



# Juiz das Garantias.

## Miguel Reale Júnior

Advogado. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).  
Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) de 1977 a 1978.

### Sumário

1. O sistema acusatório e o Projeto
  2. A legislação estrangeira
    - 2.1 Código-modelo para a América Latina
    - 2.2 Código de Processo Penal chileno
    - 2.3 Código de Processo Penal italiano
    - 2.4 Aspectos comuns da legislação referida
  3. Análise do Projeto
- Bibliografia

## 1 O sistema acusatório e o Projeto

No Sistema Inquisitório, prevalece a busca da verdade material a ser alcançada, também, por via da atividade probatória do Magistrado competente para julgar o processo. No Sistema Inquisitório, portanto, compete ao Juiz também investigar, podendo vir a ter a iniciativa da produção de prova em vista do interesse prevalente de atender à pretensão punitiva. O Juiz que “acusa”, na expressão de Geraldo Prado, não preserva a posição de imparcialidade da qual o julgador deve se revestir.

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

Assim, no Sistema Acusatório, a imparcialidade do Juiz é dado essencial que não se resume à

impossibilidade de promover por iniciativa própria a produção de prova acusatória, mas consiste em doar às partes a segurança de não ter o julgador “aderido *a priori* a uma das alternativas de explicação que autor e réu reciprocamente contrapõem durante o processo” (PRADO, 2006, p. 109).

## É já um caminho andado significativo impedir que o Juiz intervenha no processo de produção de provas por iniciativa própria.

Essa exigência de distância psicológica do Magistrado para enfrentar, sem *parti pris*, as dúvidas suscitadas pela contraposição de interesses entre acusação e defesa não é fácil de ser atendida, malgrado constitua um ideal a ser constantemente buscado. Como analisei anteriormente, no processo decisório têm influência fatores diversos, desde a conformação cultural do julgador, sua vivência, suas idiossincrasias, seus estudos e convicções, de modo que muitas vezes antes intui o justo do que forma sua convicção no processo de motivação da sentença.<sup>1</sup> Considero mesmo ser a justificação da sentença não a revelação do “*iter formativo da decisão*”, mas um discurso fundamentador que o julgador realiza *ex post*,<sup>2</sup> para demonstrar as razões de sua convicção, construindo, e não reconstruindo, o caminho racional que o levou àquela decisão.<sup>3</sup>

Mesmo antes da produção da prova, o Juiz assume em seu íntimo, como humanamente é impossível de não o fazer, simpatia ou antipatia diante do fato a ser julgado em suas circunstâncias objetivas e subjetivas, e, por exemplo, na oitiva de testemunhas já toma posição deferindo ou indeferindo perguntas em decisões que refletem sua predisposição.<sup>4</sup>

Se a intervenção do Juiz deve ser a mais equidistante possível para colocar-se acima das partes e dos seus interesses, para vir, no silêncio de sua consciência, a solucionar, sem partir de nenhuma predisposição inicial, as dúvidas que o confronto de pretensões suscita, cumpre, então, impedir que seja contaminado por qualquer ato prévio comprometedor de sua isenção.

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

No entanto, é já um caminho andado significativo impedir que o Juiz intervenha no processo de produção de provas por iniciativa própria, seja em favor da acusação, seja em favor da defesa.<sup>5</sup>

O Projeto de Código de Processo Penal, no capítulo II do Título II do Livro I, cria e estabelece a competência do denominado Juiz das Garantias, responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos

1. Reale Júnior, 2004, p. 226, onde observo que a **motivação** é antes retrospectiva, pois o Juiz chega à conclusão da solução justa muitas vezes por intuição do que entende correto no confronto de interesses entre acusação e defesa, para depois buscar na prova elementos embasadores da solução a que chegara.

2. Rentería Diaz, 2000, p. 70, que lembra em nota de rodapé a observação de Calamandrei no sentido de ser a motivação um exame de consciência sucessivo, realizado pelo Juiz para se persuadir de haver decidido bem.

3. Reale Júnior, 2004, p. 226.

4. Queiroz, 2010, p. 80, observa que a interpretação que, a meu ver, compreende a questão de fato e a questão de direito, varia conforme a ciência ou insciência, a arrogância ou a humildade, a maturidade ou imaturidade de quem interpreta, pois o Juiz-homem, ao julgar, o faz segundo os seus medos, os seus sentimentos, grandeza ou pequenez. Assim, segundo o autor, a interpretação é “uma fotografia da alma do intérprete”.

