



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JOSÉ ADRIANO GANDARELA PEREIRA

**JUIZ DAS GARANTIAS E A CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA
ACUSATÓRIO: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO PROJETO DE
LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO.**

Salvador

2017

JOSÉ ADRIANO GANDARELA PEREIRA

**JUIZ DAS GARANTIAS E A CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA
ACUSATÓRIO: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO PROJETO DE
LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito,
Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia,
como requisito para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Me. Misael Neto Bispo da França.

Salvador

2017

JOSÉ ADRIANO GANDARELA PEREIRA

**JUIZ DAS GARANTIAS E A CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA
ACUSATÓRIO: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO PROJETO DE
LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Programa Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado pela Banca Examinadora em 04 de setembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Misael Neto Bispo da França – Orientador _____

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil.

Alessandra Rapassi Macarenhas Prado _____

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP, Brasil.

Thaize de Carvalho Correia _____

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil.

AGRADECIMENTOS

A gratidão é uma das qualidades que mais admiro no ser humano. Nas superações das dificuldades sempre necessitamos das pessoas e agradeço a todos que nesta caminhada contribuíram de alguma forma para fechar mais um ciclo importante na minha vida.

A Deus, por sua presença constante e por me oportunizar esta experiência nesta existência.

À minha esposa, Rita! Sem o seu apoio eu não estaria aqui redigindo estes agradecimentos! Sou eternamente grato por tudo! Beijos, meu amor!

Aos meus pais Carmen e Laerte, que sempre me apoiaram incondicionalmente e torceram por isto. Mãe, obrigado pelas suas orações! Pai, obrigado pelos conselhos! Ter vocês presentes e com saúde é um privilégio!

Aos meus amados filhos Nanda e João, pelos constantes ensinamentos de que podemos ser felizes com coisas bem simples!

Aos meus irmãos Alexandre, Eduardo, Laerte e Soraia, que apoiaram a minha decisão de mudança de carreira para Direito, após 20 anos de dedicação profissional na Engenharia Civil, retribuindo à sociedade o que me foi ensinado pela UFBA. Agora é a hora de retribuir em uma nova área e com o fôlego renovado! Alexandre, obrigado por me encorajar!

Aos meus amigos Eduardo Guterman, Lorenzo Marimpietri, Pierlorenzo Marimpietri e Wilma Doroteia que também incentivaram e apoiaram esta mudança que vinha planejando e estruturando desde 2006. Agradeço também aos meus amigos que atualmente não se encontram neste plano físico, mas que sempre me ajudaram e me intuíram, e influenciam em nossas vidas mais intensamente que possamos imaginar...

Ao meu Orientador Misael Neto Bispo da França, pela sua dedicação e orientação! Sempre acessível para ajudar! Obrigado pela confiança, pelos livros emprestados e pelas discussões sobre o tema, sempre me motivando a questionar novamente as minhas convicções!

A todos os professores por oportunizarem uma contínua integração da Universidade à sociedade, aproximando o ensino e a pesquisa à realidade prática dos problemas sociais, característica que mais me encanta na UFBA. Agradeço particularmente aos membros da Congregação da Faculdade em 2014, que me deram um voto de confiança em um momento decisivo para continuar no curso: Antônio Sá da Silva, Francisco Bertino Bezerra de Carvalho, Fernando Santana Rocha, João Glicério de Oliveira Filho, Jonhson Meira Santos, Júlio Cesar de Sá da Rocha, Wálber Araújo Carneiro, e especialmente Kaline Ferreira Davi. Após três anos de interrupção do curso de Direito que tanto amo, em função de constantes viagens profissionais como Engenheiro entre 2011 e 2013, pude retornar à casa que já tinha me formado em 1995 como Engenheiro, e continuar com o meu sonho do Direito! Obrigado aos colegas pelo compartilhamento de experiências e aos funcionários pela cordialidade.

Aos meus colegas de trabalho e amigos desta nova caminhada, da 2ª Vara de Execuções Penais desta capital, pela compreensão e flexibilização na compensação de horas, que possibilitaram a minha presença nas aulas. Agradeço a colega Clara Santos, por sua contribuição tanto na formatação como nas discussões do tema desta monografia.

RESUMO

A atual monografia objetiva analisar o novo instituto do juiz das garantias, proposto pelo Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal Brasileiro, e se a sua implantação é realmente necessária para consolidar o sistema processual penal acusatório pátrio. Conforme a Exposição de Motivos do Projeto de Lei, em função da contradição existente entre a opção constitucional por um sistema acusatório e uma lei infraconstitucional vigente com fortes elementos inquisitoriais, o juiz das garantias será criado como um órgão primordial para consolidar a implementação de um sistema acusatório no Brasil. Este irá atuar durante a fase de investigação criminal, como garantidor dos direitos fundamentais do investigado, e será impedido de ser o juiz da fase processual. O objetivo disto é que o juiz do processo não forme conceitos prévios, contaminados pelos elementos de convicção produzidos pela acusação, durante a investigação preliminar. Desta forma, será ampliada a eficácia da garantia constitucional da imparcialidade do órgão jurisdicional na fase processual. Como se vive um singular contexto histórico nacional, de uma conjuntura de atual expansão punitiva, e a tramitação deste projeto de lei se encontra em uma fase avançada de discussões na Câmara dos Deputados, esta proposta do juiz das garantias provoca diversas expectativas e divide opiniões no meio jurídico e legislativo. Em função desta realidade, o juiz das garantias corre sérios riscos de ser eliminado do mencionado projeto de lei. Diante de tudo que foi exposto, este tema merece ser investigado e para este mister a atual monografia foi dividida da seguinte maneira: no segundo capítulo será conceituado, descrito e delimitado o referencial teórico a ser utilizado para esta análise; no terceiro capítulo será conceituado/descrito o sistema processual penal acusatório e identificado/descrito o seu elemento do núcleo fundante e demais características; no quarto capítulo será conceituada a imparcialidade do órgão jurisdicional e demonstrada sua importância tanto para o sistema acusatório como para a legitimação da criação do juiz das garantias; no quinto e último capítulo serão: analisadas as justificativas da exposição de motivos do anteprojeto de lei do Novo Código de Processo Penal Brasileiro para a instituição do juiz das garantias; descritas as atribuições do juiz das garantias, diferenciando-as do juiz de instrução; identificadas e analisadas criticamente as contradições do projeto de lei quanto aos objetivos propostos para a implantação do juiz das garantias e oferecidas sugestões de adequações para correção destas contradições; e por fim, analisadas a pertinência ou não das críticas mais usuais dos antagonistas do juiz das garantias.

PALAVRAS CHAVES: Processo Penal; Sistema Acusatório; Imparcialidade; Juiz das Garantias; Projetos de Lei 156/2009 e 8045/2010; Novo Código de Processo Penal Brasileiro.

ABSTRACT

The present monograph aims to analyze the new institute of the guarantee court, proposed by the Draft Law of the New Code of Brazilian Criminal Procedure, and whether its implementation is really necessary to consolidate the accusatory Brazilian criminal procedural system. According to the Explanatory Memorandum to the Draft Law, due to the contradiction between the constitutional option by an accusatory system and an existing infraconstitutional law with strong inquisitorial elements, the guarantees court will be created as a primary body to consolidate the implementation of a system Accusatory in Brazil. This will act during the criminal investigation phase, as guarantor of the fundamental rights of the investigated, and will be prevented from being the judge of the procedural phase. The purpose of this is that the trial judge does not form prior concepts, contaminated by the elements of conviction produced by the prosecution, during the preliminary investigation. This will increase the effectiveness of the constitutional guarantee of the impartiality of the court during the procedural stage. As we live in a singular national historical context, in a context of current punitive expansion, and the process of this bill is at an advanced stage of discussions in the Chamber of Deputies, this proposal of the judge of the guarantees provokes diverse expectations and divides opinions in the Legal and legislative environment. Due to this reality, the guarantor judge is in serious danger of being eliminated from the aforementioned bill. In view of all that has been exposed, this subject deserves to be investigated and for this reason the current monograph has been divided as follows: in the second chapter will be conceptualized, described and delimited the theoretical reference to be used for this analysis; In the third chapter will be conceptualized / described the accusatory criminal procedural system and identified / described its element of the founding nucleus and other characteristics; In the fourth chapter, the impartiality of the court and the importance of both the accusatory system and the legitimacy of the creation of the court of guarantees; In the fifth and last chapter will be analyzed the justifications of the explanatory statement of the draft law of the New Code of Brazilian Criminal Procedure for the institution of the judge of the guarantees; Distinguishing them from the examining magistrate; Critically identified and analyzed the contradictions of the bill regarding the proposed objectives for the implementation of the judge of the guarantees and offered suggestions of adequations to correct these contradictions; And finally, the relevance or not of the most usual criticisms of the warrantors' antagonists.

KEYWORDS: Penal Process; Accusatory System; Impartiality; Judge Of Guarantees; Law's Projects 156/2009 And 8045/2010; New Brazilian Criminal Procedure Code.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. REFERENCIAL TEÓRICO	11
2.1 A TEORIA DO GARANTISMO PENAL DE FERRAJOLI	11
2.2 OS DIVERSOS MINIMALISMOS PENAIIS: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA	17
3. SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO	22
3.1. BREVE HISTÓRICO	22
3.2 O ELEMENTO DO NÚCLEO FUNDANTE E DEMAIS CARACTERÍSTICAS	25
4. A IMPARCIALIDADE DO JUIZ DO PROCESSO COMO PRINCIPAL BASE LEGITIMADORA PARA A CRIAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS	32
4.1 A IMPARCIALIDADE DO JUIZ: CONCEITO E MECANISMOS DE PROTEÇÃO.....	32
4.2 AVANÇOS JURISPRUDENCIAIS PARA A GARANTIA DA IMPARCIALIDADE....	35
4.3 A CONTRIBUIÇÃO DAS DECISÕES DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS.....	38
4.4 HIPÓTESES DE CONTAMINAÇÃO SUBJETIVA DO JUIZ	43
4.5 A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA	48
5. JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DE LEI DO NOVO CPP BRASILEIRO... 51	51
5.1 EXPOSIÇÃO DOS MOTIVOS DO ANTEPROJETO DE LEI 156/2009	51
5.2 A FUNÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PLS 8045/2010	57
5.3 CONTRADIÇÕES DO PROJETO DE LEI 8045/2010	63
5.4 CRÍTICAS FALACIOSAS À INSTITUIÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS.	70
6. CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar o novo instituto do Juiz das Garantias e, se as consequências de sua implantação, irão realmente interferir de maneira decisiva na consolidação do sistema processual penal acusatório pátrio. O Juiz das Garantias foi proposto pelo Projeto de Lei 156/2009 que, posteriormente, foi renumerado para 8045/2010, assim, este número será aqui usado como referência ao Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal Brasileiro, o qual tramita atualmente na Câmara dos Deputados.

O juiz das garantias está descrito no Capítulo II, do Livro I, entre os artigos 14 e 17, e será o responsável pelo controle da legalidade das investigações preliminares, para fins de tutelar as garantias fundamentais do investigado nesta fase pré-processual, que possui fortes características inquisitoriais, além de ser competente para decidir cautelarmente a respeito das medidas de restrição dos direitos fundamentais do acusado, na fase anterior ao oferecimento da denúncia.

O atual Código de Processo Penal Brasileiro, apesar de ter sofrido diversas reformas após a sua promulgação em 1941, ano de um período facista, continua a ter fortes elementos característicos de um Sistema Inquisitório, e este não se coaduna com a Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF/88), que adotou o modelo do sistema acusatório no processo penal.

O referido projeto de lei possui a escolha, explícita, pelo sistema acusatório. Conforme sua exposição de motivos, a afirmação deste como sistema processual penal a ser seguido pelo Brasil, transpassa, necessariamente, pela instituição de um juiz das garantias, que irá atuar durante a fase de investigação criminal e será impedido de ser o juiz na fase processual. Nesta linha, se espera que o juiz do processo não forme conceitos prévios, eivados por elementos de convicção, produzidos pela acusação, durante a investigação preliminar, que é uma fase marcada pela mitigação da defesa e do contraditório.

Deste modo, se ampliará a eficácia da garantia constitucional da imparcialidade do órgão jurisdicional na instrução processual, no julgamento do mérito e também nos recursos nos tribunais superiores. Mister salientar que, a imparcialidade do órgão jurisdicional é um princípio imprescindível ao sistema acusatório.

Os operadores de Direito com viés garantista, em seus artigos científicos, dissertações e livros, em linhas gerais, concordam com a exposição de motivos, nas quais este novo Juiz das Garantias é fundamental para alicerçar o sistema acusatório em nosso país e que sua implementação urge.

No entanto, esta opinião não é unânime no meio jurídico e a proposição de implantação do juiz das garantias gerou também muitas críticas e polêmicas por alguns doutrinadores, membros da Magistratura, do Ministério Público e do próprio CNJ, que defendem que a sua implantação é inviável de execução, e comprometerá o princípio da razoável duração do processo, ao ponto de alguns deles, o considerarem desnecessário, sob o argumento de que não há fundamentos para comprovar esta contaminação subjetiva do julgador de processo, caso este atue como magistrado na fase pré-processual, e de que o juiz já garante os direitos fundamentais constitucionais do investigado.

Como o Juiz das Garantias é um instituto que foi recentemente proposto, este novo órgão jurídico e suas características, atribuições e consequências, demandam uma maior abordagem, pesquisa e análise crítica pela doutrina, bem como pelos operadores do Direito, para fins de lastrear, com mais profundidade, os debates e conseqüentemente evitar tanto posições favoráveis, sem sugestões críticas de contribuições de melhoria, como críticas superficiais e reducionistas sem fundamentos plausíveis.

Em função desses tipos de críticas supramencionadas, o juiz das garantias corre sérios riscos de ser “abortado” do mencionado projeto de lei, conforme defendeu o Deputado Roberto Freire (PPS/SP) em 22 de março de 2016, na Emenda ao PLS 8045/2010 (EMC 3/2016). Segundo o ilustre Deputado, a implantação do juiz das garantias representa um “atraso no combate à impunidade, tendo em vista que daria margem para anulação de processos futuros e maior morosidade das investigações, além de conflitar com a realidade judiciária do País, que não teria juízes suficientes para colocar em prática a inovação projetada”.

Portanto, como se vive um peculiar momento histórico nacional, de uma realidade de atual expansão punitiva, e a tramitação deste projeto de lei se encontra em uma fase avançada de discussões na Câmara dos Deputados, esta proposta do juiz das garantias gera expectativas distintas e divide opiniões não só no meio jurídico, como mencionado, mas também no legislativo.

Caso seja aprovado, este novo órgão jurisdicional será uma realidade em todas as Varas Criminais de todas as Comarcas e Seções Judiciárias do Brasil e acarretará alterações de competências nos Tribunais de Justiça Estaduais, Tribunais Superiores e Justiça Federal. Por conseguinte, o tema precisa ser amplamente discutido pelos doutrinadores em virtude da sua relevância. No entanto, apesar da contradição de opiniões a respeito de sua real necessidade, ou não, e de sua viabilidade, todos são unânimes em defender a consolidação de um sistema

acusatório, que tem como alicerce a imparcialidade, elemento indispensável aos princípios democráticos e ao Estado de Direito da Constituição Federal de 1988.

Por se tratar de tema polêmico, que remete aos reflexos da contemporaneidade, em 30/03/2017, a Agência Brasil divulgou na internet¹: “Em audiência pública sobre o novo Código de Processo Penal, [...], na Câmara dos Deputados, o juízes federais Sérgio Moro e Sílvio Rocha, divergiram quanto a pontos do projeto [...] especialmente a criação do chamado juiz de garantias.” Vale observar que o Juiz Sérgio Mouro é contrário à implantação do juiz das garantias.

Diante do exposto, este tema merece ser investigado, utilizando-se de fontes de pesquisa do tipo bibliográfica (livros, artigos científicos e dissertações de mestrado), documental legal (legislação vigente e projeto de lei) e jurisprudencial dos tribunais superiores nacionais e europeu, para contribuição das discussões tanto na Doutrina como no Congresso, pois se exige uma análise apurada tanto do novo órgão jurisdicional do juiz das garantias, como também do principal elemento do núcleo fundante e demais características essenciais do sistema processual penal acusatório, visto que a falta de compreensão clara destes elementos deste sistema, prejudica uma análise coerente e fundamentada, para concluir se a criação desse novo instituto do juiz das garantias será realmente necessária ou não à consolidação de um sistema acusatório.

