discorrer-se-á apenas sobre a problemática do inquérito policial no que tange à posição de investigador do juiz e a prevenção como critério

¹⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 116.

¹⁶ LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 1.

fixador de competência, analisando-se as principais consequências e os desdobramentos neste âmbito.

2.2 Os poderes do magistrado na investigação preliminar

A atuação probatória do magistrado no sistema penal brasileiro atual, conforme já citado no primeiro capítulo, é demasiadamente excessiva, o que afasta o julgador da equidistância necessária para o exercício da jurisdição. Contudo, sua posição não pode ser vazia, haja vista ter o juiz a função de garantidor dos direitos fundamentais dos sujeitos, principalmente do investigado.

Em especial enfoque ao momento da investigação prévia ao processo, vale destacar, primeiramente, o excessivo ativismo judicial durante o trâmite do inquérito policial, acobertado, sobretudo, por diversos artigos do Código de Processo Penal vigente, que claramente permitem uma posição ativa do juiz no curso do procedimento administrativo, que, como visto, já é marcado em sua essência pelo sistema inquisitório.

Em primeiro lugar, quanto aos poderes investigatórios do julgador, importa observar que, com evidente caráter retrógrado, a nova redação trazida pela Lei 11.690/08 ao artigo 156, inciso I, do CPP potencializou a atuação probatória do juiz, vez que permitiu a produção de provas de ofício pelo magistrado, mesmo antes de iniciada a ação penal. Tal dispositivo é utilizado como justificativa para a busca da “verdade real”, que viola o princípio acusatório. Sobre o assunto, Ferrajoli¹⁷ aduz:

É evidente que esta pretendida "verdade substancial", ao ser perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal.

Nesta situação, é perceptível que o juiz, ao buscar ilimitadamente a busca da verdade substancial do fato e sem qualquer requerimento das partes, profere decisões extremamente equivocadas pelo seu prévio juízo sobre o fato.

Da mesma maneira, de acordo com a exposição de Marcus Vinícius Reis Bastos¹⁸, incompatíveis com o modelo acusatório também são as disposições dos artigos já referidos no

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do Garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 38.

¹⁸ BASTOS, Marcus Vinícius Reis. **Poderes instrutórios do juiz e o anteprojeto do Código de Processo Penal**. Brasília: Revista CEJ, Ano XIV, n. 51, out./dez. 2010, p. 93.

capítulo anterior quanto à atuação de ofício do julgador na fase de investigações, seja nas medidas assecuratórias, ao ordenar o sequestro (artigo 127), seja na busca e apreensão (artigo 242) e, ainda, nas medidas cautelares, ao decretar a prisão preventiva e converter a prisão em flagrante em preventiva (artigos 311 e 310, II, ambos do CPP, respectivamente).

Ainda, na mesma compreensão que Geraldo Prado¹⁹, importante salientar que é evidente que a imparcialidade do magistrado também ficará comprometida nos termos do artigo 28 do CPP, uma vez que, ao discordar do pedido de arquivamento do órgão ministerial, o julgador já está intimamente inclinado a considerar o investigado culpado, o que fere o preceito constitucional do estado de inocência (artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal).

Além disso, não obstante o foco centrar-se no Código de Processo Penal, vale brevemente expor que em diversas leis especiais há artigos que também concedem poderes investigatórios ao magistrado, por exemplo, a Lei 9.296/96, que em seu artigo 3º prevê a possibilidade do juiz, de ofício, determinar a interceptação telefônica durante a investigação criminal, bem como a Lei 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceitos de raça e cor, em seu artigo 20, parágrafo 3º, dispõe sobre a determinação do juiz, mesmo sem provocação, do recolhimento ou da busca e apreensão dos exemplares do material respectivo²⁰.

Nota-se, pois, que os dispositivos reforçam o modelo inquisitorial e mitigam o devido processo legal e os demais princípios constitucionais, principalmente a imparcialidade do julgador. Sobre isto, merece destaque o entendimento da jurisprudência do TJRS, *in verbis*²¹:

ROUBO MAJORADO. SISTEMA ACUSATÓRIO. GESTÃO DA PROVA. VÍTIMA OUVIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ. ILEGITIMIDADE. AFASTAMENTO DA PROVA. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. **1. A oficiosidade do Juiz na produção de prova, mesmo que sob a escusa da pretensa busca da “verdade real”, é procedimento eminentemente inquisitório e que agride o critério basilar do Sistema Acusatório: a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa. Precedentes da Câmara.**
2. A condenação só pode emergir da convicção plena do julgador – sua base ética indeclinável. A prova controversa, insegura e que não afasta todas as dúvidas

¹⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2005, p. 198-199.

²⁰ LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 156-157.

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação crime. Nº 70022266498. Quinta Câmara Criminal. Apelante: Valter Cruz do Amaral. Apelado: Ministério Público. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Comarca de Seberi, 12 de março de 2008. Publicado em: DJe 08/04/2008. Disponível <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

possíveis enseja um desate favorável ao acusado, em homenagem ao consagrado princípio *in dubio pro reo*. Deram provimento ao apelo. UNÂNIME. (grifo nosso).

No mesmo sentido²²:

PROCESSUAL PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO. PROVA. GESTÃO. ARTIGO 156, DO CPP. AGRESSÃO AO ARTIGO 129, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AO JUIZ É VEDADO PERSEGUIR PROVA. PALAVRA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE VALOR PROBATÓRIO ABSOLUTO.

- O texto do artigo 156, do CPP, proclamado pela acusação, fere expressamente a norma constitucional, quer genericamente diante da recepção do sistema processual acusatório, quer especificamente em seu artigo 129, I (onde resguarda o princípio da inércia da jurisdição): eis a regra básica do jogo no sistema processual democrático: **um acusa (e prova), outro defende e outro julga – não se pode cogitar da inquisitorial relação incestuosa entre acusador e julgador.**

- A principiologia constitucional suplantou – desde muito – **estratagemas como a crença mitológica de busca da “verdade real”**. Dela o que se alcança é o resultado das limitações históricas, culturais e ideológicas de cada um, exteriorizado na interpretação dos fenômenos mundanos. (...) - À unanimidade negaram provimento ao apelo. (grifo nosso).