5. Tal não exclui que o Juiz, diante da insuficiência da atuação do Advogado, declare o réu indefeso.

individuais, cabendo-lhe, além de tomar ciência do inquérito policial, decidir acerca dos pedidos da autoridade policial e do Ministério Público relativos a medidas coercitivas cautelares como prisão temporária e preventiva, busca e apreensão, interceptação telefônica.

Assim dispõe o Capítulo II referido:

#### “DO JUIZ DAS GARANTIAS

Art. 14 – O Juiz das Garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

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

II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555;

III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;

IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal;

V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;

VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;

VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;

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

IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre 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.

Art. 15 – A competência do Juiz das Garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com a propositura da ação penal.

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

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

§ 3º – Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do Juiz das Garantias serão apensados aos autos do processo.

Art. 16 – O Juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748.

Art. 17 – O Juiz das Garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal”.

Relevante é o disposto no art. 16, transcrito acima, impeditivo de o Juiz que tiver praticado qualquer ato constante dos incisos do art. 14 poder vir depois a funcionar no processo. Assim, se um Juiz requisitar informações sobre o andamento do inquérito policial, cujo prazo para sua ulatimação estiver vencido, não poderá ao depois participar do processo a ser eventualmente instaurado. O mesmo, evidentemente, com relação ao Juiz que, por zelar pela integridade do preso, chama o detido à sua presença. Igualmente em face do processo instaurado contra o indiciado cuja prisão preventiva o Juiz decretou ou cujos telefones foram, por sua ordem, interceptados na fase preliminar.

## No Projeto, o Juiz das Garantias limita-se a deferir ou indeferir provas limitativas dos direitos fundamentais.

Por outro lado, as decisões do Juiz das Garantias não vinculam o Juiz do processo, que pode revogar uma prisão preventiva decretada ou decretar uma prisão preventiva não determinada pelo Juiz das Garantias.

Justifica-se a criação da figura do Juiz das Garantias distinta da do Juiz do processo, como forma de o Juiz do processo “não poder se contaminar ou se influenciar ou não estar vinculado com os atos por ele mesmo praticados em fase persecutória anterior” (MORAES, 2010, p. 22). Busca-se o justo processo, alcançável se o Juiz que controla o inquérito e autoriza produção de provas não venha a ser o

Juiz a julgar, para situar-se como um terceiro alheio aos interesses em jogo, “subjetivamente interessado apenas em solucionar a controvérsia em conformidade com a lei” (MAYA, 2011, p. 236).

No entanto, cabe observar, em vista das atribuições constantes do art. 14 do Projeto, que o Juiz das Garantias não exerce qualquer função acusatória, despido mesmo de qualquer iniciativa em matéria probatória, limitando-se a autorizar os pedidos de medidas cautelares solicitadas pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, não sendo, portanto, um Juiz investigador (SILVEIRA, 2009, p. 90). No Projeto, o Juiz das Garantias não tem iniciativa de produção de provas ou qualquer interferência na atuação investigativa da polícia ou do Ministério Público. Limita-se, portanto, a deferir ou indeferir provas limitativas dos direitos fundamentais, como a inviolabilidade do domicílio, ou coerções à liberdade, não atuando de ofício, mas apenas por provocação das partes e da autoridade policial.

Mas, ao ver de parte da Doutrina, mesmo a valoração dos elementos inquisitoriais, que se entende visarem à acusação, compromete a imparcialidade do Juiz do processo, razão pela qual, a seu ver, o recebimento da denúncia deveria ser atribuição do Juiz das Garantias (CASARA, 2010, p. 175 e ss.), e não do Juiz do processo. Seria, sem dúvida, uma coerência na linha da ilusão de se alcançar perfeita imparcialidade e uma decisão justa apenas por via de Magistrado em estado de pureza, não contaminado pelo conhecimento de qualquer dado obtido na fase do inquérito policial.

As figuras do Juiz das Garantias, que instrui, e do Juiz da causa, que julga, derivam da legislação estrangeira, na qual existe uma fase inquisitiva submetida a um Juizado de Instrução, ao contrário do sistema secularmente adotado no Brasil em que há um inquérito policial conduzido pela Polícia Judiciária.

Cumpre, então, examinar quais as atividades desenvolvidas pelo Juiz de Instrução nos regimes

jurídicos que possam ter influenciado o Projeto no sentido da criação do Juiz das Garantias.