Portanto, a pergunta problema a ser respondida por esta monografia será: a implementação do instituto do Juiz das Garantias proposto no Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal pátrio (PLS n.º 8045/2010), em tramitação na Câmara dos Deputados, é realmente necessária para a consolidação de um sistema processual penal acusatório? A construção de uma análise crítica para obter a resposta fundamentada a esta questão será o objetivo geral deste trabalho, que terá uma orientação garantista, lastreada na Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, discorrida em sua célebre obra “Direito e razão: teoria do garantismo penal”.

Para este mister, algumas outras questões específicas deverão ser respondidas: Quais são as características delimitadoras de um sistema acusatório e qual é o seu elemento do núcleo fundante? Qual a importância da imparcialidade do órgão jurisdicional tanto para o sistema acusatório como para legitimar a criação do juiz das garantias? É possível definir, delimitar e aferir a quebra da imparcialidade em virtude de sua inerente subjetividade? Qual é o

¹Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-03/em-audiencia-magistrados-divergem-sobre-figura-do-juiz-de-garantias>. Acessado em 01/04/2017

entendimento do STF, STJ e do Tribunal de Direitos Humanos Europeu para avaliar se houve ou não a violação da imparcialidade de juízes que atuaram em fases preliminares? Este entendimento é pacificado ou casuístico?

Quais as hipóteses de contaminação subjetiva do magistrado nesta fase de investigação preliminar e qual a sua fundamentação para demonstrá-las? Quais mecanismos de proteção devem ser criados para maximizar a garantia da imparcialidade? Como fundamentar cientificamente a quebra da imparcialidade dos juízes de processo que também atuam na fase de investigação criminal? Qual a fundamentação da exposição de motivos do anteprojeto de lei do Novo Código de Processo Penal Brasileiro para a instituição do juiz das garantias? Quais as atribuições do juiz das garantias? Quais as contradições do projeto de lei quanto aos objetivos propostos para a implantação do juiz das garantias? Existem possibilidades de adequações destas contradições e quais são? Quais são as críticas falaciosas dos antagonistas do juiz das garantias e por que são carentes de fundamento?

Estas perguntas serão respondidas no curso da atual monografia, que foi dividida da seguinte maneira: no segundo capítulo será conceituado, descrito e delimitado o referencial teórico a ser utilizado para esta análise; no terceiro capítulo será conceituado/descrito o sistema processual penal acusatório e identificado/descrito o seu elemento do núcleo fundante e demais características; no quarto capítulo será: conceituada a imparcialidade do órgão jurisdicional, ressaltando tanto a dificuldade de aferição e controle de sua violação em função de sua inerente subjetividade, como a importância da criação de mecanismos de proteção aos elementos do juiz natural; citados e analisados alguns avanços jurisprudenciais do STF e STJ para a garantia da imparcialidade; analisada a contribuição, para a salvaguarda da imparcialidade, das decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Teoria da Dissonância Cognitiva; demonstrada a importância da imparcialidade do órgão jurisdicional tanto para o sistema acusatório como para a legitimação da criação do juiz das garantias.

Ademais, no quinto e último capítulo serão: analisadas as justificativas da exposição de motivos do anteprojeto de lei do Novo Código de Processo Penal Brasileiro para a instituição do juiz das garantias; descritas as atribuições do juiz das garantias, diferenciando-as do juiz de instrução; identificadas e analisadas criticamente as contradições do projeto de lei quanto aos objetivos propostos para a implantação do juiz das garantias e oferecidas sugestões de adequações para correção destas contradições; e por fim, analisadas duas críticas descabidas dos antagonistas do juiz das garantias. Passa-se então, à discussão proposta no próximo tópico.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1. A TEORIA DO GARANTISMO PENAL DE FERRAJOLI

Ferrajoli, ao construir a sua Teoria do Garantismo Penal, utiliza-se de diversas dicotomias, sendo a principal delas a de liberdade versus poder. No prefácio da obra supracitada, Bobbio afirma que “a obra desenvolve-se pela antítese ou grande dicotomia entre elas concatenada, tanto que sobre uma linha estão as teses positivas, sobre outras negativas. Da antítese liberdade-poder nascem todas as outras” (FERRAJOLI, 2006, p. 8).

Partindo desta dicotomia liberdade do cidadão e poder punitivo do Estado, Ferrajoli inicia a sua análise epistemológica dos pressupostos de um modelo de direito penal minimalista, que se caracteriza pela elaboração de técnicas para que o poder punitivo do Estado intervenha apenas o mínimo grau necessário na liberdade do indivíduo. Neste ponto, o Garantismo Penal de Ferrajoli se identifica com o Neoconstitucionalismo, visto que ambos possuem a premissa axiológica de limitação dos poderes estatais, poderes estes que têm o dever de respeitar e dar eficácia às garantias e aos direitos fundamentais constitucionais. Quanto ao Neoconstitucionalismo, segundo Dirley Cunha Jr (2007, p. 71), após a Segunda Grande Guerra Mundial:

[...] se originou na Europa, um novo pensamento constitucional voltado a reconhecer a supremacia material e axiológica da Constituição, cujo conteúdo, dotado de força normativa e expansiva, passou a condicionar a validade e a compreensão de todo o Direito e a estabelecer deveres de atuação para os órgãos de direção política.

Deste modo, para ambas as teorias, o modelo ideal é que todo o ordenamento infraconstitucional tem que ser interpretado e lido à luz dos princípios e garantias constitucionais, caso contrário, será considerado inválido, mesmo que a produção legislativa tenha sido criada de acordo com a legalidade, ou seja, é a passagem do paradigma jurídico do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito.

Para nortear a constante busca deste modelo ideal, o Sistema Garantista (SG), desenvolvido por Ferrajoli, tem como alicerce dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais que irão balizar a aferição do grau de garantismo na tutela das garantias e direitos fundamentais individuais constitucionais perante o poder de sanção do Estado. Segundo Ferrajoli, (2006, p. 90):

[...] os axiomas garantistas [...] não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer [...]. A adoção destes modelos, começando pelo garantista no grau

máximo, pressupõe, assim, uma opção ético-política a favor dos valores normativamente por eles tutelados.

Quanto maior for a adoção deste dez axiomas, maior será a gradação do nível do Garantismo Penal em um ordenamento, e estes são os critérios norteadores que visam um modelo ideal. Novamente, o Garantismo Penal assemelha-se ao Neoconstitucionalismo, visto que ambos possuem critérios para graduar e buscar este modelo de grau máximo. Conforme Dirley Cunha Jr, (2007, p. 73):

Na formulação conceitual de Guastini, a constitucionalização do Direito é um processo de transformação de um ordenamento jurídico ao fim do qual a ordem jurídica em questão resulta totalmente impregnada pelas normas constitucionais, que passam a condicionar tanto a legislação, como a jurisprudência, a doutrina, as ações dos atores políticos e as relações sociais. O referido autor chega a apresentar uma lista de sete condições para a caracterização do fenômeno da constitucionalização do Direito[...]

Isto posto, ambas teorias definem critérios de valoração para aferir o grau de garantismo ou de constitucionalização de um ordenamento infraconstitucional, objetivando esta constante busca de dar a maior eficácia possível às garantias e direitos fundamentais constitucionais e de limitar o poder do Estado.

Os dez axiomas do SG de Ferrajoli e os seus respectivos princípios são: A1) Não há pena sem crime (princípio da retributividade); A2) Não há crime sem lei (princípio da legalidade nos sentidos lato e estrito); A3) Não há lei penal sem necessidade (princípio da necessidade); A4) Não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico (princípio da lesividade ou da ofensividade do evento); A5) Não há ofensa ao bem jurídico sem ação (princípio da materialidade ou da exterioridade da ação); A6) Não há ação sem culpa (princípio da culpabilidade); A7) Não há culpa sem processo (princípio da jurisdicionalidade nos sentidos lato e estrito); A8) Não há processo sem acusação (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação); A9) Não há acusação sem prova (princípio do ônus da prova); A10) Não há prova sem defesa (princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade).

Os três primeiros axiomas descrevem as garantias relacionadas à pena e respondem aos questionamentos “quando e como punir”. Os três princípios seguintes (A4, A5 e A6) manifestam as garantias relativas ao crime e são as respostas às perguntas “quando e como proibir”. Por fim, os quatro últimos axiomas relatam as garantias referentes ao processo e respondem às questões “quando e como julgar”. Ferrajoli (2006, p. 91) complementa que “estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem [...] o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal”. Em vista disso, as regras estabelecidas no direito penal e processual penal estão

necessariamente relacionadas à pena, ao crime e ao processo e buscam a efetivação das garantias constitucionais perante os excessos do poder estatal.

Os quatro últimos axiomas do SG, que respondem às questões “quando e como julgar” e manifestam as garantias referentes ao processo, serão de grande valia como referencial teórico para a resposta da pergunta problema do presente trabalho, visto que a análise será sobre a implementação do novo instituto do Juiz das Garantias.

Vale salientar, a conexão existente entre as garantias penais e as garantias processuais penais, visto que estas são instrumentos daquelas. Nas palavras de Thums, (2006, p. 170):

[...] a tarefa do Direito Processual Penal é a realização do Direito Penal, levada a efeito pelo Estado, tendo como fundamento o respeito às garantias de que é possuidor o cidadão. É neste sentido que o processo representa o limite do poder do Estado. Embora detentor do poder penal, o Estado tornou-se o devedor ou garantidor do processo através da jurisdição.

Ferrajoli (2006, p. 495) sintetiza esta forte conexão afirmando que “tanto as garantias penais como as processuais penais valem não apenas por si mesmas, mas também, como garantia recíproca de efetividade”. Por conseguinte, além das garantias penais se concretizarem através do instrumento das garantias processuais penais, estas seriam também ineficazes na limitação dos arbítrios dos poderes estatais, na ausência das garantias penais.

Além disso, esta instrumentalidade das garantias processuais penais a serviço das garantias penais devem ser interpretadas e aplicadas, conforme as garantias previstas na Constituição. Rodrigo Machado Gonçalves (2016, p. 467), conclui que “a defesa e compreensão instrumental do processo penal a partir do sistema de garantias constitucional é emergencial, entendê-lo como um limitador do poder estatal de punir se faz preponderante para a segurança jurídica cidadã, para a Democracia.” Assim sendo, para a garantia recíproca de efetividade, tanto das garantias processuais penais como das garantias penais, contidas no ordenamento infraconstitucional, ambas devem ser lidas e concretizadas à luz das garantias constitucionais.

Ressaltada a existência desta conexão, iniciaremos com a descrição do importante axioma A7 do SG, pois desta garantia processual do princípio da jurisdicionalidade ou da submissão à jurisdição, decorrem as demais garantias processuais. Segundo Prado (2005, p.88):

Evidentemente, o processo como instrumento da jurisdição representa uma primeira garantia, em razão de que outras não podem operar, especialmente a imparcialidade e independência do juiz, o contraditório e a ampla defesa e a iniciativa da parte para a ação (ne procedat iudex ex officio), sacramentando-se, na medida do possível, a igualdade das partes. Aceitando-se a epistemologia peculiar ao garantismo penal, os

preceitos da presunção da inocência, da reserva de jurisdição (*nulla culpa sine iudicium*) e do *habeas corpus* constituem a base das garantias pelas quais historicamente ao menos se assegura o primado de uma jurisdicionalidade em sentido lato, enquanto o contraditório, a distribuição do ônus da prova, a iniciativa da parte para a ação e a defesa concreta do acusado, conformam a jurisdicionalidade em sentido estrito.

Dessa forma, o princípio da submissão à jurisdição possui dois sentidos: o lato e o estrito. De acordo com a Teoria do Garantismo Penal, o sentido lato é expresso pelo conjunto de teses: não há pena, não há crime, não há lei penal, não há necessidade, não há ofensa ao bem jurídico, não há ação e não há culpa sem processo. Já o sentido estrito, exigida em um processo acusatório, é expresso pelo conjunto de teses: não há processo sem acusação, sem prova e sem defesa.

Já o axioma A8, não há processo sem acusação, ou seja, o princípio acusatório, é fundamental em um sistema acusatório, pois sem a separação das atividades de julgar e acusar, diversas características importantes deste sistema serão afetados. Segundo Ferrajoli (2006, p. 522):

[...] a garantia da separação representa, de um lado, uma condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes em causa, que, [...] é a primeira das garantias orgânicas que definem a figura do juiz, e de outro, um pressuposto dos ônus da contestação e da prova atribuídos à acusação, que são as primeiras garantias procedimentais do juízo.

Sendo assim, a não adoção deste princípio, afetará o primordial equidistanciamento do juiz em relação às partes e conseqüentemente a imparcialidade da jurisdição estará comprometida, assim como o tratamento isonômico e a paridade de armas. Outra conseqüência desta ausência de separação das atividades de julgar e acusar, é que ela afeta o ônus probatório acusatório, solapando a garantia constitucional da presunção da inocência. Além disso, esta separação deverá ser mantida durante todo o desenvolvimento das fases pré-processual e processual penal, para fins de vedar o proceder de ofício do órgão judicante em qualquer ato, e conseqüentemente garantir um juiz expectador, passivo e imparcial e não um juiz ator, investigador e parcial (típico de um sistema inquisitório), incumbindo exclusivamente às partes, de forma paritária e isonômica, qualquer postulação e poderes investigatórios e probatórios.

Já o axioma A9, não há acusação sem prova, está relacionada com a concepção de verdade que é buscada no processo penal: a verdade absoluta, substancial e única, típica de um sistema inquisitório ou a verdade relativa, formal e que precisa ser provada empiricamente, característica de um sistema acusatório. Vale lembrar, que o ônus probatório cabe à acusação, pois a inocência do réu é presumida até que a acusação prove ao

contrário, e a defesa não obtenha êxito no falseamento da prova apresentada pela hipótese acusatória.

É válido salientar que, em função do respeito ao axioma A7 do SG, o princípio da submissão à jurisdição, é importante e vital distinguir atos de investigação e atos de prova. Neste ínterim, Lopes Jr (2016, p. 367) alerta que:

[...] o inquérito policial somente gera atos de investigação e como tais, de limitado valor probatório. Seria um contrassenso outorgar maior valor a uma atividade realizada por um órgão administrativo, muitas vezes sem nenhum contraditório ou possibilidade de defesa e ainda sob o manto de segredo. Somente são considerados atos de prova, e portanto, aptos a fundamentarem a sentença, aqueles praticados dentro do processo, à luz da garantia da jurisdição e demais regras do devido processo legal.

À vista desta distinção entre atos de investigação e atos de prova, o contraditório e o direito de defesa, são pressupostos indispensáveis para que uma prova possa ser inserida em um processo, como apta para utilização como fundamento de uma decisão condenatória ou absolutória.

Diante do exposto, como consequência lógica do ônus acusatório da prova, temos o axioma A10, não há prova sem defesa. Trata-se do princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade, em que a paridade de armas e a isonomia entre as partes conflitantes são condições necessárias. Salah Khaled Jr. (2010, p. 298) salienta que:

Não basta apenas definir que somente certas condutas são criminosas, através de processos de criminalização e depois de constatar a ocorrência de tais condutas (criminação) imputá-las arbitrariamente [...]. Sem um controle efetivo, que só pode ser proporcionado através da ampla defesa, do contraditório e da separação das funções de acusar e julgar, o saber que resultava de tal modelo restava inteiramente viciado: a dinâmica de funcionamento transformava o que devia ser garantia em um procedimento – ainda que ritualizado – de sujeição criminal.

Deste modo, sem a possibilidade de falsear a hipótese da acusação, através das garantias constitucionais do contraditório e da defesa, a prova deixa de existir, pois, qualquer prova inserida no processo neste contexto, vicia e invalida o ato de prova e qualquer procedimento futuro baseado neste ato viciado inviabiliza qualquer garantia.