Neste contexto, Paulo Rangel²³, de forma clara, conclui pela impossibilidade da existência de poderes instrutórios do juiz em um sistema acusatório: “Portanto, não há que se aplicar, no processo penal, os poderes instrutórios do juiz como se faz no processo civil. Poder instrutório é um disfarce do sistema inquisitivo dentro do acusatório”.

Ademais, para reforçar a referida problemática, urge apresentar em tópico apartado um ponto de crucial questionamento, qual seja, a possibilidade de requisição de instauração de inquérito pela autoridade judiciária, bem como, no tópico subsequente ao anterior, analisar a aludida atuação judicial na Operação Lava Jato.

2.2.1 Requisição de instauração de inquérito pela autoridade judiciária

A forma de instauração do inquérito policial depende da espécie de ação penal. Tratando de ação penal pública incondicionada, dispõe o artigo 5º do CPP que o procedimento administrativo pode ser iniciado de ofício pela autoridade policial, quando toma conhecimento direto do fato delituoso, bem como pode ser instaurado através de requisição do Ministério Público ou do juiz, de requerimento do ofendido ou de seu representante legal ou por meio de auto de prisão em flagrante delito. Além disso, qualquer pessoa do povo poderá comunicar a autoridade policial acerca da ocorrência de determinado fato criminoso.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação crime. Nº 70006183826. Quinta Câmara Criminal. Apelante: Ministério Público. Apelado: Luiz Carlos Batista Robaina. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Comarca de Bagé, 28 de maio de 2003. Revista de Jurisprudência: RJTJRS, 224/102. Disponível <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

²³ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 455.

O referido artigo ainda prevê que nos crimes de ação penal pública condicionada, o início da *persecutio criminis* está subordinado à representação do ofendido ou a requisição do Ministro da Justiça. Em se tratando de crime de ação penal de iniciativa privada, por sua vez, deverá haver o requerimento do ofendido ou de seu representante legal.

Diversas, portanto, são as formas de iniciar a persecução penal. Contudo, dentre tais formas, nota-se a existência de uma das mais incoerentes disposições do texto legal vigente frente à nova ordem constitucional: a possibilidade da autoridade judiciária requisitar a instauração de inquérito policial.

É nítido que esta disposição em nada se coaduna com o sistema acusatório da Constituição de 1988, uma vez que, consoante o exposto no capítulo anterior, neste modelo há clara separação de funções de acusar, defender e julgar, sendo o Ministério Público o titular da ação penal pública, de modo que, se o juiz requisitar a instauração do inquérito, notadamente adentra em uma função que não lhe pertence e compromete sua imparcialidade como julgador. Neste sentido, Renato Brasileiro²⁴:

Em um sistema acusatório, onde há nítida separação das funções de acusar, defender e julgar (CF, art. 129, I), não se pode permitir que o juiz requirite a instauração de inquérito policial, sob pena de evidente prejuízo a sua imparcialidade. Portanto, deparando-se com informações acerca da prática de ilícito penal, deve o magistrado encaminha-las ao órgão do Ministério Público, nos exatos termos do art. 40 do CPP. Nessa o art. 10 do CPPM faz menção apenas a requisição do Ministério Público, deixando de prever a possibilidade de a autoridade judiciária militar determinar a instauração de inquérito policial militar.

Não há dúvidas, pois, de mais um preocupante resquício inquisitorial do código vigente. Tal disposição fere todos os princípios que regem o sistema acusatório, comprometendo em demasiado a imparcialidade do juiz. Ora, certo é que ao requisitar a instauração da investigação criminal, o juiz já possui uma convicção prévia dos fatos e do investigado, isto é, mesmo que de forma sumária, já tem um convencimento da culpabilidade do sujeito, o que prejudica a defesa deste.

É, portanto, um contrassenso permitir que o órgão jurisdicional requirite o início do inquérito policial e, posteriormente, também proferira sentença do sujeito alvo da investigação.

²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 89.

2.2.2 Medidas cautelares: análise da “Operação Lava Jato”

Em casos de grande repercussão, especialmente quando envoltos na seara política, a participação do juiz é ainda mais preocupante, haja vista que além do próprio contato direto com as investigações, sua imparcialidade também poderá ser maculada diante da influência político-partidária e midiática, bem como da publicidade excessiva acerca dos fatos.

É neste âmbito que, como exemplo, destaca-se a atuação do juiz federal Sérgio Fernando Moro, titular da 13ª Vara Criminal de Curitiba do Paraná, na Operação Lava Jato, deflagrada em março de 2014 pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal para apuração de crimes de corrupção e lavagem de dinheiro.

Para além do teor político, vale mencionar que há diversos questionamentos quanto à atuação do magistrado no aludido caso. Se por um lado, há quem apoie e elogie suas decisões, por outro, há quem se posicione de forma contrária às atitudes do referido juiz, afirmando que o mesmo não estaria sendo imparcial ao conduzir a investigação²⁵.

Pela amplitude do tema e da discussão, vale destacar somente a atitude do juiz no que concerne à quebra de sigilo da interceptação telefônica realizada.

Em síntese, o magistrado, em 16 de março de 2016, quarta-feira, retirou os sigilos de gravações de áudio feitas pela força-tarefa da Operação Lava Jato, revelando diálogo entre o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, suspeito de receber benefícios provenientes de corrupção na Petrobras, e a presidente Dilma Rousseff. No despacho²⁶, o juiz Sérgio Moro motivou sua decisão afirmando que houve tentativa de obstrução da justiça, bem como que “a democracia em uma sociedade livre exige que os governados saibam o que fazem os governantes, mesmo quando estes buscam agir protegidos pelas sombras”.

A decisão de suspender o sigilo das interceptações telefônicas dividiu opiniões entre juristas e advogados²⁷. Para o jurista Ives Gandra Martins, bem como para a Ajufe (Associação dos Juízes Federais do Brasil) favoráveis à decisão do juiz responsável pelo caso, o magistrado agiu corretamente, em defesa do interesse público.