## 2 A legislação estrangeira

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

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

Assim, cabe examinar a legislação estrangeira, a começar pela proposta do Código de Processo Penal (CPP) modelo para América Latina, que tanta

influência teve na lei processual do Chile e da Argentina, por exemplo. Posteriormente cumpre examinar a legislação chilena, bem como italiana, na qual o Juiz da investigação preliminar está proibido de participar do procedimento em Juízo.

### 2.1 Código-modelo para a América Latina<sup>6</sup>

Em nota de rodapé, transcrevem-se os principais artigos relativos à disciplina legal do Juiz de Instrução no CPP modelo. Pode-se verificar que o Juiz de Instrução, se não concordar com o pedido de arquivamento, encaminhará, segundo o art. 252, os autos ao Procurador, ao qual cabe designar aquele que irá prosseguir com as investigações.

Ademais, conforme dispõe o art. 266, se não identificado o imputado, o Ministério Público determinará o arquivamento do procedimento, do que pode discordar o Juiz de Instrução “indicando los medios de prueba útiles para continuar la investigación o para individualizar al imputado”.

### 2.2 Código de Processo Penal chileno<sup>7</sup>

O Juiz das Garantias no Processo Penal chileno tem uma atividade instrutória em face da solicita-

#### 6. Código de Processo Penal modelo para a América Latina:

“Art. 250 – Objeto de la investigación.

En procura de la verdad (art. 232), el ministerio público deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal, y los partícipes en él, procurando su identificación y el conocimiento de las circunstancias personales que sirvan para valorar su responsabilidad o influyan en su punibilidad, verificando también el daño causado por el delito, aun cuando no se haya ejercido la acción civil.

#### Art. 251 – Desestimación.

El ministerio público solicitará al juez de la instrucción, por requerimiento fundado, el archivo de la denuncia, la querrela o la prevención policial, cuando sea manifiesto que el hecho no constituye un delito o cuando no se pueda proceder.

#### Art. 252 – Efectos.

La resolución que ordena el archivo no podrá ser modificada mientras no varíen las circunstancias conocidas que la fundan o se mantenga el obstáculo que impide la persecución, sin perjuicio de las facultades que el art. 230, párr. 11 otorga al ministerio público. El juez, al ordenar el archivo, remitirá las actuaciones nuevamente al ministerio público. Si el juez no estuviere de acuerdo con el pedido de archivo, por resolución fundada, remitirá las actuaciones al superior jerárquico del ministerio público que corresponda, según la ley orgánica, quien determinará el funcionario que proseguirá la investigación. →

→ (...)

#### Art. 266 – Archivo.

Cuando no se haya individualizado al imputado o cuando se haya declarado su rebeldía, el ministerio público dispondrá por escrito el archivo de las actuaciones, sin perjuicio de la prosecución del procedimiento para los demás imputados que en este caso, notificará a los demás intervinientes la disposición, quienes podrán objetarla ante el juez de la instrucción, indicando los medios de prueba practicables o individualizando al imputado. El juez de la instrucción podrá revocar la decisión, indicando los medios de prueba útiles para continuar la investigación o para individualizar al imputado”.

#### 7. Código de Processo Penal chileno:

“Artículo 69 – Denominaciones.

Salvo que se disponga expresamente lo contrario, cada vez que en este Código se hiciera referencia al juez, se entenderá que se alude al juez de garantía; si la referencia fuere al tribunal de juicio oral en lo penal, deberá entenderse hecha al tribunal colegiado encargado de conocer el juicio mencionado.

#### Artículo 70 – Juez de garantía competente.

El juez de garantía llamado por la ley a conocer las gestiones a que de lugar el respectivo procedimiento se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitare el ministerio público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución. →

ção de arquivamento feita pelo Ministério Público, pois poderá “acogerla, sustituirla, decretar un sobreseimiento distinto del requerido o rechazarla, si no la considerare procedente”. Se o superior hierárquico do Ministério Público não oferecer a ação penal, o Juiz de Instrução pode outorgar à vítima o papel de acusador, mesmo porque exercerá esta função nos exatos termos atribuídos ao Ministério Público, conforme edita o art. 258, cuja

→ (...)

**Artículo 256 – Facultades del juez respecto del sobreseimiento.**

El juez de garantía, al término de la audiencia a que se refiere el artículo 249, se pronunciará sobre la solicitud de sobreseimiento planteada por el fiscal. Podrá acogerla, sustituirla, decretar un sobreseimiento distinto del requerido o rechazarla, si no la considerare procedente. En este último caso, dejará a salvo las atribuciones del ministerio público contempladas en las letras b) y c) del artículo 248.

(...)