O Garantismo Penal ressalta também a importância da taxatividade e materialidade do tipo penal constar na acusação, pois, para possibilitar uma defesa, é condição necessária que a hipótese acusatória não seja genérica, indeterminada ou baseada apenas em juízos de valor. Ferrajoli (2006, p. 565) destaca também a importância da defesa técnica exercida por um profissional e não apenas pelo próprio imputado (auto-defesa), principalmente em legislações

complexas, em que o processo possua muitas formalidades e nulidades, e complementa a resposta da pergunta, “como julgar”, ao afirmar:

Para que seja possível o controle da observância das garantias processuais até agora examinadas é necessário um segundo conjunto de garantias, relativas às primeiras instrumentais ou secundárias: a publicidade e oralidade do juízo, a legalidade ou ritualização dos procedimentos e a motivação das decisões. Trata-se [...] de garantias das garantias (FERRAJOLI, 2006, p. 567).

Desta forma, não basta a adesão dos axiomas A7 ao A10 no ordenamento infraconstitucional, para a proteção das garantias constitucionais diante do poder estatal, porque necessita-se também a aplicação de outras garantias processuais decorrentes destes axiomas, tais como: a publicidade, a oralidade, o devido processo legal e a fundamentação das decisões.

A liberdade está situada entre os direitos mais importantes do cidadão, e as técnicas propostas pelo Garantismo Penal visam preservar este direito fundamental constitucional, nesta constante luta entre a liberdade do indivíduo e o poder sancionatório estatal. Quanto a esta batalha histórica e interminável, seguem as sábias palavras de Bobbio (2004, p. 209):

Todavia não há dúvida de que as várias tradições estão se aproximando e formando juntas um único grande desenho da defesa do homem, que compreende os três bens supremos da vida, da liberdade e da segurança social. Defesa do quê? A resposta que nos provém da observação da história é muito simples e clara: do Poder, de toda forma de Poder. A relação política por excelência é uma relação entre poder e liberdade. Há uma estreita correlação entre um e outro. Quanto mais se estende o poder de um dos dois sujeitos da relação, mais diminui a liberdade do outro, e vice-versa.

Portanto, diante da descrição dos axiomas do Garantismo Penal, especialmente os quatro últimos referentes às garantias processuais penais, é visível que Ferrajoli, assim como a Constituição Federal pátria de 1988, adotaram o Sistema Acusatório como um modelo ideal, para um processo penal de tutela das garantias e direitos fundamentais individuais constitucionais, perante o poder punitivo do Estado, o que justifica a utilização deste referencial teórico.

Concluída esta etapa de descrição do referencial teórico deste trabalho, será necessária realizar no próximo item, uma diferenciação entre os diversos minimalismos penais existentes (tanto na perspectiva teórica como na pragmática), para situar o minimalismo penal proposto por Ferrajoli, além da imprescindibilidade de diferenciá-lo de qualquer política criminal, que defenda a restrição dos direitos fundamentais individuais em favor dos direitos constitucionais

da sociedade e ou do Estado, mesmo que esta política tenha a denominação de minimalismo ou garantismo.

2.2 OS DIVERSOS MINIMALISMOS PENAIS - UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

A partir da década de 70 do século anterior, em resposta à crise de legitimidade do sistema penal, surgiram três propostas de políticas criminais: o abolicionismo penal, o minimalismo penal e o maximalismo (eficientismo) penal. Segundo Pereira de Andrade (p. 169, jul. 2006), “o contexto, portanto, em que emergem, é o da deslegitimação dos sistemas penais que então tem lugar como resultado de um amplo espectro de desconstruções teóricas e práticas (fatos)”. Então, a partir desta época, era visível a incapacidade do sistema penal, especialmente a prisão, em cumprir algumas de suas principais funções (segurança à sociedade e aos acusados, a contenção, o combate e a prevenção da criminalidade crescente, além da ressocialização dos criminosos) e deste contexto nasceram estas três propostas de soluções citadas.

O abolicionismo penal, no sentido amplo, acredita que a crise de legitimação do sistema penal é irreversível e propõe a abolição de todo o conjunto do sistema de justiça penal, pois este é visto como um problema social. Segundo Passeti (2006, 83-4):

O abolicionismo penal é uma prática libertária interessada na ruína da cultura punitiva da vingança, do ressentimento, do julgamento e da prisão. Problematisa e contesta a lógica e a seletividade sócio-política do sistema penal moderno, os efeitos da naturalização do castigo, a universalidade do direito penal, e a ineficácia das prisões. [...] O abolicionismo penal opera fora da órbita da linguagem punitiva e da aplicação geral das penas, para lidar com a infração como situação-problema, considerando cada caso como uma singularidade. Propõe novas práticas, relacionando as partes envolvidas e a justiça pública, com base na continuidade da vida livre de punições, ao visar, de um lado, reduzir e anular a reincidência e, de outro, obter do Estado uma indenização para a vítima.

Destarte, para o abolicionismo penal, a solução proposta não é apenas a abolição de todas as instituições formais do sistema penal, mas inclui também a eliminação do punitivismo intrínseco na cultura de toda a sociedade. Desta maneira, estarão criadas as condições para fins de possibilitar, para cada caso concreto, uma solução específica conciliadora entre as partes, que seja diversa da punição do sistema penal atual.

No sentido oposto, o efficientismo penal não admite a crise de legitimidade do sistema penal como irreversível, e defende que a causa disto, é uma crise de eficiência do conjunto do sistema de justiça penal, que não combate com eficiência a criminalidade, e que a solução é o

aumento da repressão e do controle social. Conforme Pereira de Andrade (p. 178, jul. 2006), no discurso oficial desta política criminal é indispensável:

[...] em suas diversas materializações públicas e legislativas, criminalizar mais, penalizar mais, aumentar os aparatos policiais, judiciários, e penitenciários [...] incrementar mais e mais a engenharia e a cultura punitiva, fechar cada vez mais a prisão e suprimir cada vez mais as garantias penais e processuais básicas, rasgando, cotidianamente, a Constituição e o ideal republicano. De última, a prisão retorna à *prima ratio*.

Assim, o eficientismo penal propõe que é possível relegitimar o sistema penal através da sua expansão, que trará como consequências a recuperação da eficiência perdida no combate ao crime e na extirpação da criminalidade.

O eficientismo penal utiliza-se também de outros argumentos mais sutis, além da busca da recuperação da eficiência do sistema penal, para expandir o conjunto do sistema penal e limitar/reduzir as garantias constitucionais individuais, dentre eles, se destaca a justificativa da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Segundo Lopes Jr. (2011, p. 11):

Argumento recorrente em matéria penal é o de que os direitos individuais devem ceder (e, portanto, serem sacrificados) frente à ‘supremacia’ do interesse público. É uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro (senão interesseiro) para legitimar e pretender justificar o abuso do poder. [...] Ademais, em matéria penal, todos os interesses em jogo – principalmente os do réu – superam muito a esfera do ‘privado’, situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais (portanto, ‘público’, se preferirem). Na verdade, são verdadeiros direitos de todos e de cada um de nós, em relação ao (ab)uso do poder estatal.

Desta maneira, o argumento baseado nesta superada bipolaridade público e privado, de que o Estado tem a obrigação de garantir com eficiência a segurança do cidadão e os direitos fundamentais constitucionais coletivos, mesmo que seja necessária a restrição dos direitos fundamentais individuais, não é admissível e não desloca a classificação deste tipo de política criminal de eficientismo penal para minimalismo ou garantismo penal, sendo equivocada a denominação de minimalista ou garantista para esta política.

Outra justificativa muito utilizada, para que em certos casos sejam restringidos os direitos fundamentais dos cidadãos em proveito da coletividade, é a invocação, de maneira vulgarizada, do princípio da proporcionalidade. Para ratificar esta realidade, transcreve-se abaixo a análise do Ministro Eros Grau, quando era o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), no voto proferido no HC nº 95.009-4/SE, página 44 e ss.:

Tenho criticado aqui [...] a ‘banalização dos ‘princípios’(entre aspas) da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro [...] esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual “não há direitos

absolutos”. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso.[...] Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos. [...] Essa Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro ILMAR GALVÃO) que a interpretação sistemática da Constituição “leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar”. Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie (LOPES JR, 2011, p. 15).

Por consequência, qualquer política criminal que passe a defender a restrição dos direitos fundamentais constitucionais dos cidadãos, em que se inclui a liberdade, em benefício dos direitos fundamentais constitucionais da sociedade e ou do Estado, seja sob o argumento da supremacia do interesse público sobre o privado, ou seja sob a justificativa do princípio da proporcionalidade, deverá ser classificada como uma política criminal de efficientismo penal, independentemente das terminologias utilizadas para as suas denominações: minimalismo ou garantismo, pois o minimalismo penal tem como características principais a proposta de maximizar a contração do sistema penal e limitar o poder punitivo estatal, características também presentes no Garantismo Penal de Ferrajoli.

Apesar do minimalismo penal possuir estas características predominantes, existem diferentes tipos de minimalismos penais, logo, é também imprescindível evidenciar em quais deles se situa o Garantismo Penal de Ferrajoli. Pereira de Andrade (p. 167-8, jul. 2006) faz este alerta, afirmando que “há minimalismos como meios para o abolicionismo, que são diferentes de minimalismos como fins em si mesmos, e de minimalismos reformistas”. Este discernimento é importante, pois, ao explicar estas três concepções e distinguí-las de maneira clara, será possível identificar qual delas é a de Ferrajoli e com isto se evitará qualquer engano em função da semelhança de terminologias.

O primeiro tipo, e de perspectiva teórica, é o minimalismo penal como meio para o abolicionismo, e como o próprio nome já indica, possui como objetivo final o abolicionismo, através de uma transição inicial, gradual e provisória para o minimalismo. Este modelo de minimalismo adota a estratégia de primeiro reduzir o sistema penal e limitar a violência sancionatória estatal, para em seguida abolir este sistema por completo. O minimalismo penal adotado por Ferrajoli não é um meio para o abolicionismo penal, pois o jusfilósofo italiano critica a utopia e a regressão do abolicionismo. Segundo Ferrajoli (2006, p. 317):

O abolicionismo penal – independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários – configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou auto-reguláveis de vigilância e/ou punição, em

relação aos quais é exatamente o direito penal – com o seu complexo, difícil e precário sistema de garantias – que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista.

Deste modo, Ferrajoli, além de não concordar com a ilusão das premissas do abolicionismo, não acredita que a deslegitimação do sistema penal é irreversível, tanto que aposta no próprio direito penal mínimo como o mais eficaz instrumento para preservar as garantias fundamentais individuais perante os arbítrios estatais, através da elaboração de técnicas para que o poder punitivo do Estado intervenha apenas o mínimo grau necessário na liberdade do cidadão.

O segundo modelo, porém de dimensão pragmática, é o minimalismo reformista, que propõe reformas nos códigos penais e processuais penais, para que se reduzam as penas de prisão, substituindo-as por penas restritivas de direitos e alternativas, mas que paradoxalmente, robustecem o controle social. Nas palavras de Pereira de Andrade (p. 168, jul. 2006):

Trata-se do movimento reformista em curso que, sob o signo despenalizador do princípio da intervenção mínima, do uso da prisão como última ratio e da busca de penas alternativas a ela [...], desenvolve-se desde a década de 80 do século XX e, no Brasil, partir da [...] introdução das penas alternativas [...], passando pela implantação dos juizados especiais criminais estaduais [...] para tratar “dos crimes de menor potencial ofensivo”.

No entanto, na prática, ao manter e expandir o controle social destes “crimes de menor potencial ofensivo”, mesmo que utilizando a pena de maneira diversificada e atenuada, o minimalismo reformista acaba adotando, de forma paradoxal, a lógica da política criminal do efficientismo penal como meio para atingir o objetivo final que é o minimalismo penal.

Por fim temos o terceiro tipo, e de perspectiva teórica, que é o minimalismo como fim em si mesmo, que acredita que a crise de legitimidade do sistema penal pode ser revertida, e propõe como solução um direito penal mínimo, ou seja, que o poder punitivo estatal intervenha somente o mínimo grau necessário na liberdade do cidadão, que é o padrão praticado pelo Garantismo Penal de Ferrajoli. Este tipo de minimalismo penal não é um meio para o abolicionismo e sim a própria solução definitiva para terminar com a instabilidade de legitimidade do sistema penal.

Em síntese, o Garantismo Penal de Ferrajoli não é um minimalismo reformista, nem um minimalismo como meio para o abolicionismo. Além disso, ele possui características opostas a qualquer política criminal, independente da denominação de minimalismo ou garantismo, que defenda a restrição dos direitos fundamentais constitucionais individuais em proveito dos direitos fundamentais constitucionais da sociedade e ou do Estado, seja sob o argumento da

supremacia do interesse público sobre o privado ou da justificativa do princípio da proporcionalidade. Por fim, conforme já exposto, o Garantismo Penal de Ferrajoli é um modelo de minimalismo penal como fim em si mesmo.

Feita esta imprescindível separação entre os diversos minimalismos penais existentes, os pretensos “garantismos penais” e o Garantismo Penal de Ferrajoli, reitera-se este, como o referencial teórico desta monografia, pois é o que se identifica com a interpretação da CF/88 e também com o seu modelo adotado, o Sistema Processual Penal Acusatório, que será abordado no próximo tópico, pois é indispensável para a fundamentação da resposta à pergunta-problema deste trabalho: se o novo instituto do Juiz das Garantias proposto pelo Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal Brasileiro será realmente necessário ou não para a consolidação de um sistema processual penal acusatório?

3.SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

3.1. BREVE HISTÓRICO²

Segundo Lopes Jr. (2017, p. 143), o sistema acusatório originou-se no direito grego, em que a participação popular era direta e ocorria tanto na atividade de acusar como na atividade de julgar. Existiam duas classes de delitos, os menos graves e os graves, que definiam a competência para a iniciativa da acusação, sendo respectivamente, somente o prejudicado e qualquer cidadão (incluindo o ofendido).

Conforme Prado (2005, p. 128), este modelo de persecução penal de delitos graves, referentes aos crimes públicos, alcançou prestígio, pelo fato de permitir que o ofendido ou qualquer cidadão apresentasse a acusação perante um tribunal, no qual, segundo Guillermo Colin Sanchez (1979, p. 17, apud PRADO, 2005, p. 128-9), “cada parte apresentava as suas provas e formulava suas alegações, não incumbindo ao tribunal a pesquisa ou aquisição de elementos de convicção. Ao final, a sentença era ditada na presença do povo.” Já no direito romano da Alta República, segundo Vicente Gimeno Sendra (1981, p. 190, apud LOPES JR, 2017, p. 143), surgem dois tipos de processo penal: *cognitio* e *accusatio*. A *cognitio* era assumida pelos órgãos estatais (magistrados), que detinham enormes poderes e que aliado à escassez de garantias para os não cidadãos e para as mulheres (ambos não podiam recorrer), começou a não ser mais suficiente nos últimos séculos da República.

Prado (2005, p. 131) relata que a *accusatio* (sistema acusatório originado no século final da República Romana) surge após esta insuficiência e insatisfação da *cognitio*, para fins de atender estas novas demandas sociais, assemelhando-se ao modelo de persecução penal grego dos delitos graves e consistia no direito do ofendido ou de qualquer cidadão, que detivesse provas, de iniciar uma ação penal em juízo. Esta forma acusatória não dependia de prévia investigação e era regida pelo contraditório, direito de defesa e pela iniciativa/gestão probatória exclusiva das partes, que objetivavam a reconstrução dos fatos ocorridos em

² O aspecto histórico do Sistema Acusatório, mesmo reconhecendo sua relevante importância, será abordado superficialmente, visto que para a resposta da pergunta-problema desta monografia, será suficiente apenas definir as características principais originárias do Sistema Acusatório e identificar o seu núcleo fundante, ou seja, o principal elemento que o diferencia do Sistema Inquisitório. Ademais, este breve histórico também visa identificar a primordial crítica ao Sistema Acusatório, que fundamentou (e ainda fundamenta) no curso da história dos sistemas processuais penais, esta alternância entre o modelo acusatório e o inquisitório. Para o estudo deste aspecto histórico de forma mais aprofundada, recomenda-se a leitura de Geraldo Prado, Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais – 3. Ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

debates orais, públicos e as decisões eram motivadas baseadas nas provas e alegações apresentadas nestes debates. Outras características da *accusatio* que merecem destaque são³: pessoas diferentes exerciam as atividades de acusar e julgar, eram vedados tanto o proceder de ofício como o anonimato da denúncia, existia a punição do delito de denúncia caluniosa, a acusação era por escrito e munido da indicação de provas.

