



ESTUDO E CRÍTICA DO "JUIZ DAS GARANTIAS"

Study and critique of the "judge of the warranties"

Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 111/2014 | p. 227 - 259 | Nov - Dez / 2014

DTR\2015\244

Marcus Vinícius Pimenta Lopes
Advogado criminalista.

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: Este artigo tem como objetivo o estudo do "Juiz das Garantias" no Projeto de Lei do Senado 156/2009, que, caso aprovado, instituirá o novo Código de Processo Penal do Brasil. Para a análise deste instituto se tratará dos modelos processuais, da herança histórica e cultural que o recepcionará, de um breve estudo de direito comparado e propriamente da proposta brasileira de "Juiz das Garantias" em discussão no Congresso Nacional. Chegar-se-á à conclusão de que, na tentativa de se aproximar a investigação criminal à matriz acusatória, se colocará um membro do órgão responsável pela jurisdição como fiscal da legalidade na fase pré-processual da persecução penal - semelhante ao já existente em algumas legislações europeias, tais como as da Itália e de Portugal. Tratar-se-á, por fim, das principais críticas à supracitada proposta legislativa.

Palavras-chave: Direito processual penal - Constituição Federal - Modelos processuais - História do processo penal - Reforma do Código de Processo Penal - Investigação criminal - Juiz das garantias.

Abstract: This article work aims to study the "Judge of the Warranties" in Senate Bill 156/2009, which, if approved, will institute the new Code of Criminal Procedure of Brazil. For the analysis of this institute is discussed the procedural models, the historical and cultural heritage that will host, a brief study of comparative law and properly the Brazilian proposal of "Judge of the Warranties" under discussion in the National Congress. It will reach the conclusion that, in an attempt to bring the judicial inquiry into accusatory matrix, will be placed a member of the organ responsible for the jurisdiction for fiscal the legality in the pre-trial of criminal procedure - similar to already exists in some European legislations, such as Italy and Portugal. In the end, will be treated the main criticisms of the aforementioned legislative proposal.

Keywords: Criminal procedure law - Federal constitution - Procedural models - History of criminal procedure - Reform of the Code of Criminal Procedure - Criminal investigation - Judge of warranties.

Sumário:

1. Introdução - 2. As matrizes processuais - 3. Breve histórico da persecução penal brasileira - 4. A persecução penal no direito alienígena - 5. O "juiz das garantias": uma tentativa de se aproximar a investigação criminal à matriz acusatória - 6. As principais críticas ao instituto do juiz das garantias - 7. Conclusão - 8. Referências

1. Introdução

Desde 2009 encontra-se no Congresso Nacional projeto de lei para instituir um novo Código de Processo Penal (PLS 156); novamente, como no Projeto Tornaghi e no Projeto Frederico Marques, o Congresso tem relegado a discussão deste que é o coração do sistema penal a segundo plano. Recentemente, como já se encontrava em análise proposta de novo Código de Processo Civil e como também o Regimento Interno da Câmara dos Deputados impede a análise de mais de dois códigos simultaneamente (art. 205, § 7.º, do RICD), após a possibilidade de se realizar um novo Código Comercial - este, diferente dos outros, de iniciativa da Câmara... -, nossos Deputados preteriram a

discussão do novo diploma processual penal para analisarem somente os Códigos de Processo Civil e o Comercial. Com isto, a urgente reforma e adequação do CPP à Constituição Federal ainda deve, lamentavelmente, demorar mais alguns anos. Todavia, a inércia do Legislativo não pode gerar a inércia da Doutrina, que não deve deixar a oportunidade da mudança adormecer e que deve continuar e estimular os avanços que o novo diploma processual penal pode promover. Esta é a razão deste trabalho e estudar uma das novidades do PLS 156/2009, qual seja, o instituto do Juiz das Garantias, o seu objetivo.

2. As matrizes processuais

O Juiz das Garantias é verdadeiro reflexo da alteração de um código predominantemente inquisitivo para um código predominantemente acusatório, e, para entendê-lo, se faz mister entender, primeiramente, as matrizes de pensamento que guiam toda a lógica do processo penal, por isso, iniciamos este trabalho tratando da matriz inquisitiva, da matriz acusatória e seguimos explicando o chamado sistema misto.

Previamente, porém, deve-se lembrar de que a grande criadora do Direito é a política, não cabendo qualquer juízo romântico no surgimento das grandes matrizes processuais, como afirma Coutinho (2010, p. 2):

"Os dois sistemas dos quais se fala (inquisitório e acusatório) vieram a lume, como se sabe, por razões políticas. Outras, de ordem teológica, econômica, filosófica e jurídica (dentre outras), foram altamente relevantes mas, decididamente, secundárias ou, pelo menos, sempre estiveram subordinadas àquelas políticas." (destaques no original)

Passemos, pois, ao estudo das matrizes processuais.

2.1 A matriz inquisitiva

Embora se tenha notícia da existência do sistema inquisitivo anterior ao século XIII, tal como no direito romano, por exemplo, cuidaremos aqui especialmente do sistema inquisitivo criado pela Igreja Católica, o qual nos é mais importante conhecer dado ter sido ele um dos maiores influenciadores dos ordenamentos processuais penais atuais (COUTINHO, 2010, p. 2).

Desde o final do século XII, com o aumento dos burgos, a Igreja Católica começa a se sentir ameaçada por não ser mais a única dominante de todo o mundo conhecido, assim, são iniciadas medidas para a manutenção do poder da Igreja, como, por exemplo, a Bula *Vergentis in senium* editada pelo Papa Inocêncio III em 1199, que equiparou o crime de heresia ao de lesa majestade.

Esta postura se segue, e em seguida se cria o marco histórico do sistema inquisitivo católico, o IV Concílio de Latrão (1215), em que Inocêncio III encontra a cúpula da Igreja Católica em São João de Latrão, e instaura, dentre outras medidas, a confissão pessoal obrigatória, pelo menos uma vez ao ano. A partir daqui, é aumentada a fiscalização do povo pela Igreja e também se aprofunda na ideia da expiação do pecado pela penitência.

Posteriormente, com a Bula *Ex excomuniarnos*, de Gregório IX (em 1231), e a Bula *Ad extirpanda*, de Inocêncio IV (em 1252), são instituídos os métodos inquisitivos, dentre os quais figura a tortura.

O método inquisitivo, como diz Coutinho (2010, p. 4), baseia-se na seguinte ideia: "excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um pecador, logo, detentor de uma "verdade" a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele objeto de investigação".

Tal modelo se autolegitimaria na lógica aristotélica, a Igreja, através de um inquisidor dotado de juízo onividente e onisciente,¹ controlaria as premissas, e assim, as

conclusões; sendo a Igreja a única que pode "conhecer" as premissas, também seria a única que poderia dar as conclusões, assim, o que ocorria, em verdade, era a manipulação de qualquer fato segundo o critério da Igreja.

A "verdade" a ser extraída seguindo este modelo se daria da seguinte forma:

"A verdade estava dada ex ante e o inquisidor dela tinha ciência, de modo que o trabalho (abjeto, em realidade) era um jogo de paciência e, ao final, confessar, dentro do modelo proposto era a vitória da Inquisição mas, para o consumo geral, vitorioso era o inquirido que, como prêmio, ganhava a absolvição, nem que de tanto em tanto fosse parar na fogueira para, mais rápido, entregar sua alma a Deus" (COUTINHO, 2010, p. 4) (destaques no original).

Sob a confissão, diz o Manual dos Inquisidores:²

"É difícilimo avaliar quem, diante do inquisidor, não confessa seus erros, antes os dissimula (valdenses e beguinos, por exemplo). O inquisidor tem que ser muito malicioso e sagaz para acompanhá-los em seus argumentos e levá-los a confessar. São pessoas maliciosas nas respostas, porque não tem outra preocupação a não ser esquivar-se das perguntas para não ficarem cercados no final, e serem convencidos de que erraram." (EYMERICH, 1376/1993, p. 118)

Apesar de as práticas inquisitoriais serem abolidas no final do século XIX, quando os Tribunais do Santo Ofício são definitivamente abolidos em Portugal (1821) e Espanha (1834), sua matriz de pensamento permanecerá viva em legislações laicas, mudando-se os jogadores, mas não as regras do jogo.

Sinteticamente, pode-se enxergar como principal atributo do sistema inquisitivo o acúmulo das funções de acusar, julgar e defender (MARQUES, 2000, p. 65); provocando um juízo tendencioso e desproporcional,³ inexistindo "paridade de armas" entre a acusação e a defesa.⁴

Objetivamente, Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 116) descreve o modelo inquisitivo⁵ como:

"É caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso;⁶ há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa".

2.2 A matriz acusatória

O início da matriz acusatória ocorre também por razões políticas, no período do reinado de Henrique II (1154 a 1189).

No esforço pela unificação da Grã Bretanha, e da extinção dos Juízos de Deus que haviam na ilha desde a invasão nórdica, Henrique II concentra em si, no rei, toda a jurisdição (COUTINHO, 2010, p. 5).

Ele o fez da seguinte maneira: todos os que se sentissem injustiçados poderiam reclamar ao rei através de uma petição, que seria, em regra, recebida e decidida pelo Lord Chanceler (representante da vontade do rei), o qual emitiria uma ordem escrita (chamada de writ) aos representantes locais (sheriffs), esta ordem obrigaria que o indiciado satisfizesse a pretensão do queixoso, ou, dependendo do caso, que se apresentasse para dar explicações.