**Artículo 258 – Forzamiento de la acusación.**

Si el querellante particular se opusiere a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, el juez dispondrá que los antecedentes sean remitidos al fiscal regional, a objeto que éste revise la decisión del fiscal a cargo de la causa. Si el fiscal regional, dentro de los tres días siguientes, decidiere que el ministerio público formulará acusación, dispondrá simultáneamente si el caso habrá de continuar a cargo del fiscal que hasta el momento lo hubiere conducido, o si designará uno distinto. En dicho evento, la acusación del ministerio público deberá ser formulada dentro de los diez días siguientes, de conformidad a las reglas generales. Por el contrario, si el fiscal regional, dentro del plazo de tres días de recibidos los antecedentes, ratificare la decisión del fiscal a cargo del caso, el juez podrá disponer que la acusación correspondiente sea formulada por el querellante, quien la habrá de sostener en lo sucesivo en los mismos términos que este Código lo establece para el ministerio público, o bien procederá a decretar el sobreseimiento correspondiente. En caso de que el fiscal hubiere comunicado la decisión a que se refiere la letra c) del artículo 248, el querellante podrá solicitar al juez que lo faculte para ejercer los derechos a que se refiere el inciso anterior.

(...)

**Artículo 266 – Oralidad e inmediatez.**

La audiencia de preparación del juicio oral será dirigida por el juez de garantía, quien la presenciará en su integridad, se desarrollará oralmente y durante su realización no se admitirá la presentación de escritos.

**Artículo 267 – Resumen de las presentaciones de los intervinientes.**

Al inicio de la audiencia, el juez de garantía hará una exposición sintética de las presentaciones que hubieren realizado los intervinientes.

(...)

**Artículo 272 – Debate acerca de las pruebas ofrecidas por las partes.**

Durante la audiencia de preparación del juicio oral cada parte podrá formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás, para los fines previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 276.

(...)

**Artículo 275 – Convenciones probatorias.**

Durante la audiencia, el fiscal, el querellante, si lo hubiere, y el →

rubrica lateral é exatamente “Forzamiento de la acusación”.

Além do mais, o Juiz de Instrução realiza uma audiência na qual se pede que determinados fatos sejam dados por certos, podendo nesta matéria o Juiz formular proposições a respeito. Ao fim da audiência, o Juiz de Garantias fixará o objeto do processo, as provas a serem produzidas em Juízo, os fatos a serem já tidos como compro-

→ imputado podrán solicitar en conjunto al juez de garantía que de por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio oral. El juez de garantía podrá formular proposiciones a los intervinientes sobre la materia. Si la solicitud no mereciere reparos, por conformarse a las alegaciones que hubieren hecho los intervinientes, el juez de garantía indicará en el auto de apertura del juicio oral los hechos que se dieren por acreditados, a los cuales deberá estarse durante el juicio oral.

**Artículo 276 – Exclusión de pruebas para el juicio oral.**

El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios. Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos deseare acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal. Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral.

**Artículo 277 – Auto de apertura del juicio oral.**

Al término de la audiencia, el juez de garantía dictará el auto de apertura del juicio oral. Esta resolución deberá indicar:

- a) El tribunal competente para conocer el juicio oral;
- b) La o las acusaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones formales que se hubieren realizado en ellas;
- c) La demanda civil;
- d) Los hechos que se dieren por acreditados, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 275;
- e) Las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral, de acuerdo a lo previsto en el artículo anterior, y
- f) La individualización de quienes debieren ser citados a la audiencia del juicio oral, con mención de los testigos a los que debiere pagarse anticipadamente sus gastos de traslado y habitación y los montos respectivos.

**Artículo 278 – Nuevo plazo para presentar prueba.**

Quando, al término de la audiencia, el juez de garantía comprobare que el acusado no hubiere ofrecido oportunamente prueba por causas que no le fueren imputables, podrá suspender la audiencia hasta por un plazo de diez días”.

vados, bem como o Juiz competente para julgar o processo.

## 2.3 Código de Processo Penal italiano<sup>8</sup>

O CPP de 1988 prevê o denominado *Giudice delle indagini preliminari*. O Juiz de Instrução, ou Juiz das Investigações Preliminares, possui igualmente poderes de interferência efetiva no desenvolvimento da colheita de prova e mesmo na determinação de oferta da ação penal.

Assim, pode-se verificar que, de acordo com o disposto no art. 409, o Juiz, ao não acolher o pedido de arquivamento feito pelo Ministério Público, pode determinar a realização de diligências ou, se entender estas desnecessárias, ordenar que seja formulada a ação penal.