Com o fim da República e o advento do Império, as novas demandas sociais para reprimir os crimes já não eram mais atendidas por este sistema acusatório, gerando insatisfação e trazendo como consequência: a passagem gradual e crescente das atividades dos acusadores privados para os juízes, que além de julgar, passariam a também acusar. Na história dos sistemas processuais penais, verifica-se uma alternância de tempos com a predominância de opressões e de tempos com mais liberdades e garantias, reflexo de ora, demandas sociais que buscam conter o crescimento dos delitos/impunidade, ora de demandas pela valorização da liberdade do homem diante dos arbítrios de abuso do poder estatal, e para tanto, bastava (e ainda basta) alterar a posição e a função do juiz, possibilitando acumular ou não, a função de acusar e de defender, além do papel de julgar. Lopes Jr. (2017, p. 145-6) destaca que:

A principal crítica que se fez (e se faz até hoje) ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo de decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado. Esse sempre foi o fundamento histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se (por meio da inquisição) um gravíssimo erro.

Esta “atividade incompleta das partes” não deverá ser resolvida através do fortalecimento da iniciativa/gestão probatória do juiz, pois, a história já demonstrou que o órgão judicante também possui suas limitações, assim como as partes, para investigar e obter as provas necessárias para a tentativa de reconstrução dos fatos passados. Esta solução já foi empregada no sistema inquisitório e as suas consequências maléficas, entre elas a ausência de imparcialidade do julgador, já são conhecidas, logo, estes erros não devem ser repetidos. Portanto, os fatos históricos revelaram que o modelo mais adequado a ser adotado é o sistema acusatório e este impõe o revigoramento do contraditório, da defesa, da predominância da oralidade.

No entanto, uma estrutura dialética robusta demanda uma iniciativa/gestão probatória exclusiva das partes, que por sua vez, requer que ambas as instituições (de acusação e de defesa) estejam estruturadas com recursos suficientes e mão de obra qualificada tecnicamente. Somente deste modo, estarão sendo criadas as circunstâncias, para que o Ministério Público e

³ LOPES JR (2017, p.143-4)

a Defensoria Pública possam suportar este encargo/ônus probatório de maneira satisfatória, e com isto abrandar esta “atividade incompleta das partes”, que ocasionou (e continua ocasionando), em diversos momentos na história das civilizações, a solução errônea de robustecimento da iniciativa/gestão probatória do juiz.

Este objetivo de uma constante busca de tonificação da dialética, através da inércia do juiz na gestão e iniciativa probatória e investigatória e do robustecimento das partes nestas atividades, também deve nortear a fase pré-processual de investigação preliminar, na qual atuará o futuro instituto do Juiz das Garantias proposto pelo Novo Código de Processo Penal, tema desta monografia. Vale destacar, que após a Revolução Francesa e o retorno do sistema acusatório, ocorreu o fenômeno do processo de codificação dos ordenamentos infraconstitucionais, que os tornaram cada vez mais complexos. Sendo assim, em uma democracia, para possibilitar a paridade de armas e o efetivo contraditório entre o acusador e o defensor, é imperativo que a Defensoria Pública possua uma estrutura compatível ao Ministério Público. Quanto a esta realidade, Thums (2006, p- 264-5) atesta que:

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito e a humanização do processo, o papel da defesa técnica assume extraordinário relevo, passando a ser considerado imprescindível na prestação jurisdicional do Estado. É a defesa que possibilita a realização da dialética do processo, exigindo efetivo respeito às garantias processuais penais constitucionais. No sistema acusatório a defesa tem sua atuação maximizada, equiparando-se à acusação, no sentido da impossibilidade de qualquer ato processual sem sua participação.

Desta maneira, a Defensoria Pública necessita de uma estrutura equivalente ao Ministério Público e condizente com o número crescente de demandas judiciais, para um efetivo equilíbrio de armas, característica de um sistema acusatório.

Este breve histórico identifica como principal elemento do núcleo fundante do sistema processual penal acusatório, a separação entre as atividades do acusador e julgador. A CF/88, pelas influências iluministas e das normas internacionais de Direitos Humanos, adotou este sistema processual penal, como modelo mais adequado para a tutela das garantias e direitos fundamentais individuais constitucionais, diante do poder de sanção do Estado. Por isto, a consolidação de um sistema processual penal acusatório é uma imposição da própria CF/88 e para embasar a resposta à questão-problema desta monografia, faz-se essencial descrever no próximo tópico, este seu principal elemento, assim como as demais características que lhe são decorrentes, no direito contemporâneo.

3.2 O ELEMENTO DO NÚCLEO FUNDANTE E DEMAIS CARACTERÍSTICAS

Conforme descrito no item anterior do breve histórico, o elemento do núcleo fundante do sistema acusatório é a distinção das atividades de julgar e acusar, que deve ocorrer do início ao fim de ambas as fases: pré-processual e processual. Lopes Jr. (2017, p.62) concorda com esta afirmação e cita exemplos no Código de Processo Penal brasileiro, em que esta separação é desrespeitada, pois, permite-se de ofício pelo juiz: a conversão da prisão em flagrante em preventiva, a busca e apreensão, o sequestro, o decreto de diligências tanto na fase processual como na pré-processual e arremata que “fica evidente a insuficiência da separação inicial de atividades se, depois, o juiz assume um papel claramente inquisitorial.”

Quanto a esta afirmação, vive-se um peculiar momento histórico de atual expansão punitiva, tanto a nível internacional como nacional, diante dos temores modernos do terrorismo, narcotráfico, tráfico de armas, corrupção, lavagem de dinheiro, ou seja, variadas atividades criminosas organizadas, que acabam legitimando o discurso de que o juiz está a serviço da punição, em um processo penal de emergência mais eficiente, objetivando a extirpação destes males. Ao analisar este contexto hodierno, Fauzi Choukr (2002, p.38-40), afirma que:

Quando todos esses medos são projetados sobre a sociedade de forma intermitente e o discurso do caos se propaga, a perda dos valores culturais [...] é a primeira grande baixa dessa guerra. Aliás, a nomenclatura militar aqui não aparece por acaso. [...] Com efeito, à dicotomia amigo x inimigo, que é própria das relações de poder de cunho autoritário se contrapõe a dialética entre adversários, esta inerente ao jogo democrático, onde regras pré-acordadas servem de limites ao exercício selvagem do poder. [...] As (regras) que existem a serem inicialmente sacrificadas são as de proteção à liberdade individual e de refreamento do poder estatal normalmente contidas nos textos constituintes [...], como fossem delas paridas os demônios contemporâneos.

Deste modo, o sentimento na sociedade contemporânea de que alguma atitude deve ser tomada, e com emergência, para combater os horrores das atuais organizações criminosas, termina por permitir uma concentração cada vez mais crescente nas mãos do julgador, da iniciativa e gestão de poderes instrutórios e investigatórios. Em decorrência disto, a ausência de diferenciação das atividades de acusar e julgar são desprezadas gradativamente, descaracterizando o sistema processual penal acusatório e transformando-o progressivamente em um sistema inquisitorial.

Esta separação não deve ser apenas para impedir a iniciativa do juiz na fase inicial, mas deve se manter durante toda fase pré-processual e processual, sendo vedada qualquer atividade de ofício relacionada à iniciativa/gestão probatória ou investigatória. Esta

importância da separação das atividades de julgar e acusar do início ao fim, decorre do fato de que ao não obedecer esta premissa, conseqüentemente, de modo direto ou indireto, várias outras características do Sistema Acusatório serão violadas. Jacinto Coutinho (2009, p.111) alerta que a ausência desta separação afeta um princípio indispensável a qualquer processo, a imparcialidade do juiz, ao afirmar que:

Quando o juiz é o senhor plenipotenciário do processo – ou quase – e pode buscar e produzir prova que quiser a qualquer momento (na fase de investigação e naquela processual) não só tende sobremaneira para a acusação como, em alguns aspectos, faz pensar ser despiciendo o órgão acusatório. O sério problema que surge – com certo ar de naturalidade – é que esse mesmo órgão jurisdicional que investiga e produz provas, vai depois julgar [...]. Isso, por si só, faz pensar na falta de imparcialidade (tomada como equidistância das partes e seus pedidos).

Poderes ilimitados do juiz na iniciativa e gestão investigatória e probatória são frutos desta ausência da separação de acusar e julgar e são características de um Sistema Inquisitório, pois geram a ausência do contraditório, do tratamento isonômico das partes, inviabilizando a imparcialidade do órgão jurisdicional, características relacionadas ao mito da busca pela verdade real. Segundo Khaled Jr. (2010, p. 305):

A obsessão pela verdade não deve conduzir à assunção de um papel de investigador por parte do juiz. Ele deve dar por conclusa sua ambição de verdade apesar da existência de lacunas, o que deve implicar obrigatoriamente na absolvição do réu, de acordo com o princípio constitucional da presunção de inocência. [...] Alguns dirão que o juiz também pode partir em busca de provas para salvar o réu: essa é uma das muitas ilusões que não podem mais ser sustentadas.[...] se há dúvida, a absolvição é uma imposição por força do in dubio pro reu.

É válido salientar que algumas ilusões ou mitos autoritários ainda persistem no processo penal nacional, entre eles têm-se a utopia de que: a iniciativa e gestão investigatória e probatória do órgão jurisdicional não comprometem a imparcialidade do juiz, e a possibilidade do juiz chegar na verdade real, que ainda não foram superados, e continuam a condicionar práticas que violam as garantias e direitos fundamentais constitucionais dos cidadãos. Este alerta é explanado de forma singular por Rubens Casara (2015, p. 24), que afirma que:

Para que o processo penal contribua (ou, ao menos, não atrapalhe) para a transformação social de que necessita a sociedade brasileira, impõe-se o desvelamento dos mitos autoritários, que condicionam a ação dos atores jurídicos. A hipótese central, portanto, é de que apenas ao compreender/desvelar a mitologia processual penal (e identificar sua natureza autoritária) os atores jurídicos estarão aptos à concretização do projeto constitucional, no contexto do processo penal brasileiro.

Este mito arbitrário de que o juiz pode alcançar a verdade real é típica de um sistema inquisitorial, pois o juiz inquisidor sempre alcançará a “verdade” e em decorrência a “justiça”. Esta busca da verdade, como se a mesma tivesse uma essência e pudesse ser obtida, é uma concepção que já foi superada no meio científico, mas que o Direito ainda precisa superar. Thums (2006, p. 182) afirma que “uma verdade científica somente existe até que outra venha a ser descoberta para contradizê-la.” Isto também se aplica às ciências sociais, incluindo o Direito, pois, as limitações humanas inviabilizam a reconstrução de um fato histórico passado e o juiz não possui poderes sobrenaturais e, portanto, alcançará no máximo, um juízo de verossimilhança que poderá ser alterado em função do surgimento de novas provas e não uma verdade real imutável.

O modo de produzir a verdade e obter o produto da decisão, em qualquer sistema processual, passará pela forma de produção e gestão das provas. Em um sistema acusatório, o procedimento deverá dar condições para o exercício do contraditório e da defesa com a predominância da oralidade e da publicidade. Khaled Jr. (2010, p. 300) afirma que para se caracterizar se um sistema é acusatório ou inquisitório, é indispensável “a discussão sobre o formato das condições de produção do saber, ou seja, sobre o modo de produção da verdade”. Uma forma de procedimento baseada em uma iniciativa/gestão probatória com o juiz, aliada ao sigilo dos atos e à forma escrita, irão reduzir ou até eliminar as condições para o exercício do contraditório e da defesa, descaracterizando o sistema acusatório.

Em um sistema acusatório, a iniciativa/gestão probatória nas fases pré-processual e processual, deverá ser exclusiva das partes, como consequência da própria separação das atividades de acusar e julgar, pois “fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador” (LOPES JR, 2016, p. 43). Para se ampliar a dialética entre as partes e garantir a imparcialidade do juiz é indispensável que o contraditório e a defesa possam ser exercidos e maximizados em todos os atos processuais e pré-processuais para que se equiparem às oportunidades da acusação. Segundo Thums:

No sistema inquisitório antigo a defesa era considerada um obstáculo ao processo e não um direito do acusado. [...] O sistema acusatório pressupõe a igualdade das partes, enquanto o modelo inquisitório procura dificultar a atividade defensiva. [...] Quanto maior a relevância atribuída ao papel da defesa, menos autoritário e mais garantista será o sistema processual. (THUMS, 2006, p. 264-5).

Em um sistema acusatório, o interrogatório é um meio de defesa do acusado e esta autodefesa também deve estar amparada em uma defesa técnica qualificada, que possibilite a sua equiparação com a acusação, em virtude da complexidade contemporânea das leis

processuais. Thums (2006, p.264) afirma que “com o surgimento do Estado Democrático de Direito e a humanização do processo, o papel da defesa técnica assume extraordinário relevo, passando a ser considerado imprescindível na prestação jurisdicional do Estado”. Em um sistema acusatório, a paridade de “armas” entre as partes é essencial, e esta isonomia perpassa por uma defesa técnica que possa enfrentar em condições de igualdade todo o aparato do Estado (Polícia Judiciária e Ministério Público), principalmente através de uma Defensoria Pública que possua uma estrutura similar ao Ministério Público.

Para a maximização do exercício da autodefesa e da defesa técnica, o sistema acusatório não prescinde do direito ao contraditório, que para Lopes Jr. (2011, p. 190) “deve ser visto basicamente como o direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos envolvidos no iter procedimental” e ressalta a importância da contribuição de Fazzalari com a sua teoria do processo, ao afirmar que “sendo o processo um procedimento em contraditório, o protagonismo não é judicial, mas das partes interessadas. Ao juiz se lhe reserva um papel de garantidor da eficácia do contraditório e não [...] como juiz-ator, como juiz inquisidor” (LOPES JR, 2017, p. 225). Logo, o contraditório efetivo só é possível com a separação das atividades de acusar e julgar, vedando qualquer procedimento de ofício que inviabilize o juiz-expectador e passivo do sistema acusatório.

Outras duas características do sistema acusatório são a predominância da publicidade e da oralidade dos atos processuais, pois, estas são indispensáveis para o próprio exercício do contraditório. Quanto à primeira, López Ortega (1999, p.41, apud PRADO, 2005, p. 249-50) afirma que:

[...] a publicidade para as partes, ou interna, significa que todos os atos processuais das partes, do juiz e dos demais sujeitos deverão ser conhecidos na totalidade e tempestivamente pela parte adversa, razão por que defende que este modelo de publicidade está ligado ao princípio do contraditório.

Além da publicidade interna dos atos, que possibilitam o conhecimento destes pela parte contrária e criam as condições para o exercício do contraditório entre a defesa e acusação, tem-se também a publicidade externa, em que “o próprio processo pode ser definido como procedimento público em contraditório.” (PRADO, 2005, p. 249).

Para o exercício do contraditório e fortalecimento da estrutura dialética do processo, a predominância da oralidade dos atos é fundamental, visto que possibilita às partes, às testemunhas e ao acusado um contato direto com o juiz, sem a interferência de textos, contribuindo para uma melhor compreensão do magistrado a respeito dos fatos que provavelmente ocorreram. Quanto à oralidade, Prado (2005, p. 243) relata que:

[...] a ênfase na oralidade como componente democrática do processo penal e elemento constitutivo do sistema acusatório tem a ver com o reconhecimento de que os métodos de aplicação do direito, ou melhor de interpretação das regras jurídicas e de sua efetiva aplicação aos casos concretos, não abrangem toda a atividade intelectual do juiz quando sentencia [...] Nem mesmo o dever de motivação das decisões tem o poder de fazer revelar todas as forças que combinaram para levar o julgador a adotar determinada fase.

Destarte, textos geralmente estão comprometidos a alguma teoria e não registram as expressões, os gestos, os sinais, a firmeza da voz dos atores processuais, elementos importantes na formação do livre convencimento do juiz.