Logo, com a imensa demanda, a jurisdição real se vê incapaz de responder a todos os pedidos em velocidade que não causasse a insatisfação popular, para resolver isto Henrique II cria uma engenhosa solução:

"Por um novo writ, dito novel disseisin, instituiu para Clarendon, em 1166, um Trial by Jury. Por ele, um Grand Jury, composto de 23 cidadãos (boni homines) indictment um acusado e, se admitida a acusação, seria ele julgado por um Petty Jury, composto por 12 membros. Nele o Jury dizia o direito material, ao passo que as regras processuais eram ditadas pelo rei. O representante real, porém, não intervinha, a não ser para manter a ordem e, assim o julgamento se transformava num grande debate, numa grande disputa entre acusador e acusado, acusação e defesa. Para tanto a regra era a liberdade, sendo certo que o acusado era responsável pelas explicações que deveria dar" (COUTINHO, 2010, p. 5) (destaques no original).

O julgamento seria público e - com as regras procedimentais ditas pelo rei - caso o povo condenasse, seria a decisão do rei, já se o povo absolvesse, igualmente seria a decisão do rei, ou seja, o rei sempre promoveria o juízo perfeito, em acordo com a vontade do povo - sendo aqui desnecessário comentar importância do apoio popular⁷ na instável situação de unificação da Grã Bretanha.

Sendo este julgamento uma disputa dialética, tal sistema tendia para a paridade de condições entre as partes; além disto, agora o juízo não deveria formar sua convicção unicamente em sua consciência, isoladamente; agora o juízo deveria formar sua consciência também pelo que era apresentado pelas partes, no processo. Assim, na busca pelo apoio popular na unificação da Grã Bretanha, e no intento de se retirar o poder da Igreja, surgiu o embrião do que se convencionaria chamar de sistema acusatório.

Muito se evoluiu no sistema acusatório em mais de oito séculos de aprimoramento, especialmente na via constitutiva do procedimento (que passou da arbitrariedade do rei para a criação por processo democrático⁸) e de seu legitimante, que passou do próprio rei para o povo.⁹

Hoje, se entende o sistema acusatório como:

"(...) Sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz com base em sua livre convicção" (FERRAJOLI, 2006, p. 519-520).

Este sistema consiste, conforme Geraldo Prado (1999, p. 117-118): "na distribuição do direito de ação, do direito defesa e do poder jurisdicional, entre autor, réu (e seu defensor) e juiz".

Assim, a matriz acusatória origina um processo de partes, em que a acusação delimita o objeto da ação penal (*nemo iudex sine actore*).

2.3 O sistema misto

Para se entender o sistema misto, primeiramente deve-se entender o que seja sistema.

Segundo Kant (1781/2002), sistema é o conjunto de elementos colocados em relação sob uma ideia única.

Assim, chega a ser estranha a denominação de sistema misto, dado que deveria seguir uma ideia única. Todavia, cremos, assim como Coutinho (2010, p. 8), que este "se trata de um problema meramente conceitual; e não fático".

Isto posto, aliado ao fato de todas as legislações do mundo misturarem elementos da matriz inquisitiva com a matriz acusatória, conclui-se que a ideia única que estrutura o sistema processual não é o modelo inquisitivo puro, ou o modelo acusatório puro, mas sim, em verdade, a gestão da prova, que por opção política, possui elementos predominantemente inquisitivos ou predominantemente acusatórios; como diz Coutinho

(1998, p. 165):

"Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstrução de um fato pretérito crime, através da instrução probatória, a forma pela qual se realiza a instrução identifica o princípio unificador."

Feitas estas premissas, seguimos explicando o tema deste tópico.

O chamado sistema misto surge, como os anteriores, por razões políticas, com Napoleão Bonaparte, que nos moldes das ideias de Jean-Jacques-Regis de Cambacérès, cria o Code d'Instruction Criminelle, de 1808; nele se teriam duas partes: na primeira, nos moldes e nos métodos do modelo inquisitorial (que já se fazia presente na França com a Ordonnance Criminelle, de 1760, de Luís XIV), ocorreria a investigação e produção probatória através do juiz de instrução; na segunda, nos moldes do Jury inglês, se teria o debate público entre acusação e defesa, no qual se permitia o uso das provas também feitas na primeira etapa.

Como se permitia na segunda etapa o uso das provas produzidas na primeira etapa, este processo misto napoleônico era na verdade um jogo de cartas marcadas, no qual um juiz investigativo (juiz de instrução) buscava provas para condenar aqueles que o Estado desejasse, e posteriormente, na segunda etapa, se mascararia todo o procedimento com um debate público que passaria a impressão de participação popular, gerando apoio do povo ao Estado.

Com o passar dos tempos muito se aprimorou neste sistema processual, e sobre ele, leciona Nucci (2010, p. 116-117):

"Surgido após a Revolução Francesa, uniu as virtudes dos dois anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório. Num primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto no segundo, presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas."

Por fim, é importante frisar que tal como todos os sistemas processuais do mundo, o sistema processual adotado pelo Projeto de Lei do Senado (PLS) 156/2009, será o misto, e conforme Coutinho (2010, p. 13) "à base do Sistema Acusatório se agregará elementos provenientes (em menor escala) do Sistema Inquisitório. Mas o sistema de regência será o acusatório; e isso abre novas e melhores perspectivas para a democracia processual".

3. Breve histórico da persecução penal brasileira

Feitas essas considerações prévias, que guiam a interpretação de todo o sistema processual penal, faremos agora um breve relato sobre a história da persecução penal brasileira, especialmente da fase pré-processual, para se entender em que cenário e com qual herança cultural se instituirá o Juiz das Garantias.

3.1 O período do Império

Nosso breve relato se inicia no período em que o processo penal no Brasil passou a ser genuinamente brasileiro: o período do Império.

Em 1824 é promulgada a constituição do Império, que organiza o Império brasileiro e, no esteio liberal do século XIX, institui importantes avanços no processo penal, especialmente em seu art. 179, que garante os chamados "direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros".¹⁰

Posteriormente, são editadas as Decisões do Governo n. 78 e n. 81, que determinam a fundamentação das sentenças e declara a incompetência, para funcionar no julgamento,

"daqueles que houvessem atuado na fase de devassa" (PRADO, 1999, p. 146).

Seguidamente, em 1832, cria-se o marco mais importante do processo penal brasileiro no período imperial: o Código de Processo Criminal do Império.

Nele se institui um sistema de gestão de provas misto, predominantemente inquisitivo, com elementos acusatórios, dividindo-se o procedimento ordinário na seguinte forma: a ação penal se iniciaria com ato do ofendido ou de seu representante, do Promotor Público, de qualquer do povo, ou mesmo do próprio juiz, ex officio, de acordo com o caso; a fase da persecução penal pré-processual se iniciaria perante o Juiz de Paz, que agia nos moldes do juiz de instrução francês;¹¹ ficando o Juiz de Paz convicto da formação da culpa, os autos eram remetidos para o juízo de admissibilidade da acusação pelo "Jury de Accusação", em seção presidida pelo Juiz de Direito; admitida a acusação os autos seriam enviados para nova seção de julgamento, novamente presidida pelo Juiz de Direito, mas agora decidida por um segundo júri, o "Jury de Sentença", este se pronunciaria sobre o mérito da causa, decidindo sobre a inocência ou culpa do acusado.

Como reação ao aumento de movimentos revolucionários no Brasil entre 1830 e 1840, promulgou-se a Lei 261, de 03.12.1841; esta lei transmitiu as atribuições do Juiz de Paz para a polícia (que passaria a exercer funções de polícia administrativa e judiciária, além de atividades judiciárias propriamente ditas) (PIERANGELLI, 1983, p. 141), e, além desta e de outras modificações, extinguiu o "Jury de Accusação", aumentando as funções do Juiz de Direito (que era nomeado pelo Imperador).

Por fim, em 1871, ocorreu uma grande reforma processual penal, em que se separaram as funções de polícia das de justiça, e, dentre outras alterações, criou o inquérito policial.

3.2 O período da República

Proclamada a República em 1889, e promulgada a constituição em 1891, muitas foram as alterações processuais; no que tange a este trabalho, é importante frisar que a competência legislativa processual, no espelho dos Estados Unidos da América, passou a ser dos Estados Membros, e não mais da União.

Ante os problemas da multiplicidade de ordenamentos processuais penais, a Constituição de 1934 definiu em seu art. 5.º, XIX, "a", a competência privativa da União em matéria processual, e, em cumprimento ao art. 11 das disposições transitórias,¹² em 1935, foi nomeada uma comissão de juristas que seriam os responsáveis para elaborar um código de processo penal unificado.

Esta comissão, que contou com o apoio do então Ministro da Justiça Vicente Ráo, chegou a elaborar um projeto de novo Código de Processo Penal, que, inclusive, implantaria a figura do juiz de instrução. Todavia, com o golpe de Estado de 1937 e a promulgação de uma nova Constituição no mesmo ano, o supracitado projeto de código nunca chegou a vigorar.

3.3 O período da ditadura do Estado Novo

Após a promulgação da Constituição de 1937, foi novamente nomeada uma comissão para elaborar um novo código de processo penal, e em 1941, através do Dec.-lei 3.689, foi instituído o atual Código de Processo Penal.

Muitas foram as alterações processuais advindas do Código de 1941 (em vigor desde 1942), se destacando para a compreensão desta monografia: a adoção do sistema misto; a manutenção do inquérito policial, nos moldes do Código do Império reformado de 1871; e a separação das funções de acusar e julgar, ao eliminar, quase por completo, os procedimentos ex officio pelo juiz.

É importante também ressaltar que no CPP de 1941 o juiz controla o arquivamento do

inquérito policial (art. 28 do CPP¹³), e, além disso, que o mesmo juiz que participa do controle das investigações, realiza o juízo de admissibilidade da acusação e profere o julgamento da causa, em regra.¹⁴

3.4 O período pós-Constituição Federal de 1988

Após a adoção do Código de 1941 ocorreram inúmeras alterações políticas e legislativas no cenário processual penal brasileiro, sendo relevante a menção à Ditadura Militar (1964 a 1985) e ao Ato Institucional n. 5.