Na hipótese de o delito ser, segundo o Ministério Público, de autoria desconhecida, o Juiz pode rejeitar o pedido de arquivamento se convencido de que é autor do fato determinada pessoa, cujo nome requer que seja inscrito como autor do cri-

me, conforme dita o art. 415. Na audiência preliminar, realiza-se debate entre as partes e, no final, se o Juiz entender ser impossível decidir no estado do processo, lhe é autorizado, pelo art. 421 *bis*, determinar a realização de provas e, conforme edita o art. 422 acerca da atividade probatória do Magistrado, pode este também “disporre, anche d’ufficio, l’assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere”.

## 2.4 Aspectos comuns da legislação referida

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

### 8. Código de Processo Penal italiano:

#### “Inizio dell’azione penale. Forme e termini.

1. Il pubblico ministero, quando non deve richiedere l’archiviazione, esercita l’azione penale, formulando l’imputazione, nei casi previsti nei titoli II, III, IV e V del libro VI ovvero con richiesta di rinvio a giudizio.

#### Art. 408. Richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato.

1. Entro i termini previsti dagli articoli precedenti, il pubblico ministero, se la notizia di reato è infondata, presenta al giudice richiesta di archiviazione. Con la richiesta è trasmesso il fascicolo contenente la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini espletate e i verbali degli atti compiuti davanti al giudice per le indagini preliminari.

2. L’avviso della richiesta è notificato, a cura del pubblico ministero, alla persona offesa che, nella notizia di reato o successivamente alla sua presentazione, abbia dichiarato di volere essere informata circa l’eventuale archiviazione.

3. Nell’avviso è precisato che, nel termine di dieci giorni, la persona offesa può prendere visione degli atti e presentare opposizione con richiesta motivata di prosecuzione delle indagini preliminari.

#### Art. 409. Provvedimenti del giudice sulla richiesta di archiviazione.

1. Fuori dei casi in cui sia stata presentata l’opposizione prevista dall’articolo 410, il giudice, se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato e restituisce gli atti al pubblico ministero. Il provvedimento che dispone l’archiviazione è notificato alla persona sottoposta alle indagini se nel corso del procedimento è stata applicata nei suoi confronti la misura della custodia cautelare.

2. Se non accoglie la richiesta, il giudice fissa la data dell’udienza in camera di consiglio e ne fa dare avviso al pubblico ministero, alla →

→ persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa dal reato. Il procedimento si svolge nelle forme previste dall’articolo 127. Fino al giorno dell’udienza gli atti restano depositati in cancelleria con facoltà del difensore di estrarne copia.

3. Della fissazione dell’udienza il giudice dà inoltre comunicazione al procuratore generale presso la corte di appello.

4. A seguito dell’udienza, il giudice, se ritiene necessarie ulteriori indagini, le indica con ordinanza al pubblico ministero, fissando il termine indispensabile per il compimento di esse.

5. Fuori del caso previsto dal comma 4, il giudice, quando non accoglie la richiesta di archiviazione, dispone con ordinanza che, entro dieci giorni, il pubblico ministero formuli l’imputazione. Entro due giorni dalla formulazione dell’imputazione, il giudice fissa con decreto l’udienza preliminare. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 418 e 419.

6. L’ordinanza di archiviazione è ricorribile per cassazione solo nei casi di nullità previsti dall’articolo 127, comma 5.

(...)

#### Art. 415. Reato commesso da persone ignote.

1. Quando è ignoto l’autore del reato il pubblico ministero, entro sei mesi dalla data della registrazione della notizia di reato, presenta al giudice richiesta di archiviazione ovvero di autorizzazione a proseguire le indagini.

2. Quando accoglie la richiesta di archiviazione ovvero di autorizzazione a proseguire le indagini, il giudice pronuncia decreto motivato e restituisce gli atti al pubblico ministero. Se ritiene che il reato sia da attribuire a persona già individuata ordina che il nome di questa sia iscritto nel registro delle notizie di reato. →

Assim, muito distantes são os sistemas que adotam o Juizado de Instrução, em que há um Juiz para as investigações preliminares dotado de atribuições de busca da prova e até de imposição de proposição da própria ação penal, do sistema do nosso ordenamento, em que, se o Juiz hoje, durante o processo, no curso da instrução (art. 156, inciso II), pode determinar de ofício a realização de prova, todavia, não tem qualquer iniciativa no decorrer do inquérito policial, a não ser atender motivadamente pedidos de medidas cautelares solicitadas pela autoridade policial e pelo Ministério Público. No Projeto, ademais, o poder de, durante a instrução, vir o Juiz a determinar, de ofício, a realização de provas para espancar dúvidas que o assolem deixa de existir, o que garante ainda mais o seu descomprometimento.