É válido salientar, que na prática jurisdicional, a oralidade está sendo desvirtuada e com a conivência do órgão judicante, pois este autoriza em juízo, a simples leitura de testemunhos feitos nas investigações preliminares ou meras declarações de ratificação do que já foi dito, mesmo tendo ciência que nesta fase pré-processual, não estiveram presentes, na mesma amplitude da jurisdição, as garantias do contraditório e da defesa. Lopes Jr (2016, p. 162-3) alega que, com exceção dos elementos de convicção de natureza irrepitível, em que são aplicáveis a produção antecipada de provas, os demais elementos obtidos no inquérito devem ser repetidos na fase processual, para serem passíveis de valoração pelo juiz na sentença, no entanto alerta que:

Não configura repetição a mera leitura do testemunho anteriormente realizado, seja pelo juiz ou pelas partes. Isso é reprodução e não repetição. [...] Tampouco pode ser considerada repetição a ratificação do depoimento anteriormente prestado. [...] A oralidade garante a imediação e ilumina o julgador, que, com o contato direto, dispõe de todo um campo de reações físicas imprescindíveis para o ato de valorar e julgar. O ato de confirmar o anteriormente dito, sem efetivamente declarar, impede de alcançar os fins inerentes ao ato. A ratificação ou retificação deve ser aferida ao final, após a declaração integral, pelo confronto com a anterior. O simples fato de dizer 'ratifico o anteriormente alegado' é, em síntese, um nada jurídico e uma reprovável negação de jurisdição. Ou seja, o juiz que assim procede não faz juz ao poder que lhe foi outorgado.

Diante do exposto, para uma consolidação do sistema acusatório, a predominância da oralidade nos procedimentos é condição necessária, para fins de robustecimento do contraditório e da dialética entre as partes, porém, elementos de convicção produzidos na ausência da jurisdição e sem a ampla garantia do contraditório e da defesa, não podem ser simplesmente lidos ou confirmados oralmente perante o juiz e com seu aval, sem que a própria pessoa volte a praticar o idêntico ato, do mesmo assunto e de igual forma.

Destaque-se, que o novo instituto do juiz das garantias, proposto para atuar na fase pré-processual (tema deste trabalho), também não deverá admitir estas meras repetições de testemunhos e simplórias ratificações de depoimentos, visto que as suas decisões cautelares a

respeito das medidas restritivas dos direitos fundamentais do investigado, não devem ser valoradas através destas simplórias repetições e/ou ratificações, que impossibilitam exercer a sua função de tutelar as garantias fundamentais do investigado.

O produto final deste procedimento processual, que está legitimada pelo contraditório entre as partes, é a decisão, que em um sistema acusatório, deverá ser fundamentada por um órgão jurisdicional, através do livre convencimento motivado. Lopes Jr. (2016, p. 880) sintetiza que:

[...] o poder judicial somente está legitimado enquanto amparado por argumentos cognoscitivos seguros e válidos (não basta apenas boa argumentação), submetidos ao contraditório e refutáveis. A fundamentação das decisões é instrumento de controle da racionalidade, e principalmente, de limite ao poder, e nisso reside o núcleo da garantia.

A ausência da fundamentação, em uma decisão judicial, impossibilita o contraditório e qualquer possibilidade de defesa e impugnação, pois, se não há publicidade para as partes dos motivos do convencimento do juiz, que está limitado ao devido processo legal e à interpretação constitucional, será inviável refutar o que se desconhece.

Outra característica do sistema acusatório é a possibilidade de que qualquer uma das partes possa se opor à decisão e impetrar recurso, porque é uma consequência lógica do direito ao exercício do contraditório, da defesa e do devido processo legal. Lopes Jr. (2016, p. 971) afirma que:

A partir do momento em que se estabelece o processo como um sistema heterônimo de repartição, com um terceiro imparcial com poderes decisórios, supraordenado às partes e, portanto, ocupando uma posição fundante da estrutura dialética [...], nasce, como consequência lógica, a necessidade de permitir-se o reexame daquela decisão. O fundamento do sistema recursal gira em torno de dois argumentos: falibilidade humana e inconformidade do prejudicado.

O reexame da decisão no mesmo processo e por um colegiado de juízes diferentes, reforça a estrutura dialética e o contraditório, visto que pode ser impetrado por qualquer uma das partes que se sentir prejudicada, além de mitigar a crença no juiz-inquisidor, com poderes sobrenaturais, que sempre chegará à “verdade-real” e alcançará a “justiça”, resquícios inquisitoriais da infalibilidade papal.

Por fim, a última característica do sistema acusatório é a existência da coisa julgada, pois esta representa um limite ao poder de persecução penal do órgão estatal e uma segurança jurídica para as partes, que obtiveram uma decisão legitimada pelo contraditório, e que tiveram direito ao recurso. Lopes Jr. (2017, p. 155) relata que:

A inexistência da coisa julgada era característica do sistema inquisitório. Eymerich alertava que o bom inquisidor deveria ter muita cautela para não declarar na sentença de absolvição que o acusado era inocente, mas apenas esclarecer que nada foi legitimamente provado contra ele. Dessa forma, mantinha-se o absolvido ao alcance da Inquisição e o caso poderia ser reaberto mais tarde pelo tribunal, para punir o acusado sem o entrave do trânsito em julgado.

O respeito à coisa julgada é uma garantia de que o acusado continuará a ser tratado, após a decisão do último recurso, como um sujeito de direitos, típico de um sistema acusatório, e não como um mero objeto de investigação, característica de um sistema inquisitório.

Em resumo, o elemento do núcleo fundante do sistema acusatório é a distinção das atividades de julgar e acusar durante toda a fase pré-processual e processual (não basta apenas a separação inicial das atividades). Deste principal elemento decorrem, de forma direta ou indireta, as demais características do sistema acusatório que são: a vedação a qualquer atividade de ofício relacionada à iniciativa/gestão probatória ou investigativa (atividade exclusiva das partes), a imparcialidade do juiz, o tratamento isonômico das partes e a paridade de “armas”, a maximização do exercício do contraditório e da defesa (autodefesa e defesa técnica equiparada à acusação) com a predominância da oralidade e da publicidade em todos os atos investigativos (dentro dos limites possíveis) e processuais, a existência de uma decisão fundamentada por um órgão jurisdicional através do livre convencimento motivado, a possibilidade do reexame da decisão no mesmo processo, o respeito à coisa julgada.

Vencida esta fase de identificação do elemento do núcleo fundante e das características do sistema acusatório, no próximo tópico será analisada a imparcialidade do juiz, visto que a sua preservação é a maior justificativa dada pela Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal, para propor a implementação do instituto do Juiz das Garantias⁴.

⁴Trecho do relatório do Senador Renato Casagrande sobre o juiz das garantias no projeto de reforma do CPP: “O projeto de Código institui a figura do juiz de garantias para romper com essa lógica da prevenção. Com efeito, o juiz chamado a intervir no inquérito policial ficará impedido de julgar o caso (art. 17). Trata-se, portanto, de um giro de 180 graus. A ideia é garantir ao juiz do processo ampla liberdade crítica em relação ao material colhido na fase de investigação. O raciocínio é o seguinte: o juiz que atua no inquérito, seja mantendo o flagrante ou decretando a prisão preventiva do investigado, seja autorizando a quebra dos dados resguardados por sigilo constitucional, incluindo a interceptação das conversas telefônicas, seja permitindo técnicas invasivas como a infiltração de agentes, pois bem, esse juiz tende, cedo ou tarde, a assumir a perspectiva dos órgãos de persecução criminal (polícia e Ministério Público). Por isso, para que o processo tenha respeitado o equilíbrio de forças e assegurada a imparcialidade do magistrado, seria melhor, na ótica do PLS nº 156, de 2009, separar as duas funções. Além do mais, como teríamos um juiz voltado exclusivamente para a investigação, estima-se que isso se traduza em maior especialização e, portanto, ganho de celeridade. (Parecer do dia 09/12/2009 da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal sobre o Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Relator: Senador Renato Casagrande, p. 27-28), disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>, acessado em 26.05.2017.

4. A IMPARCIALIDADE DO JUIZ DO PROCESSO COMO PRINCIPAL BASE LEGITIMADORA PARA A CRIAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS

4.1 A IMPARCIALIDADE DO JUIZ: CONCEITO E MECANISMOS DE PROTEÇÃO

A imparcialidade nos julgamentos é de extrema importância para a vida em sociedade e a sua busca remonta a tempos antigos, com registros de sua positividade há cerca de 3.500 A.C. Casara (2015, p.144) observa que “na Bíblia, encontra-se menção à imparcialidade (‘justos juízos, sem se inclinarem para uma das partes...’ – Deuteronômio, 16, 18 – 20). Também no Código de Hammurabi e no de Manu, exige-se a imparcialidade do juiz. Trata-se de validade da atuação judicial; a exigência legal é um dado objetivo”. Diante disto, verifica-se, desde tempos remotos, a imparcialidade como um elemento imperioso dos antigos juízos, ao ponto, de sua ausência invalidar os atos do juiz.

A imparcialidade do órgão jurisdicional não é uma exigência apenas do processo penal, mas de todo e qualquer processo, posto que possibilita o tratamento isonômico das partes e viabiliza uma decisão justa. Lopes Jr. (set-dez 2016, p. 57) ressalta que se trata de “um ‘princípio supremo do processo’ e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e final julgamento da pretensão acusatória e do caso penal. Sobre a base da imparcialidade funda-se a estrutura dialética de um processo penal constitucional e democrático”. Frise-se que é um “princípio supremo do processo” acusatório e não inquisitório, visto que, a parcialidade do julgador obsta a isonomia do contraditório e da defesa, que são garantias das constituições democráticas e características essenciais de um sistema acusatório.

Em função da própria subjetividade inerente à essência da imparcialidade, se faz necessária a tentativa de sua definição e delimitação, para que possam ser criados mecanismos processuais legais de aferição de sua violação e de sua proteção. Casara (2015, p.144) define a imparcialidade como “sinônimo de alheabilidade; ou seja, o julgador deve estar equidistante dos interesses veiculados pelas partes e não pode retirar proveito do processo. Juiz imparcial é aquele que não tem interesse, próprio ou de pessoa que lhe seja próxima, no julgamento”. Maya (2014, p.99) complementa que:

Ser imparcial não significa [...] ser neutro. Muito pelo contrário, a imparcialidade pressupõe a exata compreensão do observador, ou do julgador, acerca da sua formação subjetiva, de seus conceitos, de sua função, para, com isso, adotar uma postura efetivamente distante (alheia) em relação aos interesses das partes envolvidas na controvérsia judicial, sem se deixar contaminar por eles.

Assim sendo, para manter sua imparcialidade, o juiz deve ser um terceiro desinteressado e suprapartes. Apesar da existência do aspecto subjetivo da imparcialidade, esta não se confunde com a neutralidade, que era um mito defendido pelo positivismo, através da crença utópica do juiz como “boca da lei”. A respeito do tema, Casara (2015, p. 148) declara que a:

[...] neutralidade, por definição, indica ausência de valores. O homem, e o juiz não é exceção (deve-se abandonar o mito do ‘juiz quase divino’), é formado por valores que se agregam à personalidade durante a caminhada histórica. [...] a neutralidade é impossível, porque o julgador está sempre em relação com o seu meio social, com a tradição em que se insere sua história de vida etc.

Desta forma, a neutralidade exigiria do juiz uma postura completamente isenta de valores, interesses e preconceitos, como se fosse possível estar totalmente imune ao seu contexto histórico e social.

Vale destacar, que há doutrinador que defende que a imparcialidade também é inatingível, em razão da própria condição humana. Carnelutti (2006, p.36) chega a afirmar que “a justiça humana não pode ser senão uma justiça parcial; a sua humanidade não pode senão resolver-se na sua parcialidade. Tudo aquilo que se pode fazer é buscar diminuir esta parcialidade. O problema do direito e o problema do juiz é uma coisa só.” Apesar das limitações humanas para a obtenção da imparcialidade nos julgamentos, é possível criar tanto condições legais, institucionais, procedimentais para ampliar sua eficácia, como garantias para proteger os três perfis da imparcialidade do juiz: a competência previamente definida em lei, a independência e a própria imparcialidade (equidistância), que são os três elementos do princípio do juiz natural. Para Ferrajoli (2006, p. 534):

Esses três perfis da imparcialidade do juiz requerem garantias orgânicas que consistem do mesmo modo em separações: a imparcialidade requer a separação institucional do juiz da acusação pública; a independência requer a sua separação institucional dos outros poderes do Estado e por outro lado a difusão da função judiciária entre sujeitos não dependentes um do outro; a naturalidade requer exclusivamente a sua separação de autoridades comissionadas ou delegadas de qualquer tipo e a predeterminação exclusivamente legal de suas competências.

Por conseguinte, os três perfis da imparcialidade, descritos por Ferrajoli, compõem o princípio do juiz natural, que é a garantia de ter o seu processo julgado por um ente: imparcial (através da distinção das atividades de acusar e julgar e da equidistância das partes); independente (independência externa em relação aos poderes executivo, legislativo, à mídia, além da independência interna no próprio poder judiciário); e definido previamente à

ocorrência do delito (competência prévia definida em lei, para fins de coibir a formação de juízos de exceção essencialmente parciais, formados após os fatos).

Ressaltando a importância do princípio do juiz natural para a imparcialidade, Marcelo Badaró (apud PRADO, 2016, p. 11), em sua tese de Livre Docência apresentada na USP, vai além da doutrina majoritária:

Em suma, é fácil perceber que, se houver a intenção séria de se assegurar um juiz de cuja parcialidade não se possa duvidar, por certo, a garantia do juiz natural não pode se limitar a definição do órgão jurisdicional competente, mas deve incluir, também, a pessoa do juiz, que irá concretamente exercer a jurisdição no caso concreto. Ou seja, o juiz natural não ser apenas uma garantia de prévia definição do órgão jurisdicional competente, mas também da pessoa do juiz que irá julgar.

Desta maneira, ao definir previamente ao delito, a pessoa de um juiz que será competente pelo processo, o princípio do juiz natural se robustece na concretude da garantia da imparcialidade do julgador.

No sistema legal nacional existem diversas regras de proteção destes perfis de imparcialidade, dentre elas podemos citar as garantias: do próprio juiz (inamovibilidade, irredutibilidade dos vencimentos e vitaliciedade), da independência do poder judiciário (tanto orçamentária como de gestão dos recursos e organização funcional), da definição prévia legal do julgador (regras de competência), além dos instrumentos processuais, que possibilitam tanto o magistrado exercer o seu dever de abstenção do processo, como as partes recusarem o juiz (exceções de impedimento e de suspeição, ambas espécies do gênero incompatibilidade, através, respectivamente, dos artigos 252/253, 254 e 112 do Código de Processo Penal Brasileiro).

Vale ressaltar, que o entendimento da doutrina e jurisprudência majoritárias, quanto às causas de impedimento e de suspeição é de que ambas possuem o rol taxativo, porém, já há julgados do STF e STJ alterando esta interpretação. Apesar de ainda não consolidado, este novo entendimento é um avanço para a ampliação da tutela da garantia à imparcialidade do órgão jurisdicional e alguns destes julgados serão discorridos no próximo item.

4.2 AVANÇOS JURISPRUDENCIAIS PARA A GARANTIA DA IMPARCIALIDADE

As causas de impedimento proíbem o juiz de atuar e referem-se a situações do próprio processo em curso, e o entendimento da maioria da doutrina e da jurisprudência é que seu rol é taxativo e o termo “outra instância” (do artigo 252, III) está restrita ao mesmo processo⁵. No entanto, esta interpretação de que as hipóteses de impedimento são *numerus clausus* vem sendo revisada pelo STF, em virtude dos julgamentos dos HC's: 86.963/RJ, 94.641/BA e 92.893/ES.⁶

No primeiro HC, foi admitido pelo STF que foi violado o artigo 252, III, em virtude de que um mesmo desembargador que julgou um recurso administrativo e manteve a pena de demissão do servidor, depois fez parte do colegiado do julgamento da interposição do recurso de apelação contra a sentença condenatória pelos crimes de peculato e falsificação de documento público. O Ministro Eros Grau utilizou o artigo 3º do Código de Processo Penal pátrio (CPP)⁷, para interpretar de forma extensiva o vocábulo instância, para que este fosse aplicado não somente a outro grau de jurisdição, mas também a outras esferas administrativas.

Já o segundo HC, de nº 94.641/BA, a Suprema Corte também interpretou que ocorreu a transgressão da imparcialidade objetiva, porque o mesmo julgador presidiu o procedimento administrativo de apuração da paternidade, conforme a Lei 8.560/92 e posteriormente também foi o responsável: pelo recebimento da denúncia por atentado violento ao pudor contra o hipotético pai, pelo decreto de sua prisão preventiva e pelo proferimento da sentença condenatória. Vale ressaltar, que durante o procedimento administrativo, o pretenso pai negou a sua alegada paternidade e o magistrado coletou os elementos de convicção e os enviou junto com um relatório para o Ministério Público, para que este tomasse as medidas legais contidas na supracitada lei. Outro ponto a destacar, é a ocorrência de várias alusões aos atos das investigações preliminares na sentença.