Todavia, nenhuma mudança merece maior destaque neste trabalho do que a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; com ela o salto processual foi imenso, e elegeu-se constitucionalmente a matriz acusatória do processo.

A partir desta Carta Constitucional a ação penal pública é privativa do Ministério Público (art. 129, I); é garantida a ampla defesa (art. 5.º, LV); o contraditório (art. 5.º, LV); o devido processo legal (art. 5.º, LIV); institui-se o princípio do estado de inocência (art. 5.º, LVII); é assegurado o julgamento por juiz competente e imparcial (princípio do juiz natural, art. 5.º, XXXVII); e a regra é a publicidade dos atos judiciais (art. 93, IX). Ou seja, a partir da Constituição Federal de 1988 se elegeu a preponderância da matriz acusatória do processo, o que provoca, por imposição sistêmica, que todo o ordenamento jurídico e toda a hermenêutica busquem a aproximação da matriz acusatória processual.¹⁵

4. A persecução penal no direito alienígena

Estudada a herança histórica que recepcionará o "Juiz das Garantias", passamos agora para um estudo de direito comparado para se entender a origem do instituto estudado¹⁶ e seu posicionamento na estrutura procedimental, para, em seguida, tratarmos propriamente da proposta brasileira no PLS 156/2009.

4.1 Juizados de instrução

4.1.1 França

Mais importante pelo aspecto histórico e comparativo, do que pela influência nos elaboradores do anteprojeto de reforma do Código de Processo, o modelo francês de Juizado de Instrução, apresenta na fase pré-processual um juiz que é "uma espécie de oficial superior da polícia judiciária" (PRADEL, 1996, p. 5, tradução nossa).¹⁷

Este juiz instrutor exerce a dupla função de investigar e julgar. Como investigador deve reunir elementos de prova da materialidade e indícios da autoria, verdadeiramente preparando a acusação (ARPE, 2000, p. 273). Como juiz pode requerer auxílio de força policial e decide, inclusive ex officio, sobre a decretação de prisão cautelar.

A investigação preliminar - destinada principalmente à formação da opinio delicti do MP - se dá de maneira inquisitiva, por meio da polícia judiciária sob a fiscalização do Ministério Público (DELMAS-MARTY, 1995, p. 239); no fim, o MP produz um requerimento ao Juiz de Instrução para que sejam buscadas informações específicas sobre um fato delituoso, o que delimitará o objeto das investigações preliminares (art. 80 do Code de Procédure Pénale).

Posteriormente, em mais uma fase inquisitiva, o Juiz de Instrução preside a instrução preparatória - que visa colher elementos de prova para o posterior julgamento de admissibilidade da acusação -; na conclusão dessa fase os autos da investigação são remetidos ao Ministério Público, que se pronuncia e determina se o Juiz de Instrução deve ou não remeter os autos da investigação para a Câmara de Acusação (que exercerá o juízo de admissibilidade da acusação).

Se for admitida a acusação, passa-se para uma terceira fase, num juízo distinto, na qual

se julgará, de maneira acusatória, o caso penal.

4.1.2 Espanha

O procedimento espanhol também se compõe de três fases (a sumária, a intermediária e o juízo oral), sendo essas três fases conduzidas por órgãos do Judiciário.

Assim, os atos preparatórios da ação penal ficam a cargo da "polícia judicial", mas seu destinatário é o "Ministério Fiscal", que é o titular da ação penal, o que se assemelha ao nosso modelo, "sendo certo que a Polícia Judiciária poderá, ex officio, determinar a realização das diligências necessárias para a apuração do fato delituoso, comunicando de imediato o Ministério Público (também chamado "Fiscal" por lá) e a autoridade judiciária" (CHOUKR, 1995, p. 40).

4.2 Modelos acusatórios

4.2.1 Alemanha

Na Alemanha a fase investigativa tem dois objetivos, quais sejam: a formação da opinião delicti do Ministério Público e a colheita de fundamentos para se admitir a acusação (a justa causa no direito brasileiro). Nesta fase, vigora o estado de inocência e a proporcionalidade nas medidas coercitivas adotadas (ARPE, 2000, p. 105), caso se faça necessária medida que infrinja garantia do investigado, deve haver requerimento escrito da polícia ou do acusador a um juiz (que não é investigador), para que este analise, exclusivamente, a legalidade do ato.

A decisão de arquivamento do caderno investigativo é exclusiva do Parquet, não existindo controle judicial.

Posteriormente, existe uma fase intermediária em que se exerce o juízo de admissibilidade da acusação pelo Judiciário.

Por fim, o mesmo órgão do juízo que admite a acusação julga a causa.

Devido ao fato de que o mesmo juiz que admite a acusação julga a causa, a doutrina europeia critica a imparcialidade do julgador na sentença: "A doutrina considera que, como consequência, o tribunal corre o risco de não examinar as atuações com olhos neutros na fase judicial" (ARPE, 2000, p. 94, tradução nossa).¹⁸

4.2.2 Itália

A legislação italiana tem historicamente imensa influência no direito penal e processual penal brasileiro, e assim não deixará de ser caso seja aprovada a PLS 156/2009, portanto, é de alto relevo o estudo deste sistema processual.

Neste sistema, existe uma fase preliminar (giudice pe le indagini preliminari) em que o destinatário é o Ministério Público. Nela a polícia judiciária, juntamente e sob a direção do MP, busca elementos de prova de autoria e materialidade de um suposto crime; sendo importante ressaltar que no modelo italiano o MP não possui poder coercitivo sobre a polícia judiciária, e que o órgão policial detém autonomia para realizar a maioria dos procedimentos investigativos ex officio (ARPE, 2000, p. 356).

Os atos investigativos que possam causar restrições às liberdades devem ser autorizados pelo juiz da investigação preliminar (giudice per le indagini preliminari), que além disto também controla o exercício da ação penal e pode promover, se provocado, a produção de prova antecipada (prova ad perpetuam rei in memoriam).

Apesar de o sistema buscar a aproximação da matriz acusatória - exemplificativamente impedindo a iniciativa do juiz na investigação -, caso o MP queira arquivar os autos das investigações, deve comunicar ao juiz da investigação preliminar, que, em seguida, fiscalizará o fundamento legal desta decisão, e pode inclusive compelir o MP a propor a

acusação, numa excessiva aplicação do princípio da obrigatoriedade (CHOUKR, 1995, p. 46-47).

Formada a opinio delicti ministerial e oferecida denúncia, é realizada audiência (sob contraditório) na qual o juiz da investigação preliminar realizará o juízo de admissibilidade da acusação.

Admitida a acusação, os autos são remetidos para um juízo diverso, que julgará a causa.

4.2.3 Portugal

O procedimento português estrutura-se em três fases. O primeiro momento é destinado à formação da opinio delicti do Ministério Público e colheita de elementos preparatórios ao exercício da ação penal; o MP dirige as investigações, tendo a Polícia como auxiliar; as medidas que cerceiam as liberdades devem ser autorizadas pelo Juiz de "Instrução";¹⁹ e a "abstenção da acusação" é decidida pelo MP, não sendo passível o controle judicial.

Sobre o Ministério Público nesta fase, disse Jorge de Figueiredo Dias (1974, p. 395):

"Como órgão encarregado de promover a perseguição das infrações, compete ao MP, antes de tudo, proceder à sua completa investigação e ao seu possível esclarecimento. Para lhe permitir a plena realização desta finalidade atribui-lhe a lei (art. 14 do Dec.-lei 35.007) a direção e instrução preparatória, que o MP exercerá com observância das máximas que regulam sua actividade, nomeadamente o princípio da legalidade e o dever de objectividade" (transcrito como no original).

Num segundo momento, depois de feita acusação, ocorre uma instrução preliminar, conduzida pelo mesmo Juiz de Instrução, que realiza um debate oral entre as partes e decide sobre a admissibilidade da acusação.

Por fim, a última fase se dá perante um Tribunal, que analisa as provas produzidas em audiência - de maneira acusatória - e profere o julgamento de mérito.

4.3 Os modelos da Common Law

4.3.1 Inglaterra

Analisar o sistema processual inglês é tarefa extremamente árdua, já que não existe um Código de Processo Penal na Inglaterra e as normas procedimentais se encontram em legislações esparsas que datam desde o século XIV até hoje.

Basicamente, o modelo inglês se sustenta na ideia de que todos os crimes atingem a figura do rei, que por ficção legal apareceria em todas as Cortes do país (CHOUKR, 1995, p. 49).

Desta forma, todos os habitantes do reino possuem legitimidade ativa para exercer uma representação judicial-penal em nome do monarca ofendido.

A polícia é a grande dirigente das investigações, e o controle dos atos da investigação é feito por um juiz de paz (justice of the peace).

Também é a polícia que analisa se haverá arquivamento dos autos da investigação ou não. Se ocorrer de a polícia concluir pela necessidade de se continuar com a perseguição, os autos da investigação são remetidos ao Crow Prosecution Service - espécie de Ministério Público, mas com menor autonomia (este órgão não pode, por exemplo, dirigir as investigações da polícia).

Caso o Crow Prosecution Service, com base nas investigações policiais, concorde com a sequência da perseguição, ele envia um dossier ao Magistrates' Court, que realizará o juízo de admissibilidade da acusação.

Por fim, admitida a acusação, o próprio Magistrates' Court julga as causas menos graves, enquanto as mais graves são julgadas pela Crown Court.

4.3.2 Estados Unidos da América

O federalismo americano faz com que surjam inúmeros modelos de processo penal no mesmo país; neste momento trataremos dos aspectos mais comuns nas legislações americanas.