Por outro lado, hoje, na hipótese de pedido de arquivamento, é possível ao Juiz do Processo rejeitar o pedido, mas a propositura ou não de denúncia, neste caso, ficará ao alvitre do Procurador-Geral do Ministério Público, cujo parecer final pelo arquivamento prevalece sobre a opinião do Magistrado. Pelo Projeto, o pedido de arquivamento

→ **Art. 421. Discussione.**

1. Conclusi gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti, il giudice dichiara aperta la discussione.
2. Il pubblico ministero espone sinteticamente i risultati delle indagini preliminari e gli elementi di prova che giustificano la richiesta di rinvio a giudizio. L'imputato può rendere dichiarazioni spontanee e chiedere di essere sottoposto all'interrogatorio, per il quale si applicano le disposizioni degli articoli 64 e 65. Su richiesta di parte, il giudice dispone che l'interrogatorio sia reso nelle forme previste dagli articoli 498 e 499. Prendono poi la parola, nell'ordine, i difensori della parte civile, del responsabile civile, della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e dell'imputato che espongono le loro difese. Il pubblico ministero e i difensori possono replicare una sola volta.
3. Il pubblico ministero e i difensori formulano e illustrano le rispettive conclusioni utilizzando gli atti contenuti nel fascicolo trasmesso a norma dell'articolo 416, comma 2 nonché gli atti e i documenti ammessi dal giudice prima dell'inizio della discussione.
4. Se il giudice ritiene di poter decidere allo stato degli atti, dichiara chiusa la discussione.

**Art. 421-bis. Ordinanza per l'integrazione delle indagini.**

1. Quando non provvede a norma del comma 4 dell'articolo 421, il giudice, se le indagini preliminari sono incomplete, indica le ulteriori indagini, fissando il termine per il loro compimento e la data della nuova udienza preliminare. Del provvedimento è →

é apresentado ao Juiz das Garantias, que poderá igualmente rejeitá-lo, ficando também sujeita a propositura de ação penal ao crivo do Procurador-Geral do Ministério Público.

Não há no processo penal brasileiro audiência preliminar, com debates e discussão relativa às provas a serem admitidas e muito menos a fixação pelo Magistrado dos fatos a serem tomados como certos. Dessa forma, as atribuições do Juiz de Instrução na legislação estrangeira, bem como no CPP modelo, são mais amplas e interferem na proposição e na produção da prova de forma a comprometer a convicção do Juiz, retirando-lhe as condições necessárias para preservar a imparcialidade, pois assume posições e forma opinião antecipada ao avaliar a prova existente, sugerir novas provas e impor a constituição da ação penal.

### 3 Análise do Projeto

A intenção dos autores do Anteprojeto ao criarem a figura do Juiz das Garantias é evidentemente a de isolar a prova efetuada na fase inquisitiva

→ data comunicazione al procuratore generale presso la corte d'appello.

2. Il procuratore generale presso la corte d'appello può disporre con decreto motivato l'avocazione delle indagini a seguito della comunicazione prevista dal comma 1. Si applica, in quanto compatibile, la disposizione dell'articolo 412, comma 1.

**Art. 422. Attività di integrazione probatoria del giudice.**

1. Quando non provvede a norma del comma 4 dell'articolo 421, ovvero a norma dell'articolo 421-bis, il giudice può disporre, anche d'ufficio, l'assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere.
2. Il giudice, se non è possibile procedere immediatamente all'assunzione delle prove, fissa la data della nuova udienza e dispone la citazione dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici e delle persone indicate nell'articolo 210 di cui siano stati ammessi l'audizione o l'interrogatorio.
3. L'audizione e l'interrogatorio delle persone indicate nel comma 2 sono condotti dal giudice. Il pubblico ministero e i difensori possono porre domande, a mezzo del giudice, nell'ordine previsto dall'articolo 421, comma 2. Successivamente, il pubblico ministero e i difensori formulano e illustrano le rispettive conclusioni.
4. In ogni caso l'imputato può chiedere di essere sottoposto all'interrogatorio, per il quale si applicano le disposizioni degli articoli 64 e 65. Su richiesta di parte, il giudice dispone che l'interrogatorio sia reso nelle forme previste dagli articoli 498 e 499°.

do Juiz que irá proferir a sentença final, tanto que dispõe também dever a decisão ser proferida levando-se em conta apenas as provas coligidas na fase instrutória, com desprezo às decorrentes do inquérito, salvo as irrepetíveis e antecipadas. Assim, no art. 168, estabelece-se:

“O Juiz formará livremente seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas”.