Em contrapartida, há quem argumente que a decisão violou o texto constitucional. Dentre os argumentos apontados, destaca-se que, conforme entende o advogado Gustavo Badaró, o conteúdo das investigações deveria ser mantido em sigilo, bem como que o juiz teria violado a

²⁵ DIAS, Maurício. **As duas faces de moro**. Revista Carta Capital. São Paulo: Ed. 838, fevereiro 2015. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/revista/838/as-duas-faces-de-moro-442.html>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

²⁶ Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/blog/matheus-leitao/post/lula-sabia-ou-desconfiava-que-estaria-sendo-interceptado-diz-moro.html>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

²⁷ Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/17/politica/1458183598_880206.html. Acesso em: 20 de maio de 2016.

prerrogativa de foro, haja vista que a presidente apareceu nas gravações e, por isso, a competência seria do Supremo Tribunal Federal, consoante afirma o jurista Dalmo Dallari²⁸.

Vale destacar que após a mencionada decisão, o juiz Sérgio Moro enviou ofício ao STF, no qual pediu desculpas à Corte pelas consequências referentes à quebra do sigilo das gravações telefônicas e por "provocar polêmicas, conflitos ou provocar constrangimento"²⁹.

Independente da posição partidária, o que se pretende expor é que as inúmeras divergências acerca das condutas do aludido magistrado demonstram o quanto a incerteza de imparcialidade paira sobre o juiz, principalmente no que tange à sua visibilidade externa. Ora, se o juiz profere decisões conflitantes e supostamente eivadas de pré-julgamentos antes mesmo do término das investigações, certo é que julgará o processo com parcialidade e, por consequência, sem observar qualquer garantia constitucional.

2.3 A regra da prevenção na legislação ordinária

Analisada a atividade excessiva do julgador, que não gera dúvidas quanto à sua convergência com o sistema inquisitório, vale ressaltar que no inquérito policial, apesar do caráter administrativo, há a presença de atos jurisdicionais indispensáveis para a garantia dos direitos fundamentais das pessoas eventualmente investigadas. É este, conforme já exposto, o lugar constitucionalmente delimitado ao julgador.

Portanto, seja na criticada figura de um juiz investigador, com poderes para tanto, seja na função de um magistrado garantidor dos direitos dos indivíduos, não há como negar a existência de decisões de cunho jurisdicional no trâmite investigatório.

Neste contexto, o Código de Processo Penal, em seu artigo 83, insere o instituto da prevenção como critério definidor de competência, ou seja, o juiz competente será aquele que antecede aos outros igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa na prática de algum ato processual ou de medida a este relativa, até mesmo antes de iniciada a ação penal, isto é, na investigação criminal.

Contudo, devem-se fazer alguns questionamentos quanto a esta previsão legal. Ora, não obstante argumentos favoráveis no que concerne ao instituto, sob o fundamento de que o juiz julga melhor quando teve um contato prévio com os fatos³⁰, certo é que, ainda que não

²⁸ Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160317_juristas_grampos_jp. Acesso em: 20 de maio de 2016.

²⁹ Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wpcontent/uploads/sites/41/2016/03/MORO-A-TEORI.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

³⁰ LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 153.

atue como investigador, o magistrado, ao tomar decisões pertinentes à investigação, forma convicções, mesmo que superficialmente, sobre as condutas e os sujeitos, vez que é quase impossível ele se isentar totalmente da matéria em tela.

Ressalte-se, por exemplo, que quando da decretação da prisão preventiva do investigado durante o inquérito policial, o juiz analisa, ainda que com uma cognição sumária, a conveniência desta medida de exceção, verificando a presença dos pressupostos e requisitos previstos no artigo 312, CPP. Portanto, ao proferir decisões tão significativas no trâmite do inquérito, o magistrado, consoante Simone Schreiber³¹, “participou ativamente da investigação policial e já formou um juízo sobre o que ocorreu, quem são as pessoas envolvidas, etc.”, ou seja, já apresenta indícios da sua posição antes mesmo da existência do processo.

Constata-se, dessa exposição, que a prevenção como critério fixador de competência é completamente incoerente com os preceitos constitucionais, mormente porque ainda que o juiz aprecie objetivamente as circunstâncias do caso, o contato direto com a investigação criminal pode provocar manifestação prévia de juízos e influência dos elementos informativos em seu convencimento em sede judicial, podendo ferir principalmente o princípio da imparcialidade objetiva do juiz, isto é, a viabilidade externa que o magistrado possui frente aos envolvidos.

Em suma, iniciar um processo criminal com o mesmo magistrado que estaria contaminado com o material proveniente do inquérito policial é uma preocupante aproximação com a figura de um juiz parcial. É neste contexto que há o entendimento doutrinário, no que tange a necessidade da prevenção ser um critério excluidor de competência³², ou seja, ao contrário do que vigora atualmente, o juiz que profere decisão em fase investigatória seria incompetente para julgar a futura ação penal.

2.4 Mácula na imparcialidade do julgador: inconstitucionalidade do modelo atual

Conforme exposto, a investigação criminal é um procedimento administrativo e inquisitório que visa colher elementos informativos com valor probatório relativo a fim de que o órgão acusador ofereça sua peça inaugural. Portanto, tais elementos de informação não servem para o magistrado proferir e fundamentar sua sentença, devendo esta, segundo os

³¹ SCHREIBER, Simone. **O juiz de garantias no projeto do código de processo penal**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 18, nº 213, agosto 2010, p. 2.

³² LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 156.

ditames do sistema acusatório, ser motivada pelas provas produzidas pelo crivo do contraditório e da ampla defesa.

Contudo, na prática forense, em contramão ao sistema acusatório, nota-se que o juiz, ao participar do inquérito policial, empreende convicção acerca dos fatos, bem como considera os elementos informativos no momento de proferir a sentença, vez que é improvável que ele se mantenha alheio às versões decorrentes da investigação, principalmente quando a legislação infraconstitucional confere poderes investigatórios ao magistrado, permitindo sua atuação de ofício.