Em linhas gerais, inicialmente as atividades da polícia judiciária são destinadas ao Ministério Público (CHOUKR, 1995, p. 50), que é o único que decide o arquivamento das investigações.

Os atos da investigação são passíveis de controle por um juiz (o justice of the peace).

O juízo de admissibilidade da acusação se dá pelo Grand Jury; e por fim, um órgão distinto julga a causa, o Petty Jury.

4.4 Conclusão

Pelo exposto, se percebe que a estrutura das diversas legislações processuais penais se diferencia na determinação da função das partes no processo, seja na fase investigativa, seja no juízo de admissibilidade da acusação e seja na fase de julgamento de mérito.

Observa-se também a tendência nas legislações da Europa continental estudadas em se concentrar a investigação na Polícia Judiciária e no Ministério Público, sob a direção deste;²⁰ além da tendência em se afastar o Juiz da investigação, o colocando não como um sujeito passivo e inerte, mas sim como um verdadeiro garantidor das liberdades individuais na fiscalização da legalidade, como dito pela Association de Recherches Pénales Européennes (ARPE, 2000, p. 545), sob a direção de Mireille Delmas-Marty:²¹

"Porém, no fundo, é o conteúdo desta legalidade, em nome da qual o juiz protege as liberdades, o que muda. Já não nos encontramos em apenas uma situação estática e binária em que o juiz sanciona como ilegal esta ou outra atuação que atente contra as liberdades. Há uma opção teleológica subjacente que é o valor que o juiz protege e expressa em sua motivação: a pessoa humana. Cada vez mais, julgar não é tanto a busca do equilíbrio entre a eficácia da investigação e a proteção da pessoa, como justificação de uma exceção à liberdade individual. O que fundamenta e legitima a atitude do juiz é esta justificação, como disse a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos a propósito da prisão provisória francesa: "as autoridades judiciais nacionais devem examinar todas as circunstâncias que possam revelar ou excluir a existência de uma verdadeira exigência de interesse público que justifique, em virtude da presunção de inocência, uma exceção à regra do respeito à liberdade individual" (CEDH, Letellier c. França, de 26.06.1991, § 35)" (tradução nossa).²²

5. O "juiz das garantias": uma tentativa de se aproximar a investigação criminal à matriz acusatória

5.1 Prólogo

Estudadas as matrizes de pensamento que guiam todo o sistema processual penal, a herança histórica que recepcionará o "Juiz das Garantias" e a estrutura procedimental dos diversos modelos de processo penal, podemos, finalmente, enxergar com mais clareza qual é a proposta brasileira no PLS 156/2009.

Porém, antes de se cuidar especificamente do instituto do "Juiz das Garantias" se faz mister mais algumas observações.

Primeiramente, é absolutamente incompatível o modelo do atual CPP (de 1941) com o texto da Constituição Federal de 1988; e a adequação do ordenamento infraconstitucional à Constituição foi uma das maiores preocupações dos elaboradores do

anteprojeto de reforma do CPP, que se converteu no PLS 156/2009, como se percebe no primeiro parágrafo da exposição de motivos do anteprojeto:

"Se em qualquer ambiente jurídico há divergências quanto ao sentido, ao alcance e, enfim, quanto à aplicação de suas normas, há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada, e, práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção estatal. O Código de Processo Penal atualmente em vigor - Dec.-lei 3.689, de 03.10.1941 -, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado" (SENADO, 2009).

Em seguida, deve-se observar que nessa busca pela adequação de um Código de Processo Penal ao modelo constitucional predominantemente acusatório, os criadores do anteprojeto de reforma (que se converteu no PLS 156/2009) postularam importantes alterações; dentre as quais destacamos: o controle do arquivamento do inquérito realizado pelo Ministério Público sem intervenção ex officio do juiz²³ (art. 37²⁴); a posição do MP de destinatário do inquérito; e a adesão expressa ao modelo acusatório na estrutura do procedimento: "Art. 4.º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação" (SENADO, 2009).

Assim, percebemos que mais do que uma mudança pontual, o PLS 156/2009 verdadeiramente realiza uma mudança sistêmica: de um sistema predominantemente inquisitivo com elementos acusatórios, passa-se a um sistema predominantemente acusatório com elementos inquisitivos.

Feitas estas considerações, passamos a aprofundar o estudo da proposta brasileira de "Juiz das Garantias".

5.2 O Juiz das Garantias

5.2.1 A intenção legislativa

Pode-se perceber a intenção dos legisladores com a implantação do "Juiz das Garantias" através da leitura da Exposição de Motivos do projeto de reforma do CPP (SENADO, 2009), que diz: no item "I":

"(...) A eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais; a decisão judicial há de se fundar em conhecimento - o mais amplo possível - de modo que o ato de julgamento não seja única e solitariamente um ato de autoridade. (...) Nesse passo, cumpre esclarecer que a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais. É de ver e de se compreender que a redução das aludidas garantias, por si só, não garante nada, no que se refere à qualidade da função jurisdicional. As garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado. (...) O respeito às garantias individuais demonstra a consciência das limitações inerentes ao conhecimento humano e a maturidade social na árdua tarefa do exercício do poder." (destaques no original)

No item "II":

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

das partes. Em processo penal, a questão é ainda mais problemática, na medida em que a identificação com a vítima e com seu infortúnio, particularmente quando fundada em experiência pessoal equivalente, parece definitivamente ao alcance de todos, incluindo o magistrado (...) A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende a duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação. Evidentemente, e como ocorre em qualquer alteração na organização judiciária, os tribunais desempenharão um papel de fundamental importância na afirmação do juiz das garantias, especialmente no estabelecimento de regras de substituição nas pequenas comarcas. No entanto, os proveitos que certamente serão alcançados justificarão plenamente os esforços nessa direção".

No item "III":

"No âmbito, ainda, da persecução penal na fase de investigação preliminar, o anteprojeto traz significativa alteração no que respeita à tramitação do inquérito policial. A regra do atual Código de Processo Penal não guarda qualquer pertinência com um modelo processual de perfil acusatório, como se deduz do sistema dos direitos fundamentais previstos na Constituição. A investigação não serve e não se dirige ao Judiciário; ao contrário, destina-se a fornecer elementos de convencimento, positivo ou negativo, ao órgão da acusação. Não há razão alguma para o controle judicial da investigação, a não ser quando houver risco às liberdades públicas, como ocorre na hipótese de réu preso. Neste caso, o curso da investigação será acompanhado pelo juiz das garantias, não como controle da qualidade ou do conteúdo da matéria a ser colhida, mas como fiscalização do respeito aos prazos legais previstos para a persecução penal. Atuação, como se vê, própria de um juiz das garantias."

Por fim, no item "VII, II":

"(...) na fase de investigação, não cabe ao juiz, de ofício, inclinar-se por uma ou por outra cautelar. Como ainda não há processo, a Polícia ou o Ministério Público é que devem requerer as medidas que julgarem apropriadas, respeitando-se os papéis de cada instituição."

Veja-se, a Exposição de Motivos do projeto de reforma do CPP caminha na direção de um pensamento já posto pela doutrina; a exemplo, citamos Fauzi Hassan Choukr (1995, p. 126-127):

"Diferentemente do que ocorre em modelos mais avançados, o nosso não prevê a figura de um juiz exclusivo para o andamento das investigações, muito menos com uma feição garantidora (...) A principal consequência do nosso sistema nesse ponto é a de permitir que o juiz que tem contato com os autos do inquérito (nas "concessões" de prazo, por exemplo) possa ser indesejavelmente influenciado por tudo aquilo que foi produzido previamente à ação penal, deixando aflorar essa influência não somente no juízo de admissibilidade da inicial, mas, sobretudo, procurando incorporar ao seu convencimento decisório quanto ao mérito elementos de informação que não teriam essa finalidade, vez que produzidos sem as garantias do contraditório e da ampla defesa. (...) O modelo pátrio, posto como está, não apresenta solução para o problema. Também aqui é necessária uma reforma estrutural para cindir o juiz responsável pelo acompanhamento das investigações, com a feição garantidora já apresentada, daquele que efetuará o juízo de admissibilidade para o recebimento e, por fim, do que verdadeiramente instruirá a ação penal." (destaques no original)

Além de Geraldo Prado (1999, p. 159):

"Quando se trata da tutela dos mais importantes bens do indivíduo, não é admissível supor que o encarregado de decidir a sua fruição, ou não, seja alguém que tenha, na fase que antecede ao processo, espontaneamente tomado a iniciativa de ordenar a prisão do investigado ou a apreensão de uma arma que esteja na casa dele, sob suspeita exclusivamente sua, do juiz, de que se trata da arma do crime. Para isso, estão equipados a Polícia e o Ministério Público, os quais, por lidarem diretamente com a matéria e possuírem interesse na elucidação da infração penal, com a condenação de seu eventual autor, são, a nosso juízo, os legitimados a requererem providências cautelares, o mesmo se aplicando, mutatis mutandis, ao ofendido, se o crime é de ação de que dependa sua iniciativa. A exceção é pertinente à tutela da liberdade, mediante determinação, de ofício, da liberdade provisória, considerando o princípio do favor rei, a presunção de inocência e o papel garantista do princípio acusatório na sua harmonia com os demais princípios." (destaques no original)

Tratemos, pois, sobre quem é este juiz garantidor.

5.2.2 Definição e posicionamento do instituto no sistema processual penal

Conceitua o art. 15 do texto inicial do PLS 156/2009:²⁵

"Art. 15. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inc. LXII do art. 5.º da Constituição da República; II - receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543; III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV - ser informado da abertura de qualquer inquérito policial; 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 atenção às razões apresentadas pela autoridade policial 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 da autoridade policial sobre o andamento da investigação; XI - decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado. XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo. Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar a duração do inquérito por período único de 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada" (SENADO, 2009).