## É engano imaginar ser destino do inquérito policial promover a colheita de provas acusatórias.

Sucedendo, contudo, que cessa a competência do Juiz das Garantias com a propositura da ação penal (art. 15), cabendo, portanto, ao Juiz do Processo receber ou rejeitar a denúncia, bem como decretar a absolvição sumária,<sup>9</sup> reconhecendo *de plano* a ausência de justa causa, seja pela presença de uma causa excludente de criminalidade, seja diante da atipicidade do fato. Este exame só poderá, por óbvio, ser feito com base na prova colhida na fase inquisitiva, o que denota uma insuperável contradição do Projeto.

E as decisões tomadas pelo Juiz das Garantias, como, por exemplo, o indeferimento de busca e apreensão e de prisão preventiva, não vinculam o Juiz do processo (art. 15, § 2º) que poderá vir a decidir pleito de realização de tais providências solicitadas pelo Ministério Público tão logo ofertada

9. “Art. 275 – Desde logo caberá absolvição sumária quando o Juiz, prescindindo da fase de instrução, verificar:

I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade, salvo quando cabível a imposição de medida de segurança;

III – a manifesta atipicidade do fato, nos termos e nos limites em que narrado na denúncia”.

a Denúncia, para determinar a Prisão Preventiva, por exemplo, com base nas provas existentes no inquérito policial. E depois irá proferir a sentença final?!!!

É engano imaginar ser destino do inquérito policial promover a colheita de provas acusatórias, pois diversas vezes a prova da fase inquisitiva é importante para a defesa do indiciado, a ponto de permitir o arquivamento, a rejeição da denúncia e mesmo a absolvição final. Assim, melhor é o que estabelece atualmente o CPP modificado pela Lei nº 11.690/1988, graças à qual passou a ter a seguinte redação o art. 155:

“O Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Assim, dá-se preferência à prova coligida sob a égide do contraditório, ao se proibir a decisão fundada exclusivamente na prova decorrente do inquérito policial, mas sem se excluir a possibilidade de valer-se a decisão, em conjunto com a prova da instrução, daquela advinda do inquérito. É essa orientação mais compatível com o sistema adotado pelo Projeto, em que o Juiz poderá rejeitar a denúncia, absolver sumariamente com fulcro na prova colhida na fase inquisitiva, como também deferir ou indeferir pedido de prisão preventiva.

O Projeto parte da suspeita de que o Juiz, ao conceder medidas cautelares, estará, por isso, comprometido com o seu ato de autorizar ou não autorizar escuta telefônica ou uma busca e apreensão. Com maior ênfase, surge a desconfiança de suspeita de um veredicto condenatório futuro em face da decretação da prisão preventiva a ser devidamente fundamentada com base no reconhecimento de indícios de autoria e de materialidade do crime. Não entendo, todavia, que o Juiz se vincule às suas decisões, precárias quanto ao exame da prova, de forma a estar comprometido com o

que decidiu a ponto de se tornar **parcial**. Se assim for, o Juiz que concede o pedido de interceptação telefônica estará predisposto a condenar independentemente do conteúdo das conversas que virão a ser captadas; e o que negou o pedido de interceptação tendente a rejeitar a denúncia ou absolver no processo a ser instaurado.

Como já anteriormente acentuado, bem diversa é a posição do Juiz no processo penal brasileiro, mesmo porque no Projeto a interferência judicial na produção da prova passa a ser nenhuma, visto que com razão elimina-se a possibilidade de o Juiz de ofício determinar a realização de provas. O Juiz no processo penal brasileiro, ao contrário do Juiz de Instrução de outras legislações, é passivo, age por iniciativa das partes.

Mas, se é verdade que Juízes, especialmente de varas especializadas federais, passaram a realizar um ativismo judicial, mais justiceiros sociais do que Juízes, nem por isso se deve concluir que todo Juiz, por ter decretado a prisão preventiva, estará “suspeito” de parcialidade, pois tentado a dar razão a si mesmo para condenar aquele cuja custódia cautelar decretara.