Não há como negar que o convencimento do juiz a partir de elementos extraprocessuais diverge do pilar do sistema acusatório e viola o devido processo legal, haja vista que sua imparcialidade para julgar o feito está definitivamente comprometida pela mácula advinda da investigação criminal, seja em sua forma subjetiva, ao determinar, por exemplo, a realização de várias provas de ofício, seja em sua forma objetiva, isso é, a aparência de imparcialidade.

Nesse contexto, destaca Leonardo Greco³³ diversos casos em que acredita que as denominadas contaminações psicológicas do magistrado estão presentes. Veja-se a exposição do autor:

A imparcialidade deve também ser examinada nos casos das chamadas contaminações psicológicas: o juiz que desentranha prova ilícita da qual já tomou conhecimento; o juiz que julgou o autor carecedor da ação e teve a sua decisão reformada, sendo obrigado a julgar o mérito contra a sua convicção; **o juiz que concedeu medida cautelar e fica vinculado para julgar a ação principal**; o juiz que julga a ação de reparação civil depois de ter julgado a ação criminal; o juiz que julgou os mesmos fatos em causa conexa; o juiz que em tribunal colegiado decidiu recurso contra o recebimento inicial da acusação e que, posteriormente, no mesmo colegiado, julga recurso contra a sentença final; nos países que têm juizado de instrução, **o juiz que investigou o crime não deve julgá-lo.** (grifo nosso).

Portanto, é utópico pensar que a atuação do magistrado na fase de investigação não irá macular sua convicção dos fatos, principalmente porque seu ato é humano e racional. Desta maneira, a legislação vigente, ao permitir em suas disposições tal atuação do juiz, não evolui com a Constituição e com o sistema acusatório adotado, o que impossibilita a efetivação do processo justo.

Desta forma, com intuito de garantir a atuação imparcial do juiz em um Estado Democrático de Direito, é indispensável afastar qualquer resquício de possível mácula na

³³ GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: O processo justo.** Novos Estudos Jurídicos - Ano VII - Nº 14, abril/2002. P. 6-8.

imparcialidade do julgador, sendo inconstitucionais todos os dispositivos analisados anteriormente, por clara ofensa à ordem constitucional.

Neste sentido, pergunta-se: qual seria a solução à inconstitucionalidade do modelo atual e, conseqüentemente, o meio para a concretização de um processo penal integralmente acusatório?

3 O INSTITUTO DO "JUIZ DAS GARANTIAS"

3.1 Papel atribuído ao julgador dentro do novo sistema projetado

No cenário atual, como já exaustivamente analisado, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico não pode mais comportar os traços inquisitoriais presentes no Código de Processo Penal vigente. Neste sentido, com o intuito de afastar o caráter inquisitivo do texto legal, há necessidade de buscar alternativas válidas e eficazes para a concretização de um sistema verdadeiramente acusatório e democrático, bem como para o aperfeiçoamento da estrutura do Poder Judiciário.

Neste diapasão, o Projeto do Novo Código de Processo Penal (PLS-156)³⁴ prevê no capítulo II, entre os artigos 14 e 17, a figura do “juiz de garantias”, escopo do presente trabalho, que *“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 (...)”* (caput do art. 14 do PLS 156/09). Este juiz atuante na fase de investigação, como dispõe o artigo 16, não poderá participar da fase processual da persecução penal, o que tornaria a prevenção um critério excludor de competência.

Quanto ao instituto ora em tela, não raro, desde o surgimento do referido projeto, há discussões sobre a sua viabilidade no ordenamento brasileiro. Muito se comenta sobre a proposta inserida, sendo diversos os posicionamentos acerca deste sujeito jurídico. Desta forma, antes de verificar as divergências quanto ao tema e sua compatibilidade com o ordenamento atual, é importante ressaltar qual o papel atribuído a esta nova figura jurídica.

Neste contexto, pela análise dos dispositivos do projeto referentes ao instituto, nota-se que a Comissão de Juristas teve como foco atribuir ao juiz de garantias diversas funções para controlar a legalidade da investigação, bem como garantir os direitos do sujeito passivo. Quanto ao rol destas atribuições, o artigo 14 elenca:

I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil;

³⁴ O Projeto de Lei 156/2009, originário do Senado Federal e elaborado por uma comissão de juristas presidida pelo Min. Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, em tramitação desde o ano de 2009, visa à reforma global do Código de Processo Penal e a sua necessidade de adaptação à nova ordem constitucional. O projeto foi aprovado pelo Senado e encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados (PL 8045/2010). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 02 de junho de 2016.

- 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 o 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;
 - 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.

Em um primeiro momento, pela leitura do artigo supra, algumas atribuições previstas podem gerar desconfiças no que se refere à preservação de poderes investigatórios do juiz³⁵. Entretanto, tais funções, como o trancamento do inquérito e a requisição de documentos, devem ser interpretadas à luz do sistema acusatório, isto é, como garantidor da

³⁵ Neste contexto, Lenio Streck entende que o “juiz de garantias é – na maior parte das previsões do anteprojeto – incompatível com o sistema acusatório, eis que, de ofício ele pode determinar a condução do preso à sua presença (traga-me o corpo...!); prorrogar a prisão provisória ou a revogar; prorrogar o prazo de duração do inquérito; e, ainda determinar, de ofício, o trancamento do inquérito, além de requisitar documentos, laudos e informações”. STRECK, Lenio Luiz. **Novo Código de Processo Penal: o problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório)**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, nº 183, julho/setembro 2009. p. 128.

observância dos preceitos constitucionais na persecução penal, o magistrado não pode ficar inerte ao se deparar com manifesto constrangimento causado por uma investigação criminal destituída de elementos suficientes. Desta forma, as supracitadas atribuições do juiz não podem ser consideradas poderes investigatórios exacerbados, uma vez que, além de não violar a separação de poderes conferidos no texto constitucional, justificam-se na proteção do sujeito passivo e na sua liberdade individual.