Diante do exposto, ambos HC's demonstram que não há mais uma pacificação quanto à interpretação na jurisprudência de que as causas de impedimento são taxativas, ampliando a interpretação do termo “outra instância” do artigo 252, III, para incluir também as esferas

⁵HC 67997, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 29.06.1990, DJ 21.09.1990. No mesmo sentido: Supremo Tribunal Federal. HC 77930, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 09.02.1999, DJ 09.04.1999. HC 73099, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 03.10.1995, DJ 17.05.1996. Em igual sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento HC 83.020/SP (Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 25.05.2004, DJ 12.11.2004).

⁶ Maya (2014, p.84-8)

⁷Art. 3o A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

administrativas. Este novo entendimento jurisprudencial, apesar de ainda não consolidado, se aproxima da fundamentação da exposição de motivos do anteprojeto de lei do novo Código de Processo Penal Brasileiro a ser analisado no item 5.1, para legitimar a criação do juiz das garantias, pois, ambos compreendem que, se o magistrado que atua na fase pré-processual (fase administrativa da investigação criminal) também for o competente para a fase processual, ocorrerá a transgressão da imparcialidade do órgão jurisdicional.

Conforme já mencionado na introdução desta monografia, o Juiz das Garantias será o responsável: pelo controle da legalidade das investigações preliminares e pela tutela das garantias fundamentais do investigado na fase que antecede o processo. Destarte, para exercer esta função de garante, terá que decidir cautelarmente a respeito das medidas de restrição dos direitos fundamentais do sujeito passivo, nesta fase anterior ao oferecimento da denúncia. Este novo juiz das garantias não será o mesmo magistrado que irá julgar o mérito do processo penal, ou seja, o julgador do processo. O objetivo disto, é que o juiz da fase processual não forme, previamente, conceitos contaminados pelos elementos de convicção produzidos no decorrer da investigação preliminar, que é uma fase marcada por elementos inquisitoriais, garantindo com isto a sua imparcialidade no julgamento do mérito.

Já as hipóteses de suspeição são relacionadas às circunstâncias externas ao processo e estão contempladas no artigo 254 do CPP, cuja doutrina majoritária a tem, de maneira equivocada, como rol taxativo. Lopes Jr. argumenta que “não pode ser taxativo, sob pena de – absurdamente – não admitirmos a mais importante de todas as exceções: a falta de imparcialidade do julgador”. Vale citar a jurisprudência do STJ que ratifica o entendimento de Lopes Jr., como na ementa do Recurso Especial 2000/0004959-0⁸ e no julgamento do HC 146.796/SP⁹, que utilizam a analogia e a interpretação extensiva do artigo 3º do CPP, para admitir casos que não estejam no rol taxativo da suspeição, mas que há a violação da imparcialidade do julgador.

Destaca-se a utilização do artigo 112 do próprio CPP, referente à incompatibilidade, que também é usado na interpretação extensiva para situações de impedimento e/ou suspeição que não se enquadram nas causas listadas nos artigos 252, 253 e 254 do CPP. Este tipo de solução

⁸Ementa: Embora se afirme que a enumeração do art. 254, do Código de Processo Penal, seja taxativa, a imparcialidade do julgador é tão indispensável ao exercício da jurisdição que se deve admitir a interpretação extensiva e o emprego da analogia diante dos termos previstos no art. 3º do Código de Processo Penal (STJ – Resp – 6ª Turma – Rel. Vicente Leal – 01/10/2001)

⁹Julgamento do HC 146.796/SP: Para atender ao ao real objetivo do instituto da suspeição, o rol de hipóteses do art. 254 do CPP não deve, absolutamente, ser havido como exaustivo”, sendo possível a sua interpretação combinada como o artigo 135, V, do Código de Processo Civil, em aplicação analógica autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal (STJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julgado dia 04.03.2010, publicado no DJE em 08.03.2010.)

é adotada nas circunstâncias em que a competência do juiz é determinada pela regra da prevenção.¹⁰ A regra da prevenção está descrita no artigo 83 do CPP¹¹, pelo qual define o juiz prevento como aquele que teve o primeiro contato com o processo, mesmo que este tenha sido na fase pré-processual. A prevenção será aplicada de forma subsidiária, quando as outras regras de competência não forem capazes de determinar o juiz competente para a causa.

É importante observar, que a interpretação da jurisprudência quanto à expressão “prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa” constante no artigo 83 do CPP, especificamente quanto a fase pré-processual em que atuará o Juiz das Garantias, tem apontado no sentido de que esta prática seja relativa a atos jurisdicionais decisórios, em que o julgador necessite obter uma cognição prévia da causa, para desempenhar o mister de salvaguarda dos direitos fundamentais do investigado. Maya (2014, p. 119) cita exemplos de julgados que corroboram este entendimento:

Nessa linha, afirmou o Supremo Tribunal Federal ser prevento para o processo e julgamento da ação penal “o Juiz que primeiro toma conhecimento da causa e examina a representação policial relativa aos pedidos de prisão temporária, busca e apreensão e interceptação telefônica, nos termos do art. 75, parágrafo único, c/c art. 83 do Código de Processo Penal”.¹² O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, reconheceu que “Mesmo antes do oferecimento da denúncia o Juiz torna-se prevento para a análise e julgamento do processo se teve a oportunidade de se manifestar, na fase do inquérito policial, sobre a regularidade da prisão em flagrante delito”¹³ Em igual sentido, [...] aquele que decretou a prisão preventiva¹⁴ ou a prisão temporária¹⁵ dos investigados.

Isto posto, esta regra de prevenção acaba por contribuir para a formação de juízos prévios por parte do juiz que irá julgar o processo e o mérito da possível ação penal futura, pois, já estará prevento desde a fase anterior ao recebimento da denúncia. Note-se que, para executar a sua incumbência constitucional de garantidor na fase de investigações preliminares, o magistrado necessitará praticar estes atos jurisdicionais decisórios, e portanto, lhe será exigido mais do que um mero conhecimento da causa, afetando, com isto, a sua imparcialidade. Este é o entendimento que vem se consolidando nos últimos julgamentos do

¹⁰ Maya (2014, p. 91)

¹¹ Artigo 83 do CPP: Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou queixa.

¹² HC 88214, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Menezes Direito, Primeira Turma, julgado em 28.04.2009, publicado em 14.08.2009.

¹³ HC 108.528/PE, Rel. Min. Jane Silva (desembargadora Convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 28.08.2008, Dje 15.09.2008.

¹⁴ HC 41.095/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 14.11.2007, DJ 03.12.2007

¹⁵ HC 60.326/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 19.06.2007, Dje 04.08.2008.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), apesar de ainda existirem algumas oscilações nos julgados e este será o tema do próximo item.

4.3 A CONTRIBUIÇÃO DAS DECISÕES DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

Em função desta realidade, os doutrinadores com viés garantista e também o TEDH, refutam o critério da prevenção como regra de competência, devido a violação da imparcialidade do julgador. Lopes Jr. (set.-dez. 2016, p. 64) relata que “partindo das decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), a maior parte dos países europeus passou a considerar a prevenção como geradora de uma presunção absoluta de parcialidade. Isto é, o juiz preventivo tem sua imparcialidade comprometida e não pode participar do julgamento”. Esta jurisprudência do TEDH deve-se ao fato de que a subjetividade é intrínseca à imparcialidade, situação que gera dificuldade na elaboração de mecanismos de aferição e controle a respeito de juízos pessoais e íntimos do magistrado. Diante disto, nasceu a exigência para o TEDH de criar critérios objetivos que permitam constatar qualquer risco de que o juiz possa se contaminar subjetivamente e com isto se tornar parcial.

Antes de adentrar nos julgados do TEDH, é de vital relevância frisar que: a Declaração Universal de Direitos Humanos (em seu artigo 10), a Convenção Europeia de Direitos Humanos (em seu artigo 6.1) e o Pacto de San José da Costa Rica (em seu artigo 8º) em que o Brasil é signatário, elevam à categoria de direito fundamental do indivíduo, a garantia a uma audiência por parte de um tribunal independente e imparcial.

O paradigmático e famoso caso Piersack vs. Bélgica¹⁶, em que a sentença foi proferida pelo TEDH na década de 80, marca o início de suas decisões sobre o fato de que a contaminação oriunda da parcialidade, pode advir não só da ausência de imparcialidade subjetiva, mas também da imparcialidade objetiva, e este julgado passou a ser uma referência para outros julgamentos pelo TEDH. Neste caso, em síntese, um promotor do Ministério Público de Bruxelas que tinha coordenado as investigações criminais de um suposto delito de Piersack, em seguida, após a sua investidura na magistratura, foi também quem presidiu o tribunal de juízes que julgou e condenou o acusado pelo mesmo crime. O TEDH entendeu que houve um comprometimento da imparcialidade objetiva do juiz e isto violou o artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. De acordo com Maya (2014, p. 97):

¹⁶Application n° 8692/79, de 26.10.1984 disponível em https://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN, acessado em 29.05.2017.

Considerou a Corte que o fato de um juiz ter exercido antes, e no mesmo procedimento, as funções do Ministério Público, autoriza a sociedade em geral, e o réu em particular, a temer que ele não ofereça garantias suficientes de imparcialidade. Afirmou, ainda que sequer é preciso analisar se o juiz, quando no Ministério Público, efetivamente praticou algum ato de investigação relacionado ao feito, sendo suficiente, para justificar objetivamente a suspeita quanto a sua imparcialidade, o fato de ter sido ele o coordenador da seção responsável pela investigação dos fatos.

Dessa maneira, ao incluir a imparcialidade objetiva como uma das causas da parcialidade do magistrado, o TEDH busca a sua fundamentação na teoria da aparência da imparcialidade. Prado (2016, p.12) extrai deste julgado do TEDH, critérios importantes quanto à dualidade da imparcialidade, em seus aspectos subjetivos e objetivos:

a) a imparcialidade define-se como ausência de pré juízos ou parcialidades e sua existência deve ser apreciada tanto subjetiva como objetivamente; b) enquanto que o aspecto subjetivo implica a aferição sobre a convicção pessoal de um juiz parcial em um caso, o aspecto objetivo se vincula com o fato de que o juiz ofereça as garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável; c) no aspecto objetivo, todo juiz em relação ao qual possa haver razões legítimas para duvidar de sua imparcialidade deve abster-se de conhecer o caso, pois o que está em jogo é a confiança que os tribunais devem inspirar aos cidadãos em uma sociedade democrática.

Logo, não é suficiente o juiz ser imparcial (imparcialidade subjetiva), ele tem que parecer ser imparcial perante a sociedade (imparcialidade objetiva). Observação importante é que, de acordo com Maya (2014, p. 96), “a Corte afirma que, [...] a desconfiança do acusado acerca da imparcialidade do juiz é importante, porém não é determinante, sendo fundamental para o reconhecimento da violação do artigo 6.1 [...] identificar se o temor pela perda da imparcialidade pode ser objetivamente justificada.” Deste modo, a teoria da aparência da imparcialidade oferece aos tribunais a possibilidade de avaliar e principalmente, comprovar, com mais praticidade e objetividade, se determinada situação irá provocar ou não desconfianças e incertezas nos jurisdicionados, quanto a uma possível parcialidade do órgão jurisdicional. Quanto a esta teoria da aparência, Lopes Jr. (set.-dez. 2016, p. 63) conclui que:

[...] para assegurar a imparcialidade objetiva – estética de imparcialidade – é preciso que o juiz esteja objetivamente afastado, ou seja, que não pratique 'atos de parte', que não determine medidas restritivas de direitos fundamentais de ofício. É um dado objetivo e facilmente aferível, sendo portanto mais eficiente do que se discutir a imparcialidade subjetiva.

Portanto, para se garantir a imparcialidade objetiva, faz-se necessário também maximalizar a eficácia das garantias de proteção ao núcleo fundante e às principais características do sistema acusatório, já explanadas anteriormente, tais como, a separação das

atividades de julgar e acusar do início da fase pré-processual até o final da fase processual, a proibição a qualquer atividade de ofício referente à iniciativa/gestão probatória ou investigativa que deve ser exclusiva das partes, a imparcialidade subjetiva do juiz através do alheamento das partes, o tratamento igualitário das partes, a paridade de “armas”, o exercício do contraditório e da defesa com a predominância da oralidade e da publicidade, e uma decisão fundamentada pelo juiz através do livre convencimento motivado, todas características, que podem ser protegidas e maximizadas, através do sistema garantista de Ferrajoli, que também já foi exposto como referencial teórico do presente trabalho.

Além disso, as medidas cautelares de natureza real e pessoal e os seus princípios norteadores, geralmente presentes na fase de investigações preliminares, requerem do julgador um juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o obstam de proceder com imparcialidade na ação penal, e este assunto será enfrentado no próximo item. De acordo com este entendimento, destaca-se outro julgamento do TEDH, pertinente para o propósito desta monografia. que é o caso Hauschild vs. Dinamarca.¹⁷ Em resumo, um juiz que proferiu vinte decisões para a manutenção da prisão cautelar do investigado, em um período de cerca de quinze meses, fez parte do julgamento, com a função de juiz togado, em uma sessão juntamente com mais dois juízes leigos, que condenou o acusado por sete delitos de evasão de divisas.¹⁸ A respeito deste caso Maya (2014, p.98) concluiu que:

[...] o TEDH considerou que, diante do fundamento da prisão cautelar – convencimento do juiz da existência de uma suspeição notadamente confirmada de ter o réu cometido o delito que lhe é imputado – não há como negar serem muito tênues as diferenças entre o que deve decidir ele em relação à medida cautelar e à própria questão de mérito, motivo pelo qual a imparcialidade do tribunal se considera aberta a dúvidas, e o temor do acusado deve ser tido por objetivamente justificado.

Diante destas considerações do TEDH, o que chama mais atenção não é o número de vezes em que a prisão cautelar foi mantida, mas, o fato de que a fundamentação da prisão cautelar foi a comprovação objetiva da perda da imparcialidade e que pôde ser objetivamente justificada. Lopes Jr. (set.-dez. 2016, p. 63) complementa que:

Por outro lado, ainda que agindo mediante invocação, quando o juiz é chamado a decidir sobre uma prisão cautelar, uma quebra de sigilo bancário, fiscal ou qualquer outra medida invasiva, ele necessariamente 'conhece' (cognição) da matéria a partir da versão unilateral do acusador e forma sua pré-compreensão que o condiciona.

¹⁷ Application n° 10486/83, de 24.05.1989, disponível em https://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN, acessado em 29.05.2017. Neste mesmo sentido, têm-se os casos Ferrarteli y Santangelo contra Itália, de 1996 e Wettstein contra Suíça, de 2000.

¹⁸ MAYA, 2014, p. 98.

Destarte, o magistrado para executar a sua função de garante durante a fase de investigações preliminares, terá que, necessariamente, aprofundar seu juízo de valor sobre a materialidade e a autoria do delito, a ponto de comprometer a sua imparcialidade (subjetiva ou objetiva ou até as duas). Além disto, este condicionamento por estas pré-compreensões provenientes desta “versão unilateral do acusador” supracitada por Lopes Jr, ainda é mais grave na fase inquisitorial do inquérito, em que as garantias do contraditório e da defesa são mitigadas.

Destaca-se também, que este condicionamento, frequentemente, opera no juiz de maneira imperceptível e inconsciente, o que pode ser explicado através das experiências empíricas da Teoria da Dissonância Cognitiva e do efeito primazia, que serão expostas no decorrer deste trabalho. O próximo julgamento do TEDH a ser analisado, se destaca pela ampliação do alcance do que deve ser considerado como violação à imparcialidade objetiva.

Trata-se de uma decisão de 20/10/1998, no caso “Castillo- Algar vs. España”, em que o TEDH proclamou a transgressão do direito a um órgão jurisdicional imparcial, devido ao fato de que dois juízes terem participado de um julgamento na fase processual, após terem indeferido um recurso que foi interposto na fase anterior ao processo.¹⁹ Lopes Jr (set.-dez 2016, p. 64) enfatiza que “esses dois magistrados não atuaram como juízes de instrução, mas apenas participaram do julgamento de um recurso interposto contra uma decisão interlocutória tomada no curso da instrução preliminar pelo juiz instrutor. Isso bastou para que o TEDH entendesse comprometida a imparcialidade desses dois juízes”.