E como se explicar que é o Juiz do Processo, e não o Juiz das Garantias, uma vez proposta a ação penal, o competente para decretar a prisão preventiva solicitada pelo Ministério Público ao oferecer a denúncia, e que depois venha ele a decidir a causa, mas agora sem a “suspeita” de parcialidade, por ser o Juiz do Processo, e não o Juiz das Garantias?!!!

De outra parte, é de se temer, sim, que em comarcas médias e pequenas, com dois ou mais Juízes, o Juiz de Garantias venha, pelo contato único e contínuo com a polícia e com o Ministério Público, a criar liames de convivência que o conduzam a atender mais facilmente os pedidos de prisão temporária, por exemplo. E decretada a medida cautelar, o prejuízo ao indiciado já se fez por sofrer de forma intensa o peso do aparato estatal.

Essas incongruências estão fundadas na presunção de que o Juiz que despacha qualquer ato durante o inquérito estará “viciado” em prol da acusação, devendo-se, para se manter a imparcialidade do julgador, retirar, por exemplo, do Juiz que prorroga o prazo do inquérito, a competência para decidir a causa. Trata-se de uma presunção exagerada em busca de um Juiz imaculado, que, sem qualquer mancha a lhe comprometer a mais perfeita imparcialidade, desça de sua elevada e distante posição frente à realidade para ditar sua sentença. É uma idealização tão louvável como irrealística.

A imparcialidade, essencial ao sistema acusatório, não se alcança com a exclusão de competência para julgar a causa ao Juiz que oficiou durante a fase inquisitiva, mas sim pelo aprendizado a que se deve submeter o Magistrado no sentido de desbastar, na medida do possível, seus preconceitos para poder decidir com equidistância frente ao conflito entre acusação e defesa, sendo certo que esses preconceitos são, em geral, adquiridos ao longo da vida e no decorrer de sua formação. Este é um aprendizado a ser ministrado nas escolas de magistratura: deve o Juiz buscar o silêncio da própria consciência para se colocar distante de predisposições que comprometam sua imparcialidade.

Por outro lado, há uma realidade absolutamente incontornável. Pode-se, no site do Conselho Nacional de Justiça, na página referente à Justiça em Números, verificar que, em 2009, havia, na Justiça Estadual, em todo o país, 8.617 Juízes, concentrada metade deles nos Estados de São Paulo, Minas, Bahia, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro. Assim, há, nos 22 Estados restantes, cerca de 4.000 Juízes. Sete Estados têm entre 100 e 200 Juízes, em cinco Estados, menos de 100 Juízes. Como, então, pensar-se, em um país com este quadro de Magistrados, na exigência de um Juiz das Garantias competente para despachar atos do inquérito diferente do Juiz do Processo? Mais de 50% das comarcas têm apenas um Juiz, enquanto

um número grande de comarcas possui dois Juizes, sendo que a saída em férias ou doença de um emperrará o processo, pois o que autorizou uma busca e apreensão não poderá receber ou rejeitar a denúncia. A proposta de que, na falta de Juiz na comarca, deve-se ir à comarca vizinha é, sem dúvida, muito distante da realidade.

Assim, como conclusão, cumpre destacar que é de se elogiar no Projeto não ter o Juiz qualquer iniciativa probatória. Das competências previstas pelo Projeto como próprias do Juiz das Garantias, uma delas há de se impor ao Juiz, qual seja a de determinar a presença do indiciado preso à sua frente, em 48 horas da data da prisão ou sempre que houver solicitação do mesmo ou de seu procurador, para ouvi-lo de imediato, visando à proteção de sua in-

columidade e para contato com a outra parte, com o outro lado da verdade, ainda nesta fase inquisitiva. Já esta medida não será de fácil realização diante da resistência indevida dos Magistrados de cumprirem os deveres de tutela da integridade do preso, em qualquer fase do processo, mas este é um encargo importante de controle das condições de aprisionamento e da situação do preso.

Se é certo que a lei não muda a realidade, por outro lado, a lei não deve apenas reproduzir a realidade, mas ser propositiva. A lei muitas vezes deve ser ponto de partida, não um ponto de chegada, porém, há de se ter razoabilidade, para que a proposta, ao fugir imensamente da realidade, não venha a causar danos irreparáveis à administração da Justiça. ■

## Bibliografia

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

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

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “Juiz das Garantias”. *Boletim IBCCrim*, a. 18, ago. 2010. Edição Especial.

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

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal, parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. Razão e subjetividade no Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Penais*, n. 00, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

RENTERÍA DIAZ, Adrián. *Il labirinto della giustizia, giudice, discrezionalità, responsabilità*. Milão: Franco Angeli, 2000.

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