Em suma, com vistas a assegurar a imparcialidade do julgador, o texto do projeto atribui a um magistrado a competência exclusiva para atuação em fase investigatória, garantindo a tutela dos direitos fundamentais dos investigados e zelando pela legalidade pré-processual, indo, portanto, além de somente instituir uma regra de impedimento do juiz. Além disso, conforme afirma Luiz Flávio Gomes³⁶, importante frisar que este julgador especializado não cria um juizado de instrução, uma vez que não tem o condão de substituir o Inquérito Policial, tampouco retirar da autoridade policial sua presidência.

Todavia, da leitura dos mencionados artigos, vale destacar alguns pontos divergentes da finalidade proposta, quais sejam, o recebimento ou não da peça acusatória pelo próprio juiz do processo e a presença física dos autos do inquérito³⁷.

Em primeiro lugar, no que concerne ao momento de transição de competência entre o juiz da investigação e o julgador da ação penal, o artigo 15, “*caput*”, dispõe que o recebimento ou não da peça acusatória é feita pelo próprio juiz do processo. Ora, é nitidamente incoerente com o próprio fundamento do instituto o magistrado da ação penal avaliar o recebimento da exordial, visto que este, por óbvio, ao decidir, teria que tomar conhecimento dos elementos informativos do inquérito policial. Se a intenção do legislador reformista foi afastar da investigação o julgador da ação penal e, por consequência, garantir a imparcialidade do mesmo, tal previsão acabar por esvaziar completamente a mencionada figura jurídica. Por conseguinte, nada mais correto do que ser o juiz de garantias o responsável pelo recebimento da peça inaugural, terminando, neste momento, sua competência.

Na mesma esteira que o problema anterior, quanto à presença dos autos do inquérito policial, o parágrafo 3º do artigo 15, preceitua que tais autos serão apensados aos autos do processo. Entretanto, esta disposição também permite o acesso de todos os elementos

³⁶ GOMES, Luiz Flávio. **O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> – 19 de janeiro de 2010. Acesso em: 05 de maio de 2016.

³⁷ As duas questões divergentes foram alvo de discussão pelo autor, que ressaltou a necessidade de reparos referentes aos aludidos pontos para aperfeiçoamento do instituto. MORAES, Maurício Zanoide de. **Quem tem medo do 'juiz das garantias'?** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 18, edição especial, agosto 2010, p. 22.

informativos pelo juiz da causa, que, por não serem produzidos pelo crivo do contraditório, não servem para sustentar a condenação, porém acabam por influenciar o juízo de valor daquele que julga. Assim sendo, adequado seria a exclusão destes autos, devendo constar apenas no processo as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas realizadas no curso da investigação.

Isto exposto, não obstante as falhas mencionadas acima, o que se pretendeu demonstrar inicialmente foi o real propósito do projeto em adequar o novo código à nova realidade jurídica atual, diante especialmente do anacronismo do texto legal vigente.

3.2 A figura jurídica no direito comparado

Cabe salientar que a introdução do instituto já é observada em muitos ordenamentos processuais de outros países. Na América Latina³⁸, a inserção do magistrado específico já ocorreu no Chile, Paraguai, Colômbia e em algumas províncias da Argentina. Da mesma forma, na Europa³⁹ cada vez mais o juiz de garantias é inserido no ordenamento do respectivo país, como é o caso da Alemanha, França, Espanha e Itália.

Além disso, dando mais suporte a criação do instituto no cenário nacional, nos tribunais estrangeiros, há inúmeras decisões de enfrentamento dos resquícios inquisitórios, com fundamentos acerca da incompatibilidade dos poderes investigatórios com a função de julgador da causa e da violação da imparcialidade objetiva e subjetiva do magistrado diante do contato direto com os elementos da investigação⁴⁰.

Nesse deslinde, para melhor exposição da aludida figura jurídica nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, merece destaque o Código de Processo Penal Italiano, em que existe a figura jurídica denominada de *giudizio di indagini preliminari* (juiz de investigações preliminares), e ainda duas emblemáticas decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH).

3.2.1 Sistema processual penal italiano

O Código de Processo Penal Italiano, em vigor desde 1989, prevê a divisão dos papéis das partes ao longo da investigação preliminar (*indagini preliminari*). Nesta fase

³⁸ MAYA, André Machado. **Outra vez sobre o juiz de garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 18, nº 215, outubro 2010, p. 14.

³⁹ LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 203.

⁴⁰ _____. **Introdução Crítica ao Processo Penal - Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 91-92.

preparatória, o Ministério Público adquiriu a direção da investigação, tendo o poder de presidir e realizar pessoalmente as atividades investigativas, porém sua atuação não retira a independência da polícia judiciária, que também pode realizar atos para a elucidação dos fatos⁴¹.

No que tange especificamente ao magistrado e sua função no sistema, o código italiano inseriu um juiz específico junto a cada Tribunal, chamado de *giudizio di indagini preliminari*, que intervém no procedimento somente para o controle das medidas restritivas dos direitos fundamentais e da liberdade individual, da duração das investigações, do exercício da ação pública e, em casos extremos, da formação de prova antecipada.

Assim, pela disposição do mencionado código, nota-se que o juiz foi afastado das funções de investigação, uma vez que o papel conferido a este magistrado fica limitado à atividade de supervisão e tomada decisões que envolvam os direitos fundamentais do investigado. Nesta acepção, Guilherme Zuanizzi⁴² aduz:

“Além da contenção aos abusos persecutórios, a existência do *GIP* foi pensada como um mecanismo procedimental capaz de criar no processo penal as condições concretas para a manutenção da imparcialidade do juiz de mérito. Assim ocorre, pois este magistrado é desonerado de tomar decisões no âmbito do inquérito policial, desvinculando-se de qualquer contato com os atos de investigação.”

Desta maneira, a implantação no ordenamento italiano da figura jurídica ora em tela visa preservar a imparcialidade do julgador e muito se assemelha ao instituto projetado na reforma do ordenamento brasileiro.