Logo, o TEDH cada vez mais amplifica a abrangência da teoria da aparência da imparcialidade e forma uma presunção de que a prevenção não deve ser uma regra de competência, como no Brasil, mas muito pelo contrário, uma causa de exclusão da competência para garantia da imparcialidade.

No entanto, na realidade, esta presunção ainda é relativa, pois apesar do TEDH estar gradativamente consolidando seu posicionamento de que o juiz prevento (aquele que praticou atos decisórios em uma fase preliminar anterior ao processo) comprometeu a sua imparcialidade e por isto, não pode fazer parte do julgamento do processo, algumas decisões em sentido contrário ainda persistem, como é o caso *Jasinski vs Polônia*²⁰. Em suma, um juiz polonês, no decorrer da fase que antecedeu o processo, prorrogou por seis vezes a prisão

¹⁹ LOPES JR, set.-dez 2016, p.64

²⁰ Application n° 30865/96, de 20.03.2006. Disponível em: http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN, acessado em 30.05.2017.

preventiva do investigado, e foi o mesmo magistrado, que na fase processual, indeferiu vários pedidos de liberdade provisória, peticionados pela defesa.

O TEDH decidiu que não houve quebra da imparcialidade do julgador, com o fundamento de que a natureza e amplitude das decisões a respeito do status de liberdade são diferentes das decisões de mérito, e em regra, não ocorre a violação da imparcialidade do órgão jurisdicional, em virtude de uma análise não aprofundada dos indícios de autoria, necessária para suportar a decisão de manter ou não a prisão preventiva.²¹

Portanto, apesar dos avanços dos recentes julgados do TEDH, cada caso concreto vem sendo analisado pelas suas peculiaridades, e as diferentes interpretações que ainda oscilam em casos semelhantes, geram uma insegurança jurídica e um enfraquecimento da proteção da garantia a um julgamento por um tribunal imparcial. Diante deste casuísmo, impedir que o juiz que atue na fase preliminar investigativa seja o mesmo na fase processual se revela como uma solução mais adequada, porque maximiza a eficácia da proteção da garantia à imparcialidade do órgão jurisdicional que irá atuar na fase processual e esta é a proposta do juiz das garantias.

Para reforçar esta compreensão de que este é o caminho mais eficaz para a potencialização da garantia da imparcialidade do órgão jurisdicional na fase processual, será examinada no próximo tópico, uma fundamentação que ainda é bem utilizada nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF), para que a iniciativa investigativa e probatória de ofício na fase de investigação criminal, não seja caracterizada como uma violação da imparcialidade do juiz em atos decisórios posteriores. Para fins de desconstruir esta fundamentação do STF, serão também levantadas algumas hipóteses de contaminação subjetiva neste contexto supracitado, através da apreciação de alguns artigos do CPP, principalmente os referentes às medidas cautelares de natureza real e pessoal, em conjunto com os princípios norteadores utilizados pelo magistrado para a decisão destas medidas.

Desta forma, apesar de alguns avanços jurisprudenciais (STF: HC's 86.963/RJ, 94.641/BA, 92.893/ES e STJ: Recurso Especial 2000/0004959-0, HC 146.796/SP), levantados no item anterior, para maximizar a garantia da imparcialidade, o casuísmo também está presente nas decisões dos tribunais superiores brasileiros e esta realidade robustece a eficácia da solução do juiz das garantias, que estará imune ao casuísmo, para fins de potencializar a imparcialidade do juiz na fase processual.

²¹MAYA (2014, p.137)

4.4. HIPÓTESES DE CONTAMINAÇÃO SUBJETIVA DO JUIZ

Inicialmente, é significativo salientar, que a iniciativa investigativa e probatória de ofício corresponde às atividades investigativas e de persecução penal da polícia ou do Ministério Público, porém, não têm sido esta a interpretação jurisprudencial dos tribunais superiores. Como exemplo de fundamentação para este entendimento, Prado (2016, p. 4-5) transcreve trecho do texto do acórdão, que diversas vezes é utilizado pelo STF:

Não adotou o nosso Código o Juizado de Instrução. Dele tampouco cogitou o projeto Frederico Marques. No Juizado de Instrução, a função da Polícia se circunscreveria a prender infratores e a apontar os meios de prova, inclusive testemunhal. Caberia ao “Juiz Instrutor” colher as provas. A função que hoje se comete à Autoridade Policial ficaria a cargo do “Juiz Instrutor”. Assim, colhidas as provas pelo citado Magistrado, vale dizer, feita a instrução propriamente dita, passar-se-ia à fase do julgamento. O inquérito seria suprimido.

Desta forma, em síntese, o juiz instrutor também atua na fase da investigação preliminar, como o juiz das garantias, porém, diferentemente deste, o juiz instrutor preside e determina todas as investigações e diligências que entender necessárias, para busca de elementos de convicção e os remete ao Ministério Público e este que vai decidir se oferece ou não a denúncia. Este modelo do juiz instrutor vai ser abordado no tópico sobre o juiz das garantias, diferenciando-os. Logo, a fundamentação de que no Brasil não há juiz de instrução e que, desta maneira, o juiz criminal brasileiro que atua na fase pré-processual, mesmo que tenha iniciativa investigativa de ofício, não é um investigador como o juiz de instrução, é muito simplória e realmente não enfrenta, no caso concreto, se há indícios objetivos de que houve ou não a violação da imparcialidade.

Nesta linha de motivação do acórdão, tem-se o HC 92.893/ES²² do STF, que foi solicitado a proferir sua decisão a respeito de um suposto impedimento de um ministro do STJ, que tinha exercido a presidência do inquérito instaurado contra o presidente do Tribunal

²²Ementa da Decisão do HC 92.893/ES de 02.10.2008: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRESIDÊNCIA DE INQUÉRITO. IMPEDIMENTO DO MAGISTRADO. INOCORRÊNCIA. ART. 255 do CPP. ROL TAXATIVO. PRECEDENTES. JUIZADO DE INSTRUÇÃO. INOCORRÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 75 DO CPP COM A CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I – As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem *numerus clausus*. II – Não é possível, pois interpretar extensivamente os seus incisos I e II de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual desempenha funções equivalentes ao de um delegado de polícia ou membro do Ministério Público. Precedentes. III – Não se adotou no Brasil, o instituto acolhido por outros países do juizado de instrução, no qual o magistrado exerce, *grosso modo*, as competências da polícia judiciária. IV – O juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. V – O art. 75 do CPP, que adotou a regra da prevenção da ação penal do magistrado que tiver autorizado diligências antes da denúncia ou da queixa não viola nenhum dispositivo constitucional. VI – Ordem denegada. (HC 92893, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 02.10.2008, Dje-236).

de Contas do Espírito Santo. A insurgência ocorreu quando o paciente teve ciência, através do relatório do acórdão do STJ (que recebeu a sua denúncia e o afastou, de ofício, de exercer as suas funções), de que o mesmo ministro do STJ que tinha presidido o inquérito, também tinha sido o relator do julgamento de recebimento da denúncia.²³ Em vista disto, Maya (2014, p. 183-4) sintetiza que:

[...] sustentaram os impetrantes a nulidade da decisão de recebimento da denúncia, pela inconstitucionalidade da regra da prevenção, uma vez que a atuação de magistrados na fase pré-processual, por colocar-lhes em contato com matérias que posteriormente serão objeto da análise de mérito, retira-lhes a isenção necessária para o julgamento. Afirmaram, em razão disso, ter havido violação ao artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que a situação de fato contraria a necessária separação entre as atividades de acusar e julgar, restabelecendo a figura do juiz inquisidor. E postularam, ao final, a interpretação extensiva do artigo 252, I e II do CPP, de modo a equiparar a atividade do juiz, no caso concreto, à de um delegado de polícia.

A ementa do acórdão, em seu inciso IV, ao tentar salvaguardar a imparcialidade do ministro do STJ, fundamenta que “o juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal”. Prado (2016, p.05) observa que estas são “as referências que visam imunizar a prática judicial investigatória da imputação de violar o dever de imparcialidade imposto pela Constituição” e que “estão inseridas na moldura da interpretação do papel do juiz criminal brasileiro relativamente ao inquérito policial”.

Porém, uma análise de alguns artigos do CPP (especificamente os referentes às algumas medidas cautelares de natureza real e pessoal), e dos seus princípios norteadores, revelam outra realidade. Mesmo que o juiz não pratique atos de ofício e somente quando invocado, para ele exercer a sua função constitucional de garantidor dos direitos fundamentais do investigado na fase que antecede o processo, lhe será exigida uma análise apurada dos pressupostos de admissibilidade destas medidas, sendo improvável que ele não formará “qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal”. Por este motivo, a regra da prevenção, prevista atualmente no CPP pátrio, que fixa a competência do órgão jurisdicional durante o inquérito e a instrução do processo, acarreta uma grande probabilidade de uma contaminação subjetiva do juiz (imparcialidade subjetiva) e viola a imparcialidade objetiva.

²³Maya (2014, p. 182-3)

O juiz, na fase que antecede o processo, somente deve atuar quando invocado pela polícia, pelo Ministério Público ou pelo investigado, para fins de tutelar as garantias fundamentais do acusado ou para decidir cautelarmente a respeito das medidas de restrição dos direitos fundamentais do investigado. Isto decorre da garantia processual do princípio da jurisdicionalidade ou da submissão à jurisdição, importante axioma A7 do SG de Ferrajoli já exposto. Contudo, esta garantia ao próprio sistema acusatório e à imparcialidade, não foi acompanhada pelo legislador no inciso I do artigo 156 do CPP, que é bastante criticado pela doutrina, inclusive por Lopes Jr (set.-dez. 2016, p. 57-8) que desfere a seguinte crítica:

Infelizmente o art. 156, I do CPP cria a possibilidade (substancialmente inconstitucional e incompatível com a imparcialidade, a nosso juízo), de o juiz ordenar, de ofício e na fase pré-processual, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Cumpre sublinhar que é uma ilusão de proteção a parte final do inciso, na medida em que sendo o ato praticado de ofício, cumprirá ao mesmo juiz que determina a realização, aferir a necessidade, adequação e proporcionalidade. Ou seja, ele age de ofício e como controlador de si mesmo...

Deste modo, o inciso I do artigo 156 do CPP²⁴ é a primeira possibilidade de quebra da imparcialidade, visto que, ao juiz é permitida, a busca de provas de ofício, “mesmo antes de iniciada a ação penal”, atividade que deveria ser exclusiva das partes, como já explicado no tópico do sistema acusatório.

Em seguida, serão analisadas algumas hipóteses de contaminação do juiz durante as investigações preliminares, pois possuem pertinência com o tema, particularmente aquelas referentes às medidas cautelares de natureza real (sequestro de bens, hipoteca legal, arresto, busca e apreensão) e pessoal (prisão preventiva, cautelar, temporária, manutenção ou não da prisão em flagrante), sem a intenção de exaurir a análise de todas as medidas cautelares.

Inicialmente, é válido destacar que o magistrado, mesmo quando não age de ofício, ao analisar os pressupostos de admissibilidade das medidas cautelares de natureza real e pessoal, para fins de cumprir a sua função constitucional de garante, terá que se orientar pelos princípios que regem estas medidas, tais como, a jurisdicionalidade, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade. Como se poderá notar na breve definição a seguir destes princípios norteadores e legitimadores da atuação do juiz na fase de investigações preliminares, não se pode afirmar categoricamente que este não fará “qualquer

²⁴Caput e Inciso I do Art. 156 do CPP: A prova da alegação incumbirá a quem fizer, sendo, porém facultado ao juiz de ofício: I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida

juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal”.

A provisionalidade tutela uma situação fática específica e pontual, que quando deixa de existir não mais a justifica; a provisoriedade está relacionada ao fator tempo, que deve ser curto, pré-fixado, provisório; a excepcionalidade que se caracteriza como uma medida realmente necessária e excepcional e não uma regra; e por fim, a proporcionalidade, que demanda uma análise e fundamentação da devida adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito entre a medida e sua finalidade. Isto posto, a cognição necessária, para decidir as medidas cautelares de natureza real e pessoal, orientada por estes princípios, não é tão sumária, como afirmou a suprema corte no acórdão. Para robustecer esta conclusão, serão analisados os artigos do CPP referentes a estas medidas.

Para o sequestro de bens imóveis, temos o artigo 125 do CPP²⁵, que requer do juiz uma análise não tão superficial, ainda na fase de investigação, da probabilidade destes bens terem sido frutos do delito. Já no artigo 126²⁶, destaca-se o vocábulo “indícios veementes” que aprofunda a necessidade de uma apuração mais cuidadosa dos elementos de convicção obtidos nas investigações. No artigo 134²⁷ da hipoteca legal ressalta-se o termo “certeza da infração”, visto que esta expressão “certeza” significa ausência de dúvida. Sendo assim, não se tem como negar a formação do juízo de valor sobre fatos ou questões de direito.

Esta mesma certeza é premissa para o arresto de bens móveis de origem lícita, previsto no artigo 137²⁸. Nos §1º e §2º do artigo 240²⁹ da busca e apreensão, têm-se as expressões “fundadas razões” para a busca domiciliar e “fundada suspeita” para a busca pessoal, que induzem o julgador “a um convencimento provisório acerca da ocorrência do crime e da culpabilidade do suspeito, sendo inegável [...] que, posteriormente, e por isso, já não conhecerá do processo com o distanciamento que a sua função de garantidor requer”.³⁰

²⁵Art. 125 do CPP: Caberá o sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.

²⁶Art. 126 do CPP: Para a decretação do sequestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

²⁷Art. 134 do CPP: A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria.

²⁸Art. 137 do CPP: Se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser arrestados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis. (grifo nosso)

²⁹Art. 240 do CPP: §1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para [...] §2º Proceder-se-á à busca pessoal, quando houver fundada suspeita [...]

³⁰MAYA, 2014, p. 167-9

É importante frisar uma hipótese grave de contaminação subjetiva do magistrado na busca domiciliar, que é o fato de que o §1º do artigo 245 do CPP³¹, autoriza que a própria autoridade judicial, pessoalmente, execute a busca. Lopes Jr (set.-dez. 2016, p. 57-8) ressalta que:

A atuação do juiz na fase pré-processual (seja ela inquérito policial, investigação pelo MP etc.) é e deve ser muito limitada. O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo. O juiz não deve orientar a investigação policial, tampouco presenciar seus atos, mantendo uma postura totalmente suprapartes e alheia à atividade policial. Como regra, o juiz deve agir mediante a invocação, diante de medidas investigatórias submetidas à reserva de jurisdição.

Por conseguinte, vale lembrar que a distinção das atividades de acusar e julgar, é o núcleo fundante do sistema acusatório e a ausência desta diferenciação, sendo um regresso aos tempos do juiz inquisidor e parcial. Já quanto às medidas cautelares de cunho pessoal (prisões cautelar, preventiva, provisória e temporária, manutenção ou não da prisão em flagrante), para decidir sobre a sua admissibilidade, o juiz terá que examinar a ocorrência do *fumus commissi delicti* ou do *periculum libertatis*, sendo este último definido como o perigo oriundo do estado de liberdade do sujeito passivo. Ressalte-se que na análise do *fumus commissi delicti*, o magistrado terá que sondar se o investigado agiu sob a guarida legal das causas excludentes de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito ou estrito cumprimento do dever legal). De acordo com Maya (2014, p.171):

Também esse exame, exigido pela lei processual, está a indicar a necessidade de que o juiz analise detidamente os autos a fim de afastar a possível ocorrência de uma causa extintiva da ilicitude, e somado a isso, se convencer da necessidade da restrição da liberdade do agente em um juízo inegavelmente muito próximo daquele que se exige por ocasião da decisão de mérito, conquanto provisório.[...] Essa tarefa, seja qual for a decisão, exige uma vinculação subjetiva mínima do magistrado, senão com as teses de acusação, com as da defesa. Isso parece elementar.