No trâmite do projeto no Senado foram feitas duas alterações na redação deste artigo, foram acrescentados dois incisos: "XIII - determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 447, § 1.º"; e "XIV - arquivar o inquérito policial".

Pela leitura do caput artigo supracitado, se percebe a definição de quem é o Juiz das Garantias: "O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário".

Ou seja, como em alguns modelos da Europa continental (tais como no italiano e no português), o Juiz das Garantias é um fiscal jurisdicional das atividades investigativas realizadas na etapa pré-processual da persecução penal.

Sua missão é fazer cumprir a legalidade, impedindo atos arbitrários dos atores da investigação, competindo-lhe não só o rol de medidas descritas nos art. 15 - que não é taxativo (*numerus clausus*), mas sim exemplificativo (*numerus apertus*) -, mas todas e quaisquer medidas que cuidem da proteção das garantias do cidadão referentes ao exercício das liberdades e dos direitos fundamentais na etapa investigativa, segundo o determinado pela lei, e da maneira mais imparcial possível.

Desta forma, esse juiz garantidor que não toma iniciativas investigativas (e, portanto é apenas juiz e não acusador) é um passo numa tentativa de se efetivar, também na investigação criminal, a separação de funções, postulado básico do sistema acusatório (FERRAJOLI, 2006, p. 519-522).

5.2.3 Da competência

Definido o instituto do Juiz das Garantias, cuidamos agora do alcance de sua atuação.

Nos termos do art. 16 do PLS 156 (SENADO, 2009):

"Art. 16. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal. § 1.º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo. § 2.º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso. § 3.º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão juntados aos autos do processo".²⁶

Assim, salvo as infrações de menor potencial ofensivo - julgadas nos juizados especiais, possuindo, em regra, menor necessidade investigativa em virtude da maior simplicidade e menor potencial lesivo das infrações -, todas as infrações penais devem ser passíveis da atuação do Juiz das Garantias na fase investigativa.²⁷

Quanto aos casos de foro privativo por prerrogativa de função, o art. 24 do texto inicial do PLS 156, dizia:

"Art. 24. Quando o investigado exercer função ou cargo público que determine a competência por foro privativo, que se estenderá a outros investigados na hipótese de crimes conexos ou de concurso de pessoas, caberá ao órgão do tribunal competente autorizar a instauração do inquérito policial e exercer as funções do juiz das garantias" (SENADO, 2009).

Todavia, o supracitado artigo foi removido no texto substitutivo do Senado, sendo retirada a necessidade de autorização do tribunal para se instaurar inquérito policial, e fazendo com que perdure a regra do art. 2.º da Lei 8.038/1990:

"Art. 2.º O relator, escolhido na forma regimental, será o juiz da instrução, que se realizará segundo o disposto neste capítulo, no Código de Processo Penal, no que for aplicável, e no Regimento Interno do Tribunal" (BRASIL, 1990).

5.2.4 O juízo de admissibilidade da acusação e o art. 17 da PLS 156/2009

Aqui se encontra o coração do "Juiz das Garantias" e sua razão de ser.

Segundo o art. 17 do PLS 156 (SENADO, 2009):

"Art. 17. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo".²⁸

A ideia dos elaboradores do anteprojeto de reforma é "manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação" - Item "II" da Exposição de Motivos (SENADO, 2009).

Mais do que jurídica, o "Juiz das Garantias" é a aceitação de uma realidade psicológica, um juiz que tome iniciativas investigativas, ou mesmo que tome contato com um material informativo destinado à acusação - produzido sem o devido contraditório e ampla defesa -, será um juiz inquisitivo e proferirá uma decisão mais parcial do que um juiz que não investiga e não tem contato com o material produzido sem o crivo do contraditório; como dito por Cordero (1986, p. 51-52, tradução nossa):

"A solidão na qual os inquisidores trabalham, jamais expostos ao contraditório, fora dos grilhões da dialética, pode ser que ajude no trabalho policaresco, mas desenvolve quadros mentais paranoicos. Chamemo-los 'primado das hipóteses sobre os fatos': quem indaga segue uma delas, às vezes com olhos fechados; nada garante mais fundamento em relação às alternativas possíveis, nem este trabalho estimula cautelarmente a autocrítica; assim como todas as cartas do jogo estão na sua mão e é ele quem as coloca na mesa, aponta para a 'sua' hipótese. (...) Nas causas milanesas da peste manufaturada, junho-julho de 1630, vemos como juízes por nada desonestos, antes inclinados a incomum garantismo, fabriquem delito e delinquentes: o inquirido responde docilmente; o inquisidor lhe retira da cabeça os fantasmas que para ele projetou".²⁹

Assim, o que se busca com a admissibilidade da acusação ser feita por um julgador distinto do que cuidou da fase investigativa é que ao invés de se ter hipóteses e, com base nelas, se buscar fatos, se terá fatos e com base neles o julgador aceitará ou não as hipóteses; desta forma o julgador não mais terá o juízo tendencioso daquele que procura a confirmação de sua teoria, e o juízo de admissibilidade da acusação será mais imparcial.

Por fim, para dar mais luz ao debate, lembramos Maurício Zanoide de Moraes (2010):

"O juiz das garantias não está sendo inserido para melhorar a participação judicial em fase investigativa, mas para assegurar que ao juiz da causa não se imporá mais a exigência inumana do atual sistema de ele não poder se contaminar ou se influenciar ou não estar vinculado com os atos por ele mesmo praticados em fase persecutória anterior. Com o juiz das garantias, caminha-se para um juiz da causa mais imparcial, pois, a princípio e de modo sistêmico, ele não estará mais ligado às suas próprias decisões anteriores."

6. As principais críticas ao instituto do juiz das garantias

6.1 O julgamento do mérito da causa pelo mesmo juízo que admitiu a acusação

Se o projeto avança ao separar o juiz que cuida da investigação do que promove o juízo de admissibilidade da acusação, peca por colocar o mesmo juiz que admite a acusação como julgador do mérito.

Segundo o PLS 156/2009, quem é responsável pela admissibilidade da acusação é o juiz do processo, e este mesmo juiz presidirá a instrução e proferirá sentença (arts. 263 a 268 da PLS 156) (SENADO, 2009).³⁰

Nos termos do art. 16, § 3.º do PLS 156:³¹ "Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão juntados aos autos do processo", e segundo o art. 36:³² "Os autos do inquérito instruirão a denúncia, sempre que lhe servir de base".

Isto se justifica na necessidade de demonstração neste momento dos pressupostos de admissibilidade da acusação (como, por exemplo, da justa causa), se impedindo que se inicie um processo nem ao menos minimamente fundado. Assim, na realização do juízo de admissibilidade da acusação o juiz do processo terá contato com todo o material produzido na investigação - destinado à acusação e produzido sem o devido contraditório e ampla defesa.

Até aqui não se pode criticar, realmente para se analisar os pressupostos de

admissibilidade da acusação se faz mister a demonstração de um mínimo suporte probatório. O problema surge no fato de o mesmo juiz que realiza esse juízo de admissibilidade julga o mérito. Ou seja, se cria a figura do "Juiz das Garantias" para se evitar a "contaminação" do juiz do processo com os fatos produzidos na investigação, mas, no primeiro momento do processo, o juiz do processo - que depois decidirá a sentença - tem que conhecer todo o material produzido na investigação para admitir ou não a acusação.

Comparativamente, como já dito,³³ este procedimento já é criticado no direito alemão - em que o mesmo juiz que admite a acusação também é quem julga o mérito - segundo a doutrina: "como consequência, o tribunal corre o risco de não examinar as atuações com olhos neutros na fase judicial" (ARPE, 2000, p. 94, tradução nossa).³⁴

No caso brasileiro, antes da aprovação do projeto de reforma do código, já existem manifestações lamentando a estrutura escolhida, como por exemplo, Marco Aurélio Nunes da Silveira, que em obra organizada por Coutinho (2010, p. 191), diz:

"O item III da Exposição de Motivos, ao tratar do juiz de garantias, afirma que uma de suas funções é manter o juiz do processo distante da prova produzida na investigação preliminar (...) Nada obstante, considerando-se que o juízo de admissibilidade da acusação será feito pelo próprio juiz do processo - o que significa que ele terá contato com os autos da investigação preliminar -, forçoso é concluir que tal objetivo não será atingido. Seguirá o juiz do processo tendo o seu primeiro contato com o caso penal a partir de provas produzidas sem contraditório e ampla defesa."

Como vimos no estudo de direito comparado, existem três grandes momentos na estrutura procedimental penal: a fase investigativa, a admissão ou não da acusação, e o julgamento de mérito. Ante o alto custo que existiria se se tivesse um juízo para cada um destes três momentos, no caso de o Estado não ter recursos suficientes, melhor seria se, como no direito italiano nos procedimentos mais complexos, se tivesse optado por um modelo em que aquele juiz que atuou nas investigações admitisse ou não a acusação, e o juiz do processo julgasse apenas o mérito da causa; essa não foi a opção do projeto de reforma, e, se no trâmite legislativo não ocorrer alteração, a figura do "Juiz das Garantias" corre o risco de se tornar um avanço realmente mínimo, não por "culpa" propriamente do instituto do "Juiz das Garantias", mas por "culpa" do fato de o mesmo juiz que admite a acusação ser o julgador do mérito da causa.

6.2 A nomeação do instituto

6.2.1 Juiz "das" Garantias ou Juiz "de" Garantias?

A palavra "a" é artigo que se antepõem a substantivo que designa ser determinado (BECHARA, 1978, p. 94).

"Das" é contração da preposição "de" com o artigo "a".