3.2.2 Decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Ainda no âmbito estrangeiro, em diversas ocasiões, a alegação de violação do direito ao juiz imparcial, previsto no artigo 6º, parágrafo 1º, da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos foi objeto de análise na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, especialmente em dois relevantes casos, quais sejam, *Piersack vs. Bélgica* em 1982, e *Cubber vs. Bélgica*, em 1984.

⁴¹ DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos Penais da Europa**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr, com a colaboração de Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 359-364.

⁴² ZUANAZZI, Guilherme. **A importância do “juiz das garantias” na (re)construção do processo penal brasileiro**. Direito e Sociedade. Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares / Faculdades Integradas Padre Albino, Curso de Direito. Vol. 6, n. 1 (jan./dez. 2011) - Catanduva: Faculdades Integradas Padre Albino, Curso de Direito, 2006. p. 64.

No primeiro caso⁴³, o julgador havia atuado como membro do Ministério Público na investigação dos mesmos fatos, sendo, pois, reconhecida na decisão a perda da imparcialidade do juiz. No segundo⁴⁴, um juiz com poderes investigatórios também compôs a turma que julgou o mérito, e, por isso, na decisão do Tribunal, conclui-se pela proibição de acumulação das atividades de investigar e julgar o caso, uma vez que haveria contaminação resultante dos seus juízos valorativos e comprometimento do direito ao julgamento imparcial.

Constata-se que, desde os mencionados julgamentos, a imparcialidade do julgador passou a ser analisada no âmbito subjetivo, que alude à convicção pessoal do magistrado, e objetivo, relacionado com a “estética” de imparcialidade⁴⁵. Desse modo, os julgados em questão firmaram o entendimento de que a imparcialidade do juiz não possui somente uma natureza subjetiva, vislumbrando-se também seu aspecto objetivo.

Em vista disso, os relatados julgados, não obstante datarem da década de 80, são de grande relevância para o contexto atual e já serviram de base para modificações nos sistemas processuais de diferentes países. Tais posicionamentos expostos nas decisões visam não somente garantir a imparcialidade do julgador em relação às partes, mas também preservar sua relação com o processo e garantir a confiança dos cidadãos em uma sociedade democrática.

3.3 Enfrentamento dos empecilhos de ordem estrutural

A resistência de parcela da doutrina em aceitar a inserção deste instituto inovador no sistema persecutório nacional tem como principal argumento as dificuldades burocráticas e operacionais de introdução da figura jurídica diante da falta de estrutura do Poder Judiciário.

⁴³ No Julgamento, a Corte constatou que houve violação ao Artigo 6º §1 (art.6-1) da Convenção, utilizando, entre outros fundamentos, que “*qualquer juiz sobre o qual exista uma razão legítima que inspire o temor à ausência de imparcialidade, deve abster-se do julgamento*”.

Tradução livre: “any judge whose impartiality may legitimately give rise to doubts must refrain from taking part in the decision”. (TEDH, Piersack vs. Belgium. Strasbourg: 1982).

Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557>. Acesso em: 02 de junho de 2016.

⁴⁴ Neste caso, o tribunal ressaltou que “a presença no banco de julgamento pelo tribunal da pessoa que tinha atuado anteriormente como juiz instrutor forneceu fundamentos para algumas dúvidas legítimas por parte do Sr. De Cubber”.

Tradução livre: “On the other hand, the presence on the trial-court bench of the person who had previously acted as investigating judge provided grounds for some legitimate misgivings on Mr. De Cubber’s part” (TEDH, Cubber vs. Belgium. Strasbourg: 1984). Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57464>. Acesso em: 02 de junho de 2016.

⁴⁵ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal - Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p 91-92.

Nesta seara, de acordo com Mauro Fonseca Andrade⁴⁶, órgãos como o CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público), o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), em Nota Técnica nº 10/2010, e a AJUFE (Associação dos Juízes Federais), em Nota Técnica nº 03/2010, se mostraram contrários ao projeto da criação do cargo, apontando como argumentos a inviabilidade estrutural da figura, bem como o inevitável confronto com o direito constitucional a um processo com prazo razoável. Em resumo, as críticas residem basicamente no aspecto operacional, ou seja, no impacto no Poder Público diante da necessidade de transformações decorrentes do instituto.

Todavia, invocar fundamentos de essência meramente prática para afastar uma reforma necessária no processo penal brasileiro não é suficiente, mormente porque as críticas ao instituto são facilmente desconstituídas⁴⁷.

Ora, quanto à alegada morosidade do processo, tema este que sempre foi objeto de destaque, o instituto, ao contrário do que alegam, tem sua importância na medida em que retirará das varas criminais os autos referentes à fase investigatória, trazendo maior celeridade ao processo criminal, uma vez que os juízes da ação penal cuidarão essencialmente da instrução, deixando ao juiz de garantias a análise mais detida do inquérito e o acompanhamento de perto da atuação da polícia. É o que também entende Simone Schreiber⁴⁸ ao expor que “a instituição de juízes de garantia, evidentemente com estrutura própria, sem dúvida, trará mais agilidade ao funcionamento das varas criminais”.

Ademais, no que tange às condições orçamentárias, principalmente tendo em vista que significativa maioria das comarcas brasileiras são formadas por varas únicas, compostas de apenas um juiz, importa ressaltar que tais óbices podem ser enfrentados buscando alternativas válidas para a consolidação do instituto ora em tela. Por exemplo, a proposta do Senador Valter Pereira de regionalização do instituto, de modo que exista um juiz para cada grupo de comarcas próximas, ou a concretização por etapas da figura jurídica. Esta última solução, inclusive, encontra guarida nas Disposições Transitórias e Finais, no artigo 701, do PLS 156/09, que dispõe que o juiz das garantias “entrará em vigor no prazo de 3 (três) anos

⁴⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **O juiz das garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**. Porto Alegre: Revista de Doutrina da 4ª Região, nº 40, fev. 2011, p. 3.