Logo, a utilização de Juiz "das" Garantias indica uma determinação de quais garantias.

Como, segundo o princípio democrático, as normas legais só existem após o devido processo legislativo (LEAL, 2008, p. 57-64), é óbvio que as "Garantias" não são quaisquer ideias pensadas em qualquer circunstância, são necessariamente mandamentos incorporados ao ordenamento jurídico de maneira legítima; ou seja, só existe a garantia (que é norma) se houver a previsão legal para ela exista.

Assim, é correto a nomenclatura Juiz "das" Garantias, posto que não são quaisquer garantias, mas apenas as previstas pela lei, criadas de maneira democrática - lembrando que as medidas que podem ser tomadas pelo Juiz das Garantias são elencadas em rol exemplificativo (MORAES, 2010), mas podem ser tomadas apenas em função das garantias determinadas pelo texto legal.

6.2.2 Há vício de linguagem na nomeação do instituto?

Segundo parecer do Instituto dos Advogados Brasileiros:

"A própria denominação "juiz das garantias" constitui um pleonismo assustador, de vez que nenhum juiz pode ser juiz sem compromisso com tais garantias." (IAB, 2010)

Veja-se, a questão aqui escapa ao direito e se resolve na gramática:

"Pleonismo (Do gr. pleonasmós, 'superabundância', pelo lat. pleonasmu). Figura de sintaxe pela qual se empregam palavras redundantes legitimamente. A função estilística do pleonismo é reforçar a expressão para conseguir impressionar o interlocutor eficazmente, conseguindo vigor e clareza na comunicação, quer oral, quer escrita" (CHERUBIM, 1989, p. 52-53).

Assim, não há vício de linguagem na denominação "Juiz de Garantias", há sim um reforço na expressão para indicar a verdadeira - e belíssima - função de proteção das garantias.

6.3 Da implantação do Juiz das Garantias no Brasil: o aumento orçamentário

Uma das estratégias pretendidas pela comissão que elaborou o anteprojeto que se converteu no PLS 156 com o deslocamento de um órgão jurisdicional exclusivo para a fase investigativa foi "a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional" (SENADO, 2009, Item "II, a").

Neste ponto a comissão mostrou visão administrativa e seguiu um preceito básico da economia, o de que com a divisão de funções se aumenta a especialidade, e, assim, se melhora a "produção":

"Um maior aperfeiçoamento nas forças produtivas do trabalho e a maior parte do engenho, da destreza e do discernimento com que é dirigido em qualquer lugar, ou aplicado, parecem ter sido os efeitos da divisão do trabalho." (SMITH, 1776/2010, p. 20)

Longe de se buscar uma "produção industrial de decisões jurídicas", mas sim buscando uma otimização da jurisdição penal, a figura de um juiz que cuida somente da investigação certamente cumprirá o anseio da comissão acima transcrito.

Feitas estas necessárias considerações preliminares, tratemos do aumento orçamentário em relação ao ganho causado pela implantação do instituto. Diz texto de Aury Lopes Jr., com o qual concordamos:

"Em relação ao juiz das garantias, na ausência de argumentos juridicamente sustentáveis (ao menos para os que superam o conhecimento epidérmico de processo penal), emprega-se o reducionismo retórico da "falta de...". Ora, a falta é constitutiva e sempre existirá, sendo este um argumento reducionista. Uma reforma de verdade exige, principalmente, mudança de cultura e de estruturas. Cabe ao Estado (daí a necessidade de comprometer também os poderes legislativo e executivo para o judiciário conseguir dar conta) estruturar-se para atender à nova realidade. A existência de um período de transição (o de 6 anos proposto para as comarcas únicas é muito longo), permitirá suprir as deficiências materiais e pessoais. Além disso, diversas medidas podem contribuir para a implantação do novo modelo, como o estabelecimento de um rodízio entre os juízes (para que ninguém se sinta um subjuiz por só atuar na investigação preliminar); o alargamento da competência do juiz das garantias (na organização judiciária de cada Estado), para que ele também atue no Jecrim, na vara de família etc., não sobrecarregando os demais; a regionalização do juiz das garantias (em comarcas pequenas, um juiz pode atender as cidades próximas, até que seja superado o problema das comarcas únicas). Não devemos é pactuar com o fim (ou melhor, o abortamento)

desta importante figura (que não é nenhuma novidade, basta olhar Portugal e Itália) e, ainda, com o que é pior, com a morte do núcleo acusatório (e a consequente atribuição de poderes investigatórios aos juízes). Isso seria o absurdo total desde a perspectiva de um processo penal democrático" (LOPES JR., 2010).

Ademais, no texto original do PLS 156 (SENADO, 2009), dizia-se:

"Art. 18. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal".³⁶

Sendo importante destacar que no Senado foram alteradas as disposições finais do projeto de novo código, incluindo-se a seguinte redação:

"Art. 701. Este Código entra em vigor no prazo de 6 (seis) meses após a sua publicação. Parágrafo único. A regra de impedimento de que trata o art. 16 entrará em vigor no prazo de 3 (três) anos após a publicação deste Código, e em 6 (seis) anos, se se tratar de comarca onde houver apenas 1 (um) juiz" (SENADO, 2010).

Assim, o Judiciário passou a ter três anos para se adequar à criação de um Juiz das Garantias e, nas comarcas onde há apenas um juiz, o prazo é de seis anos.

Ora, de três a seis anos para se definir a organização judiciária adaptando-a ao Juiz das Garantias é prazo mais do que suficiente, neste ponto fazemos nossas as críticas de Maurício Zanoide de Moraes:

"Afirmar que no prazo projetado, ou em outro a ser definido, não é possível se preparar uma nova organização para efetiva implementação de direitos fundamentais é confessar não uma insuficiência de recursos, mas uma vontade política de não mudar. (...) Não se pode deixar de lembrar que no Chile, onde não havia sequer a carreira do Ministério Público, foi implementado todo um novo Código de Processo Penal, juntamente com a formação e instalação daquele órgão público, em fases e de modo gradativo, das pequenas cidades até os grandes centros urbanos. Para isso foi necessária a conscientização de todos os Poderes da nação, inclusive com liberação de verba do Poder Executivo e novo aparato legislativo, assim como participação determinada e efetiva do Poder Judiciário. Isso deve ocorrer aqui sob pena de nunca termos um novo Código, apesar de termos mudanças legislativas. Mudar a mentalidade e disposição é mais relevante que mudar a lei. A discussão, a elaboração e a aprovação de um novo Código de Processo Penal não são determinações ou decisões apenas do Poder Judiciário, mas também dos outros dois Poderes da Nação. (...) Não é por outra razão que a lei é discutida e elaborada pelo Legislativo e é o Poder Executivo quem a promulga. Todos os três têm méritos (ou deméritos) e responsabilidades pelo que fazem. Disponibilizar verba, apresentar soluções alternativas em um período de transição (como a cooperação provisória entre as estruturas da Justiça Federal e da Justiça Estadual, fazendo com que haja prorrogação de competência, dentro da consciência de unidade da jurisdição) e criar estrutura condizente para efetivar a Constituição são obrigações políticas que devem ser assumidas e compartilhadas por todos. (...) Em verdade, negar uma evolução ao sistema, mesmo a médio prazo, em razão da atual falta de recursos não é ter um argumento minimamente razoável, é esconder, por detrás dessa atual insuficiência, uma verdadeira intenção de "mudar o sistema desde que tudo fique como está!!!!" (MORAES, 2010).

Ex positis, lembrando que um juiz imparcial não tem preço, especialmente na tutela das liberdades, o argumento orçamentário se encontra como insuficiente perante a implementação do Juiz das Garantias.³⁷

6.4 O Juiz das Garantias e a tramitação do inquérito policial diretamente entre Polícia Judiciária e o Ministério Público

No capítulo em que estudamos o direito comparado vimos a tendência da Europa continental em se concentrar as atividades investigativas entre a Polícia judiciária e o

MP.

Sobre este procedimento, disse Aury Lopes Jr.:

"O Brasil é um dos poucos países que ainda mantém o sistema de investigação preliminar policial, sem o controle pelo MP. Este modelo está completamente falido. É unânime o rechaço. Os juízes apontam para a demora e a pouca confiabilidade do material produzido pela polícia, não servindo como elemento de prova na fase processual. Os promotores reclamam da falta de coordenação entre a investigação e as necessidades de quem, em juízo, vai acusar. O inquérito demora excessivamente e nos casos mais complexos, é incompleto, necessitando novas diligências, com evidente prejuízo à celeridade e à eficácia da persecução. Por outro lado, os advogados insurgem-se, com muita propriedade, da forma inquisitiva como a polícia comanda as investigações, negando um mínimo de contraditório e direito de defesa, ainda que assegurados no art. 5.º, LV, da Constituição, mas desconhecidos em muitas delegacias brasileiras. No meio policial, ainda domina o equivocado entendimento de que a Constituição é que deve ser interpretada restritivamente, para adaptar-se ao modelo previsto no CPP (de 1941), e não ao contrário, com o CPP adaptando-se a nova ordem constitucional" (LOPES JR., 2000).

Sem querer tratar completamente deste rico tema, é importante tecermos leves comentários a respeito dado que juntamente com a implantação do Juiz das Garantias no molde apresentado pelo PLS 156 ocorre a situação de o juiz não poder conhecer o teor do inquérito, salvo quando provocado.

Ante ao abuso que as longas investigações podem causar, e ante a distância do judiciário do controle direto dos atos que não dizem respeito às garantias e direitos fundamentais, diz Alberto Zacharias Toron:

"Na verdade, malgrado a adoção do sistema acusatório, o juiz, ao deferir a continuidade das diligências policiais, controla a duração da investigação e assim dá vida à garantia individual constante do art. 5.º, LXXVIII, da CF. O deferimento de prazo para a autoridade policial prosseguir nas investigações deve ser controlado pelo magistrado, e não apenas pelo representante do Ministério Público. Embora se possa pensar burocraticamente que o juiz se limite, no mais das vezes, a deferir o prazo reclamado pela polícia, o certo é que, para o cidadão, a longa duração de um inquérito policial é uma verdadeira pena. Pior, a duração sem termo do procedimento pode esconder não apenas a desídia ou o desmazelo na condução das investigações - o que contraria a essência do sistema republicano -, mas a possibilidade de se "controlar" o investigado, tê-lo sob foco indefinidamente. Aliás, recentemente os jornais noticiaram que o MPF de São Paulo, sem qualquer controle judicial, ficou investigando delegados da polícia federal por mais de cinco anos. Imagine agora com o fim da prescrição intercorrente na fase inquisitiva (Lei 12.234, de 05.05.2010) o que poderá haver em termos de abuso sem controle judicial" (TORON, 2010).

Com relação ao ganho de celeridade que a prática do trâmite direto entre a Polícia e o MP poderia causar, segue dizendo o renomado advogado:

"(...) Se a movimentação do IP apresenta-se morosa porque os autos saem da polícia e vão para o juiz, o qual os remete ao MP, e daí, com a manifestação ministerial, retornam ao mesmo juiz, para este devolvê-los novamente à Polícia, o melhor seria que os autos fossem da polícia diretamente ao MP, daí ao juiz, e deste à Polícia. Uma etapa é suprimida e com isso se ganha tempo. Não se suprime a intervenção do juiz. A preocupação com a celeridade não pode, como se estivéssemos num fast food, dar lugar a tamanho desprezo pelas garantias individuais" (TORON, 2010) (destaques no original).

Assim, verifica-se que o grande problema da tramitação direta entre a Polícia judiciária e o MP é referente à limitação temporal da investigação criminal.

No modelo brasileiro, esta limitação temporal se dá pelo prazo em abstrato da prescrição da pretensão punitiva (após a Lei 12.234/2010), em virtude de, nos termos do § 3.º do art. 10 do atual CPP, "quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto" a autoridade poder requerer ao juiz a devolução dos autos, para diligências futuras, a serem realizadas num prazo marcado pelo juiz; inexistindo, pois, um limite rígido, determinado pela lei, para a conclusão das investigações.

No texto inicial do PLS 156 a situação pioraria, dado que nos termos do § 1.º do art. 32³⁸ quem controlaria se haveria renovação de prazo para as investigações, ou não, seria o próprio MP. Após a tramitação no Senado, o projeto substitutivo conseguiu agravar ainda mais a situação, nos termos do art. 31:

"Art. 31. O inquérito policial deve ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, estando o investigado solto. § 1.º Decorrido o prazo previsto no caput deste artigo sem que a investigação tenha sido concluída, o delegado de polícia comunicará as razões ao Ministério Público com o detalhamento das diligências faltantes, permanecendo os autos principais ou complementares na polícia judiciária para continuidade da investigação, salvo se houver requisição do órgão ministerial" (SENADO, 2010).

Assim, nem mesmo o encaminhamento obrigatório dos autos do inquérito ao titular da ação penal (MP) se fará, este exercerá um controle apenas a posteriori.

O problema é sério, e neste ponto errou a comissão de juristas que elaborou o anteprojeto que se tornou o PLS 156 e ainda mais o Senado Federal.

Choukr (1995, p. 140-141), em 1995, já tratava deste problema, e como solução já apresentava:

"Não contemplando nosso modelo previsão "típica" de delimitação temporal, urge construí-la, desatrelando a barreira cronológica do tema da prescrição retroativa, que não possui estrutura ontológica em nenhum ponto semelhante e cuja aproximação nada auxilia na construção de um ordenamento racional. (...) Adotada a limitação, resta trilhar um caminho de coerência com o princípio acusatório. Isto significa que a imposição do prazo para a conclusão da investigação não pode retirar do titular da ação penal sua supremacia na atividade valorativa durante seu transcurso, mas sim deve servir de controle para que essa valoração seja exercitada. Posta a baliza temporal o titular da ação penal deve ser intimado a manifestar-se, para propor ou arquivar o feito. Caso não esteja apto para uma coisa nem para outra, a inoperância deve ser sancionada com a impossibilidade de utilização daquele acervo informativo (...)."

Assim, melhor seria se existe um prazo "fechado" para a realização das investigações, que pudesse ser prorrogável, no caso de complexidade dos fatos, por controle obrigatório judicial; que se instituísse o dies a quo do prazo como o do indiciamento; e, por fim, que houvesse uma sanção (como no modelo italiano) caso o Estado permanecesse em inércia, tornando imprestável o acervo informativo colhido.

O PLS 156 não inovou tanto, e, em verdade, novamente não em virtude do "Juiz das Garantias", mas em virtude do procedimento escolhido para o inquérito, o perigo de as investigações se estenderem por tempo excessivo é alto.

Feitas estas considerações, passamos à conclusão deste trabalho.

7. Conclusão

Por tudo exposto, concluímos que o "Juiz das Garantias" ao ser colocado no objetivo de separar o juiz do processo dos atos investigativos - feitos sem o devido contraditório e ampla defesa - é inicialmente uma tentativa de se aproximar a investigação criminal à matriz acusatória do processo; todavia, dado à estrutura procedimental escolhida pelo PLS 156/2009, como o juízo de admissibilidade da acusação é feito pelo mesmo julgador que julga o mérito da causa, certamente que todo o esforço em se implantar este

instituto jurídico pode se tornar pouco relevante na busca por um juiz do processo imparcial não "contaminado" pelos atos investigativos.

8. Referências

ASSOCIATION DE RECHERCHES PÉNALES EUROPÉENNES (Arpe). Procesos penales de europa: Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia. Zaragoza: EDIJUS, 2000.

BECHARA, Evanildo. Moderna gramática portuguesa. 23. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1978.

BRASIL. Código de Processo Penal da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 2008.

_____. Constituição da República dos estados Unidos do Brasil, de 16.07.1934. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm]. Acesso em: 22.03.2011.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.11.1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em: 22.03.2011.

_____. Constituição Política do Império do Brazil, de 25.03.1824. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm]. Acesso em: 22.03.2011.

_____. Decreto 678, de 06.11.1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm]. Acesso em: 22.03.2011.

_____. Lei 8.038, de 28.05.1990. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8038.htm]. Acesso em: 28.03.2011.

CHERUBIM, Sebastião. Dicionário de figuras de linguagem. São Paulo: Pioneira, 1989.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais na investigação criminal. São Paulo: Ed. RT, 1995.

CORDERO, Franco. Guida alla procedura penale. Torino: Utet, 1986.

_____. Procedimento penal. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. 2v.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. a. 30. n. 30. p. 163-198. Curitiba, 1998.

_____; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (orgs.). O novo processo penal à luz da constituição: (análise crítica do Projeto de lei n. 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille et al. Procedures penales d'Europe: (Allemagne, Angleterre et pays de Galles, Belgique, France, Italie). Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal. Coimbra: 1974.

EYMERICH, Nicolau. Manual dos inquisidores. 2. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: EDUNB, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

FOLHA ONLINE. Copa de 2014 terá 98,5% de dinheiro público. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/esporte/881803-copa-de-2014-tera-985-de-dinheiro-publico.shtml]. Acesso em: 29.03.2011.

FRANÇA. Code de Procédure Pénale, de 02.03.1959. Disponível em: [www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20110324]. Acesso em: 24.03.2011.

IINSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS. Parecer: Reforma do Código de Processo Penal. 2010.

KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. São Paulo: Nova Cultural, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. 7. ed. São Paulo: Forense, 2008.

LOPES JR., Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações....). Boletim IBCCrim. São Paulo: Ed. Especial CPP, ago. 2010.

_____. A crise no inquérito policial e a investigação controlada pelo Ministério Público. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 2, 31.08.2000. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5828]. Acesso em: 30.03.2011.

MACHIAVELLI, Niccolò. O príncipe: com as notas de Napoleão Bonaparte. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2006.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. 2. ed. atual. Campinas (SP): Millennium, 2000. Vol. 1.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do "juiz das garantias"? Boletim IBCCrim. São Paulo:, Ed. Especial CPP, Ago. 2010.

MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo?: a questão fundamental de democracia. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2010.

PIERANGELI, José Henrique. Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas. São Paulo: Jalovi, 1983.

PRADEL, Jean. Le juge d'instruction. Paris: Dalloz, 1996.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999,.

SENADO. Emenda n. 1 - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Substitutivo) (ao PLS 156, de 2009). Brasília: Senado, 2010.

SENADO. Projeto de Lei do Senado 156/2009. Brasília: Senado, 2009.

SMITH, Adam. Riqueza das Nações: edição condensada. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

TORON, Alberto Zacharias. Inquérito só no MP e bye, bye ação penal privada. Boletim IBCCrim. São Paulo: Ed. Especial CPP, Ago. 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. 4v.

UOL NOTÍCIAS. Judiciário brasileiro gasta R\$ 37,3 bilhões por ano, mas 71% dos processos continuam sem solução. Disponível em: [http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2010/09/14/judiciario-brasileiro-gasta-r-373-bilhoes-por-ano-cerc] Acesso em: 29.03.2011.