⁴⁷ No mesmo sentido, Maurício Zanoide de Moraes e André Machado Maya desconstituem em seus artigos para o Boletim do IBCrim as críticas referentes à falta de estrutura judiciária para a introdução do juiz de garantias. (MORAES, Maurício Zanoide. **Quem tem medo do “juiz de garantias”?** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 18, edição especial, agosto 2010; MAYA, André Machado. **Outra vez sobre o juiz de garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 18, n. 215, outubro 2010).

⁴⁸ SCHREIBER, Simone. **O juiz de garantias no projeto do código de processo penal**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 18, nº 213, agosto 2010. p. 3.

após a publicação deste Código, e em 6 (seis) anos, se se tratar de comarca onde houver apenas 1 (um) juiz”, ou seja, o próprio projeto prevê um lapso temporal, um período de transição para a criação efetiva da figura jurídica.

Portanto, o que se pretende demonstrar é que os fundamentos de quem é contrário ao juiz de garantias não sustentam seu afastamento do processo penal brasileiro. No fundo, são desculpas para isentar de responsabilidade e eximir as obrigações políticas do Poder Público, a fim de que se mantenha o *status quo* de um sistema precário e caótico. Não se pode, pois, acomodar com um processo penal repleto de falhas, utilizando como justificativa apenas a falta ou ausência de recursos.

3.4 “Juiz das garantias” e a efetivação de um processo justo

Como já demonstrado, pela leitura dos dispositivos constitucionais e pela previsão do artigo 8, item 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, recepcionada pela Carta Magna, apesar de não constar qualquer vedação acerca da participação do mesmo juiz em fase de inquérito e na fase judicial, depreende-se que para existir um processo justo no ordenamento jurídico, o juiz natural da causa deve ser competente, independente e imparcial, bem como deve haver separação nas funções de acusar, julgar, defender e investigar, próprio do modelo acusatório.

Neste sentido, na proposta de edição do novo Código de Processo Penal⁴⁹, a tentativa de seguir o fluxo evolutivo da sociedade e das diretrizes constitucionais é alcançada, dentre outras mudanças projetadas, com a instituição de juízes de garantias, na medida em que cumpre a função de adequar o texto legal com um processo regido pelo sistema acusatório.

Constata-se, assim, que não há qualquer óbice constitucional quanto à introdução do juiz de garantias, ao contrário, só trará vantagens ao sistema penal brasileiro.

Destarte, excelente e de notória relevância é a proposta introduzida pelo legislador, uma vez que a separação da figura do juiz do inquérito, atribuindo-se a um juiz específico a tarefa de atuar na fase administrativa, evita mácula na imparcialidade, pois afasta o magistrado da contaminação prévia inerente à investigação criminal, restando concretizado o devido processo legal e todos os demais princípios constitucionais, tais como, o juiz natural, a imparcialidade do julgador e a presunção de inocência. É esta também a posição defendida

⁴⁹ Acerca do tema, o autor aduz: “Essa legislação é de grande importância para o aprimoramento da justiça criminal brasileira, que se ressentia da lentidão na tramitação dos feitos e da falta de efetividade do processo penal”. VALLE, Gustavo Henrique Moreira do Valle. **A recente reforma processual penal e a questão criminal**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 18, nº 210, agosto 2010. p. 18.

por Guilherme Zuanazzi⁵⁰, ao concluir que este magistrado especializado, além de contribuir para o isolamento psicológico do juiz da causa, também é importante para a eficiência da administração da justiça penal.

Necessário frisar, por fim, que para enfrentar as questões processuais por meio do reconhecendo de garantias mínimas, é necessário se desvencilhar da relação automática entre garantismo e impunidade, vez que o garantismo penal não obsta a efetivação processual. Conforme propugna Leonardo Greco⁵¹, em um Estado Democrático de Direito, o processo, para ser efetivamente justo, deve ser desenvolvido com respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, adotando, para isso, garantias fundamentais, como a ampla defesa e o contraditório.

Desta maneira, ainda que possa haver dificuldades para sua efetiva implementação no ordenamento brasileiro, o juiz de garantias representa, sem dúvidas, um avanço na legislação ao romper com o paradigma inquisitivo que não mais é cabível no cenário atual.

⁵⁰ ZUANAZZI, Guilherme. **A importância do “juiz das garantias” na (re)construção do processo penal brasileiro.** Direito e Sociedade. Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares / Faculdades Integradas Padre Albino, Curso de Direito. Vol. 6, n. 1 (jan./dez. 2011) - Catanduva: Faculdades Integradas Padre Albino, Curso de Direito, 2006. p. 65-66.

⁵¹ GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: O processo justo.** Novos Estudos Jurídicos - Ano VII - Nº 14, abril/2002, p. 11.

CONCLUSÃO

De um lado, uma lei processual penal datada de 1941 que prevê uma gama de poderes investigatórios e instrutórios ao magistrado que claramente comprometem os direitos do acusado e violam a imparcialidade daquele que julga. Do outro, uma ordem constitucional que proclama um sistema acusatório que se fundamenta na separação das funções processuais e veda o protagonismo judicial, ao afastar o juiz do papel de gestor da prova.

Em quase trinta anos desde a vigência da Constituição Federal de 1988, a coexistência de sistemas processuais opostos é uma realidade preocupante, mormente porque na prática judiciária constantemente observa-se a aplicação de disposições do texto legal que aproximam o julgador da tendência inquisitiva, rechaçando as garantias e princípios constitucionais, tão necessários para a existência de um processo justo.

Em sede de inquérito policial, procedimento este marcado por características inquisitoriais, a posição excessivamente ativa do juiz, que assume um comportamento de investigador, é ainda mais alarmante, uma vez que o contato direto do julgador com elementos informativos, extraprocessuais e destituídos de contraditório e ampla defesa, maculam seu convencimento e provocam pré julgamentos.

Ora, o código, ao trazer disposições acerca da possibilidade de realização de provas de ofício pelo magistrado, mesmo antes de iniciada a ação penal, bem como de decidir sem provocação sobre as prisões cautelares e requisitar instauração da investigação criminal, evidentemente viola o princípio supremo da imparcialidade do juiz.