1 Diz o Manual dos Inquisidores (ver nota seguinte,): "Se o inquisidor, através das testemunhas, percebe que o acusado está completamente consciente de sua culpa; que se traiu através da própria confissão; ou que nega, embora consciente de sua culpa, ou da fonte suspeita, manda prendê-lo e o trancafia em seu próprio cárcere, se o tiver, para que não fuja. Se não dispuser de cárcere privado, mandará prendê-lo no palácio episcopal ou na cadeia civil, se julgar oportuno. Mas é sempre melhor utilizar as prisões de cúria eclesiástica, pois o bispo é o juiz ordinário, e sem ele o inquisidor não poderá condenar, definitivamente, por heresia, nem fazê-lo confessar, ou seja, à tortura" (EYMERICH, 1376/1993, p. 113).

2 *Directorium Inquisitorium*, traduzido como Manual dos Inquisidores, escrito por Nicolau Eymerich em 1376, e revisto e ampliado por Francisco de La Peña em 1578, resultado da codificação das práticas e "justificativas" (teológicas e ideológicas) do controle das doutrinas da Igreja que resultaram na instituição da Inquisição, conforme salienta o professor de ética e teologia da UERJ, Leonardo Boff, em prefácio à edição feita pela Editora Universidade de Brasília (1376/1993, p. 12).

3 Francisco de La Peña - no espelho de Nicolau Eymerich - descreve que o interrogatório do acusado "pode legalmente ultrapassar o teor da acusação" e que "a ordem das perguntas deve ser deixada ao arbítrio de cada inquisidor, que modificará o interrogatório de acordo com cada caso" (EYMERICH, 1376/1993, p. 114).

4 Da ausência de "paridade de armas", transcreve-se trecho sob as origens da função do advogado na matriz inquisitiva: "Se o réu confessar não há necessidade de um advogado para defendê-lo. Se não quiser confessar, receberá ordens para fazê-lo por três vezes. Depois, se continuar negando, o inquisidor lhe atribuirá, automaticamente, um advogado juramentado no seu tribunal. O réu comunicar-se-á com ele na presença do inquisidor. Quanto ao advogado, prestará juramento - embora já seja juramentado - ao inquisidor de defender bem o réu e guardar segredo sobre tudo o que ver e ouvir. O papel do advogado é fazer o réu confessar logo e se arrepender, além de pedir a pena para o crime cometido" (EYMERICH, 1376/1993, p. 139).

5 Eymerich resumia o procedimento inquisitivo da seguinte forma: "Vamos esclarecer logo que (...) o procedimento deve ser sumário, simples, sem complicações e tumultos, nem ostentação de advogados e juizes. Não se pode mostrar os autos de acusação ao acusado nem discuti-los. Não se admitem pedidos de aditamento, nem coisas do gênero" (EYMERICH, 1376/1993, p. 110).

6 Para ilustrar a visão inquisitiva do sigilo, novamente citamos o *Directorium Inquisitorium*: "Na instância inquisitorial, atualmente, não se divulgam mais os nomes das testemunhas e delatores, por razões óbvias, já enumeradas por Eymerich. Com essa prática, a Inquisição enquadrou-se perfeitamente no que foi estabelecido pelos Papas Inocêncio IV (*Cum negotium fidei*) e Urbano IV (*Praecunctis*). Os Concílios de Béziers e Narbona, por sua vez, retomaram essa prática do sigilo, acrescentando a proibição formal de se revelarem as circunstâncias, tanto do depoimento quanto do delito: através das circunstâncias do depoimento, o acusado poderia descobrir, por dedução, a identidade do seu acusador" (EYMERICH, 1376/ 1993, p. 223).

7 Caso haja interesse, ver: MACHIAVELLI, Niccolò. O príncipe: com as notas de Napoleão Bonaparte. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 112.

8 Sobre o processo democrático na criação da norma vide: LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. 7. ed. São Paulo: Forense, 2008. p. 57-64.

9 Povo agora entendido não como súdito, mas sim como povo ativo, legitimante, não ícone e destinatário do Estado, conforme: MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo?: a questão fundamental de democracia. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003.

10 A exemplo, no inc. X do art. 179, dizia-se: "A exceção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar" (BRASIL, 1824).

11 Vide ponto 4.1.1 deste trabalho.

12 "Art. 11. O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelações dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar dentro em três meses um projeto de Código de Processo Civil e Comercial; e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal. § 1.º. O Poder Legislativo deverá, uma vez apresentados esses projetos, discuti-los e votá-los imediatamente. § 2.º. Enquanto não forem decretados esses Códigos, continuarão em vigor, nos respectivos territórios, os dos Estados" (BRASIL, 1934).

13 "Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender."

14 Exceção ocorre, por exemplo, no procedimento do tribunal do júri; ocorrendo também exceção em algumas grandes comarcas, em que existe um juiz que cuida exclusivamente do inquérito, como em Belo Horizonte.

15 Ademais, através do Dec. 678/1992, o Brasil aderiu ao Pacto de São José da Costa Rica - norma que versa sobre direitos humanos aprovava no Congresso Nacional por quórum inferior ao de emenda constitucional, antes da vigência da EC 45/2004, sendo detentora, pois, de status supralegal -, que em seu art. 8.º adota vários elementos do modelo acusatório: Art. 8.º: "1. Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça”.

16 No item II da “Exposição de Motivos” do Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal (que se converteu na PLS 156/2009) se percebe a expressa referência às legislações da Alemanha, Espanha, Itália e Portugal. (SENADO, 2009).

17 “(...) une sorte d’officier de police judiciaire supérieur.”.

18 “La doctrina considera que, como consecuencia, el tribunal corre el riesgo de no examinar ya las actuaciones con ojos neutrales em la fase de juicio.”

19 Apesar de existir a denominação de um “Juiz de Instrução”, como este juiz no modelo português não exerce iniciativa na fase investigativa e apenas fiscaliza a legalidade, a colocação do modelo português é entre os sistemas acusatórios.

20 Em realidade, as polícias se encontram como tendo dois superiores hierárquicos (salvo na Itália): um do executivo - que determinará a carreira do policial; e outro do MP - que determinará o procedimento. Tal situação tem resultado na situação de preferência (como é natural) pela subordinação administrativa, o que aumenta a autonomia da polícia nas investigações (ARPE, 2000, p. 492-498).

21 Professora na Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne) e membro do Institut universitaire de France.

22 “Pero, en el fondo, es el contenido de esta legalidad, em cuyo nombre el Juez protege las libertades, lo que cambia. Ya no nos encontramos solamente frente a una situación estática y binaria en la que el Juez sanciona como ilegal ésta u outra actuación que atenta contra las libertades. Hay una opción teleológica subyacente que es el valor que el Juez protege y espresa em su motivación: la persona humana. Cada vez más, juzgar no és tanto la búsqueda de un equilibrio entre la eficacia de la investigación y la protección de la persona, como la justificación de una excepción a la libertad individual. Lo que funda y legitima la actitud del Juez es esta justificación, como lo há dicho la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito de la prisión provisional francesa: “las autoridades judiciales nacionales deben examinar todas las circunstancias que puedan revelar o excluir la existencia de una verdadera exigencia de interés público que justifique, habida cuenta la presunción de inocencia, una excepción a la regla del respeto a la libertad individual” (CEDH, Letellier c. Francia, de 26 de junio de 1991, § 35).”

23 O Juiz das Garantias, também pode determinar o arquivamento do inquérito, mas apenas quando provocado, como expressamente colocado no inc. XIV do art. 14 do projeto substitutivo apresentado pelo Senado.

24 “Art. 37. Compete ao Ministério Público determinar o arquivamento do inquérito policial, seja por insuficiência de elementos de convicção ou por outras razões de direito, seja, ainda, com fundamento na provável superveniência de prescrição que torne inviável a aplicação da lei penal no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias objetivas e subjetivas que orientarão a fixação da pena.”

25 Art. 14 do projeto substitutivo resultante da tramitação no Senado.

26 Art. 15 do projeto substitutivo resultante da tramitação no Senado.

27 Vide crítica aos parágrafos do art. 16 (15) no ponto 6.1 deste trabalho.

28 Art. 16 do projeto substitutivo resultante da tramitação no Senado.

29 "La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittori, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al larvorio poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli 'primato dell'ipotesi sui fatti': chi indaga ne segue una, tavola a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, nè questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l'ha intavolato, punta sulla 'sua' ipotesi. (...) Nelle cause millanese di peste manufacta, giugno-luglio 1630, vediamo come giudici nient'affatto disonesti, anzi inclini a inconsueto garantismo, fabbrichino delitto e delinquenti: l'inquisito risponde docilmente; l'inquisitore gli scova in teste i fantasmi che vi ha proiettato."

30 Arts. 269 a 275 do projeto substitutivo resultante da tramitação no Senado.

31 Art. 15 do projeto substitutivo resultante da tramitação no Senado.

32 Art. 35 do projeto substitutivo resultante da tramitação no Senado.

33 Ver item 4.2.1 deste trabalho.

34 "La doctrina considera que, como consecuencia, el tribunal corre el riesgo de no examinar ya las actuaciones con ojos neutrales em la fase de juicio."

35 Primeiro parágrafo do clássico "Riqueza das Nações", de Adam Smith.

36 Art. 17 do projeto substitutivo resultante da tramitação no Senado.

37 Comparativamente, o Governo gastou mais de R\$ 22 bilhões na Copa do Mundo de 2014, e o Judiciário brasileiro inteiro gasta por ano pouco mais de R\$ 37 bilhões, assim, caso se gastasse a mesma quantidade de dinheiro que se gastará na Copa com o Judiciário, a cada quatro anos todo o gasto anual do Judiciário poderia ser aumentado pela metade. Fontes: Folha Online e UOL Notícias.

38 "Art. 32. O inquérito policial deve ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, estando o investigado solto. § 1.º Decorrido o prazo previsto no caput deste artigo sem que a investigação tenha sido concluída, os autos do inquérito serão encaminhados ao Ministério Público, com proposta de renovação do prazo e as razões da autoridade policial."