É nesta acepção que o presente trabalho, como exemplo, destacou a atuação do juiz federal Sérgio Fernando Moro, titular da 13ª Vara Criminal de Curitiba do Paraná, na Operação Lava Jato, e apontou os diversos questionamentos por parte dos juristas quanto às decisões proferidas pelo magistrado em fase de investigação, principalmente no que tange à quebra de sigilo de interceptação telefônica. Neste sentido, constatou-se que, diante das posições diversas e das polêmicas envoltas no caso, há significativa preocupação quanto à incerteza de imparcialidade que paira sobre o aludido juiz, principalmente no seu aspecto objetivo, o que poderia prejudicar a segurança e a credibilidade no Judiciário.

Após tais exposições, constatou-se que os artigos presentes na lei que conferem poderes ao julgador são notadamente inconstitucionais, o que permitiu concluir que o critério de prevenção não pode ser um critério fixador de competência, senão excludor.

Neste sentido, buscou-se examinar o instituto do juiz de garantias, presente no projeto de reforma do Código de Processo Penal, como possível solução para garantir a atuação imparcial do juiz em um Estado Democrático de Direito, principalmente quando está em jogo o conflito entre a liberdade individual e a pretensão punitiva.

Primeiramente, apresentou-se o papel atribuído ao magistrado específico, que tornou a prevenção um critério excludor de competência. Neste deslinde, o foco da Comissão dos Juristas foi atribuir ao juiz de garantias diversas funções para controlar a legalidade da investigação, bem como garantir os direitos do sujeito passivo, afastando-o de uma posição investigadora. Ressalte-se que, conforme verificado, apesar de algumas falhas que podem ser sanadas, o instituto tem sua importância na medida em que afasta da investigação o julgador da ação penal e, por consequência, garante que seu convencimento não seja maculado.

Em seguida, salientou que a figura jurídica já foi concretizada em diversos países estrangeiros, principalmente na Itália, sob a figura do *giudizio di indagini preliminari*, bem como apresentou duas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que trataram da alegação de violação do direito ao juiz imparcial, previsto no artigo 6º, parágrafo 1º, da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos.

Por fim, verificou-se que os argumentos contrários à introdução desta figura jurídica, essencialmente com base na precariedade da estrutura judiciária brasileira, são superficiais e insuficientes para afastar o instituto projetado. Foram destacadas, inclusive, alternativas válidas frente à falta de recursos, por exemplo, a regionalização do instituto, de modo que exista um juiz para cada grupo de comarcas próximas, ou a concretização por etapas da figura jurídica.

À guisa de síntese, ante todo o exposto, o anacronismo do Código de Processo Penal, de essência inquisitória, representa forte necessidade de repensar o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, adequá-lo ao sistema acusatório, extraído das garantias constitucionais que o moldam.

Neste contexto, o presente trabalho concluiu que o instituto do juiz de garantias não conflita com os princípios constitucionais, ao contrário, complementa os ditames previstos no texto constitucional, uma vez que acaba com o vício estrutural do texto legal em vigor, refém do modelo inquisitivo, e garante um processo justo realizado por um órgão imparcial, competente e independente, bem como dotado de garantias fundamentais para os sujeitos do processo, principalmente para o investigado. Representa, pois, um enorme avanço para o ordenamento jurídico e para a plenitude de um sistema acusatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. **Juiz de Garantia e Inquérito Policial**. Publicado no Jornal Hoje em Dia em 08 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/170_juizdegarantia.pdf>. Acesso em: 28 de abril de 2016.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **O juiz das garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**. Porto Alegre: Revista de Doutrina da 4ª Região, nº 40, fev. 2011.

BASTOS, Marcus Vinícius Reis. **Poderes instrutórios do juiz e o anteprojeto do Código de Processo Penal**. Brasília: Revista CEJ, Ano XIV, n. 51, out./dez. 2010, p. 89-97.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 05 de maio de 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 8045/2010, que visa reformar o Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010. Acesso em: 11 de maio de 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm. Acesso em: 10 de maio de 2016.

BRASIL. **Lei nº 7.716 de 05 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm. Acesso em: 10 de maio de 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre: Nota Dez Editora, nº 01, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Legibus solutio: a sensação dos que são contra a reforma global do CPP**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: ano 18, nº 210, maio 2010. p. 2.

DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos Penais da Europa**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr, com a colaboração de Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do Garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> – 19 de janeiro de 2010. Acesso em: 05 de maio de 2016.

GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: O processo justo**. Novos Estudos Jurídicos - Ano VII - Nº 14, abril/2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhaes. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal - Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

_____. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. v. 1.

MARQUES, José Rodrigo. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Forense, 1997. 1. v.

MAYA, André Machado. **Outra vez sobre o juiz de garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 18, nº 215, outubro 2010, p. 14.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Quem tem medo do 'juiz das garantias'?** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 18, edição especial, agosto 2010, p. 21-23.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **A evolução histórica dos sistemas processuais e a regência do sistema acusatório no projeto 156/2009-PLS**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 18, nº 216, novembro 2010. p. 8-9.

Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 05 de maio de 2016.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

RIBEIRO, Paulo Victor Freire. **O juízo de garantias. Definição, regramento, consequências**. R. Fac. Dir. Univ. SP, v. 105, p. 939 - 988, jan./dez. 2010.

SCHREIBER, Simone. **O juiz de garantias no projeto do código de processo penal**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 18, nº 213, agosto 2010. p. 2-3.

STRECK, Lenio Luiz. **Novo Código de Processo Penal: o problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório)**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, nº 183, julho/setembro 2009. P. 117-139.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010, 1. v.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do Valle. **A recente reforma processual penal e a questão criminal**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 18, nº 210, agosto 2010. p. 18-19.

ZUANAZZI, Guilherme. **A importância do “juiz das garantias” na (re)construção do processo penal brasileiro**. Direito e Sociedade. Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares / Faculdades Integradas Padre Albino, Curso de Direito. Vol. 6, n. 1 (jan./dez. 2011) - Catanduva: Faculdades Integradas Padre Albino, Curso de Direito, 2006. p. 58-66.