Além de todos os motivos já alegados até o momento, demonstrando a pertinência desta presunção de parcialidade, entendida na maioria dos recentes julgados pelo TEDH, têm-se também os ensinamentos da psicologia social, a ser abordado no próximo item, que através dos estudos de Leon Festinger, a respeito das relações entre cognição e comportamento humano, abordando no seu livro de 1957, “A Theory of Cognitive Dissonance” (Teoria da Dissonância Cognitiva), sobre o que ocorre com uma pessoa, quando assimila uma primeira

³¹Caput e § 1º do Art. 245 do CPP: As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta. § 1º Se a própria autoridade der a busca, declarará previamente sua qualidade e o objeto da diligência.

informação sobre alguém ou decide algo que esteja relacionada com algum indivíduo, e posteriormente recebe novas informações, sendo várias delas opostas à primeira recebida ou à sua decisão.

4.5 A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

A tese da teoria é a premissa de que uma pessoa possui uma tendência natural a tentar alcançar um estado de coerência, ou seja, de consonância, através de um processo espontâneo e involuntário, quando está diante de crenças, ideias, pensamentos e atitudes contrastantes e opostas, e para isto, apresenta basicamente duas suposições.

Em suma, a primeira é que a pessoa ao se encontrar no estado de dissonância cognitiva, inevitavelmente, ocorre uma coação interna, automática e inconsciente, para eliminar as contradições e diminuir o estresse gerado por esta dissonância. Já a segunda hipótese é que, quando o ser humano está passando por esta realidade de dissonância, além de tentar reduzi-la, existe também um processo ativo de evitar a proximidade com circunstâncias que possam ampliá-la.³²

Outra observação importante desta teoria, é que a probabilidade de ocorrências de dissonâncias nos seres humanos é bem elevada, visto que informações com opiniões variadas oriundas de diversas fontes são cada vez mais acessíveis e frequentes, ao ponto de Festinger concluir que “since reduction of dissonance is a basic process in humans, it is not surprising that its manifestations may be observed in such a wide variety of contexts”³³.

Logo, a dissonância cognitiva, além de se apresentar de modo inevitável, também é bastante comum, inclusive em dois cenários bastante pertinentes com o tema deste trabalho, que são: na tomada de decisão, intitulada de dissonância pós-decisória, e no conhecimento posterior de informações contrastantes em relação à primeira impressão sobre um indivíduo, designada de dissonância pós-primeira impressão, que tem seu embasamento nos conhecimentos da percepção de pessoas, titulado de efeito primazia.

De acordo com esta teoria, após a tomada de decisão, o surgimento da dissonância é inevitável, e para amenizar este desconforto, todos os bons elementos da opção que foi descartada e todos os aspectos ruins da escolha eleita são dissonantes no que diz respeito ao que foi decidido, e portanto, serão automaticamente eliminadas e/ou evitadas, e de maneira

³² FESTINGER (1975, p. 2-4)

³³ FESTINGER (1975, p. 4) “Uma vez que a redução da dissonância é um processo básico em seres humanos, não é surpreendente que suas manifestações possam ser observadas em uma grande variedade de contextos.”(tradução nossa)

inversa, as cognições consonantes à decisão serão valorizadas, pois é um processo natural do ser humano tentar conciliar a cognição e a atitude.

É interessante registrar uma pesquisa empírica que ratifica este entendimento, efetuada por Isaiah Guttman, Danuta Elrich, Judosn Mills e Peter Schönbach. Em síntese, foram estudadas as reações de compradores, após optarem por um entre dois automóveis distintos, em que detinham cognições favoráveis. Os resultados revelaram que posteriormente a tomada da decisão (contexto de dissonância pós-decisória), os sujeitos, de forma natural, demonstravam mais interesse pelas propagandas que apresentavam os bons atributos do veículo que tinham adquirido, no objetivo involuntário e inconsciente, tanto de potencializar a alternativa que escolheram em detrimento da outra, como de mitigar a dissonância ocasionada dos componentes cognitivos favoráveis ao carro preterido.³⁴ Em função destes resultados da pesquisa empírica, Ritter e Lopes Jr, concluíram que (set.-dez 2016, p.70):

[...] “decidir” não é apenas fazer uma escolha. Muito mais do que isso, é assumir (fiel e involuntariamente) o compromisso de conservar uma posição, que decisivamente vinculará o seu responsável por prazo indeterminado, já que tudo que a contrariar produzirá dissonância e deverá ser evitado, ou se não for possível, deturpado, em prol da decisão tomada.

Esta conclusão reforça a necessidade imperiosa de que a regra da prevenção para definição da competência deve ser abolida definitivamente, uma vez que a atual legislação processual penal brasileira permite que o mesmo juiz, que toma variadas decisões na fase pré-processual a respeito do investigado, em um suposto delito, atue também na instrução e no julgamento do mérito, sendo que este magistrado estará, na fase processual, inevitavelmente, em um cenário de dissonância pós-decisória (após receber diversas informações de apenas um dos lados durante o inquérito e em seguida entrar em contato com informações dissonantes da defesa em relação ao sujeito passivo), o que irá comprometer sua imparcialidade, e por este motivo foi proposta a implementação do juiz das garantias.

Já a dissonância pós-primeira impressão é proveniente do fato da pessoa fixar a primeira impressão no que concerne a alguém, porque esta irá nortear a cognição e a atitude deste sujeito quanto às cognições subsequentes, na direção de ajustá-las à primeira impressão, para fins de evitar o incômodo da dissonância cognitiva. Esta dedução também foi obtida no fenômeno da percepção de pessoas, por meio de pesquisas produzidas por Solomon Asch, no domínio do denominado “efeito primazia”, que demonstra que a informação preliminar

³⁴RITTER; LOPES JR., set.-dez 2016, p.69

recebida sobre alguém, conduz a direção da cognição e da conduta que se terá com este indivíduo.

Para ilustrar melhor este “efeito primazia”, será explanada de forma resumida, a pesquisa que a validou, e que foi executada desta maneira: foram disponibilizadas para duas turmas diferentes, duas sequências de atributos iguais de uma determinada pessoa, cuja única distinção era a ordem em que estava listada cada uma destas características. Na primeira tinha-se registrado: inteligente, trabalhador, impulsivo, crítico, teimoso e invejoso e na segunda estava escrito: invejoso, teimoso, crítico, impulsivo, trabalhador e inteligente.

Cada turma de estudantes recebeu uma lista diferente e elaborou um parecer com as suas impressões concernentes a um provável sujeito com estas particularidades. Não obstante as duas sequências possuírem as mesmas qualidades, o grupo com a sequência inicial de atributos positivos, apresentou uma descrição de uma impressão sensivelmente melhor a respeito deste indivíduo idealizado do que o outro grupo.³⁵ Desta forma, Solomon Asch³⁶ concluiu que:

As descrições dos estudantes indicam que os primeiros termos estabelecem uma direção, e esta exerce uma influência contínua sobre os últimos termos. Quando se ouve o primeiro termo nasce uma impressão, ampla e não cristalizada, mas dirigida. A característica seguinte está relacionada com a direção estabelecida; as características posteriores são ajustadas à direção dominante, quando as condições o permitem.

Portanto, além de todos os motivos já expostos anteriormente, a dissonância pós-decisória e o efeito primazia estarão presentes na prática jurisdicional durante a fase processual, caso o juiz da fase pré-processual seja o mesmo magistrado que irá instruir e julgar o mérito da causa, e em respeito à garantia constitucional da imparcialidade do órgão jurisdicional, implícita no artigo 5º, inciso LIV, ou seja, o devido processo legal, é imprescindível para a ampliação da eficácia desta garantia, a implementação do juiz das garantias, tema do próximo tópico.

³⁵RITTER e LOPES JR, set.-dez 2016, p.71

³⁶1977, p. 182-183, apud RITTER e LOPES JR, set.-dez 2016, p. 71

5. JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DE LEI DO NOVO CPP BRASILEIRO

5.1. EXPOSIÇÃO DOS MOTIVOS DO ANTEPROJETO DE LEI 156/2009

A análise da exposição de motivos de qualquer nova legislação é de suma importância, pois através dela, verificam-se os fundamentos para as alterações propostas. Por conseguinte, serão analisados alguns trechos deste importante documento e que são pertinentes ao tema deste trabalho, para fins de identificar as causas que impulsionaram a comissão de juristas do anteprojeto em epígrafe, a propor a criação do juiz das garantias. Este diagnóstico viabilizará analisar se as atribuições e competências delineadas para este novo instituto, atenderão ou não aos objetivos traçados. Além disso, esta avaliação permitirá tanto identificar as possíveis contradições do projeto de lei, como sugerir adequações, que poderão maximizar a eficácia das metas idealizadas na exposição de motivos.

O Código de Processo Penal (CPP) pátrio atual, apesar de ter passado por várias reformas pontuais após a sua promulgação no início da década de 40, urge uma reforma mais ampla, e esta é uma das justificativas iniciais para a propositura de uma reforma global do código de processo penal brasileiro, de acordo com a transcrição da exposição de motivos abaixo:

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 - Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 -, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado.

Desta maneira, o CPP vigente nasceu em um período tipicamente facista e mesmo após as pequenas reformas, ainda mantém fortes traços inquisitoriais, principalmente, na fase de investigações preliminares, que não se alinham à interpretação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), pois esta adotou implicitamente o modelo do sistema acusatório no processo penal. Para robustecer este argumento da forte influência do sistema inquisitório no CPP de 1941, a comissão de juristas destaca que:

O Código de 1941 anunciava em sua Exposição de Motivos que "as nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou

confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade...". Ora, para além de qualquer debate acerca de suposta identidade de sentido entre garantias e favores, o que foi insinuado no texto que acabamos de transcrever, parece fora de dúvidas que a Constituição da República de 1988 também estabeleceu um seguro catálogo de garantias e direitos individuais (art. 5º). (Exposição de Motivos do anteprojeto nº 156/2009)

Assim sendo, esta visão deturpada de garantias como favores na criação do CPP vigente não condiz com o viés garantista da CF/88, que lista em seu artigo 5º, setenta e oito incisos referentes às diversas garantias fundamentais individuais, consolidando a relevância dada para a tutela destas perante o poder estatal, o que muito se aproxima do SG desenvolvido por Ferrajoli. Nesta linha garantista, a referida exposição de motivos complementa que:

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. Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático. O garantismo, quando consequente, surge como pauta mínima de tal modelo de Estado.

Destarte, a comissão de juristas revela que o anteprojeto de lei do novo CPP não irá se coadunar com as ideias do efficientismo penal, e portanto, não irá buscar a recuperação da eficiência da intervenção penal, através da expansão do conjunto do sistema penal e restrição das garantias constitucionais individuais. E observa que:

[...] a perspectiva garantista no processo penal, malgrado as eventuais estratégias no seu discurso de aplicação, não se presta a inviabilizar a celeridade dos procedimentos e nem a esperada eficácia do Direito Penal. Muito ao contrário: 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.

Em vista disso, como resposta à crise de legitimidade do sistema penal, a equipe de juristas propõe uma política criminal de um minimalismo penal como fim em si mesmo, que propõe como solução um direito penal mínimo, ou seja, que o poder sancionatório do estado intervenha apenas o mínimo grau necessário na liberdade do indivíduo, que é a política criminal defendida pelo Garantismo Penal de Ferrajoli. Para alcançar este mister, e criar um sistema penal com mecanismos que maximizem a proteção às garantias individuais, os princípios constitucionais são de vital importância e muitos se assemelham aos axiomas do SG do jusfilósofo italiano. Quanto à importância dos princípios, a exposição de motivos ressalta que:

A relevância da abertura do texto pela enumeração dos princípios fundamentais do Código não pode ser subestimada. Não só por questões associadas à ideia de sistematização do processo penal, mas, sobretudo, pela especificação dos balizamentos teóricos escolhidos, inteiramente incorporados nas tematizações levadas a cabo na Constituição da República de 1988. Com efeito, a explicitação do princípio acusatório não seria suficiente sem o esclarecimento de seus contornos mínimos, e, mais que isso, de sua pertinência e adequação às peculiaridades da realidade nacional.

Frise-se que, a adoção explícita do princípio acusatório pelo anteprojeto de lei, é um grande avanço para a unificação da cultura processualista brasileira. Esta é a opinião de Mauro Fonseca Andrade (2009, p. 170), que também afirma que “a fixação do sistema acusatório, como sistema de processo a ser seguido pelo Brasil, [...] aponta para uma futura e necessária revisão e/ou extinção de diversos institutos que sabidamente são incompatíveis com esse mesmo sistema”. Desta forma, qualquer ato jurisdicional que não esteja de acordo com os princípios norteadores e elementos essenciais do sistema acusatório devem ser readequados. Neste ponto, o comitê que elaborou o anteprojeto assinala que:

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.

Vale ressaltar que, esta separação entre as atividades de julgar e acusar deve se manter do início da fase pré-processual ao fim da fase processual, sendo vedada qualquer atividade de ofício, referente à iniciativa da gestão investigatória e/ou probatória, visto que ao não seguir esta premissa, como consequência direta ou indireta, as demais características do sistema acusatório também serão violadas. Vale ressaltar, que os juristas destacaram esta proibição justamente durante as investigações preliminares, fase em que atuará o juiz das garantias, pois, na realidade prática, é a fase onde ocorrem as maiores violações a esta premissa, em virtude de suas características predominantemente inquisitoriais. Luiz Flávio Gomes (2010, p.02) exemplifica estes abusos em seu artigo, constatando que:

No atual sistema criminal brasileiro, muitos juízes, estaduais e federais, estão perdendo a noção sobre qual é a sua exata (e constitucionalmente correta) função na fase preliminar (de investigação). Como bem ponderou Antônio Sérgio de Moraes Pitombo, a experiência tem mostrado que certos magistrados adotam ativismo

excessivo na investigação criminal, ao fazerem reuniões com policiais antes de operações, ao decretarem, de ofício, medidas assecuratórias, e ao chegarem a sugerir que se requeiram prisões cautelares. Longe da proteção dos investigados contra a arbitrariedade, passam eles a tratar com aparência de normalidade práticas policiais em desconformidade com a ordem jurídico-constitucional, tais como o uso indevido de algemas, a exposição pública de pessoas presas, a apreensão desmensurada de documentos e a interceptação telefônica sem restrição temporal, dentre outros abusos. Em simples palavras, perdem tais juízes de direito a equidistância necessária ao exercício da jurisdição, para se tornarem algozes dos investigados em casos de repercussão, especialmente.

Desta maneira, concentrar no juiz as atividades de acusar e julgar na investigação criminal: incentiva o ativismo judicial em excesso; torna o juiz um inquisidor e não um garantidor dos direitos do investigado; afeta a indispensável imparcialidade do juiz, que é o “princípio supremo do processo” em um sistema acusatório. A exposição de motivos complementa que:

A formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional. Esclareça-se que as cláusulas de reserva de jurisdição previstas na Constituição da República, a demandar ordem judicial para a expedição de mandado de prisão, para a interceptação telefônica ou para o afastamento da inviolabilidade do domicílio, não se posicionam ao lado da preservação da eficiência investigatória. Quando se defere ao juiz o poder para a autorização de semelhantes procedimentos, o que se pretende é tutelar as liberdades individuais e não a qualidade da investigação.

Portanto, a comissão de juristas declara seu entendimento quanto a principal finalidade da investigação preliminar: a de colher elementos de convicção que irão dar suporte ao órgão ministerial em sua decisão de oferecer ou não a denúncia, e por causa disto, não existem motivos para o envolvimento e controle do juiz nesta fase, exceto nos casos em que seja requisitado pelo Ministério Público ou pela Polícia, para decidir sobre qualquer medida de restrição aos direitos e garantias fundamentais individuais do investigado ou quando o magistrado tome conhecimento de alguma violação a estes direitos e garantias. Assim sendo, há um posicionamento evidentemente contrário ao eficientismo penal e favorável à tutela da liberdade individual diante do poder punitivo do estado.

O novo instituto do juiz das garantias atuará justamente nestas exceções supracitadas, no decorrer da fase pré-processual, e acompanhará o curso da investigação “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”.³⁷ Destarte, o juiz das garantias será o responsável pelo controle da

³⁷Trecho da exposição de motivos do anteprojeto de lei nº 156/2009, referente ao Novo CPP.

legalidade das investigações preliminares, para fins de tutelar as garantias fundamentais do investigado, além de ser competente para decidir cautelarmente a respeito das medidas de restrição dos direitos fundamentais do acusado, nesta fase essencialmente inquisitorial.

A exposição de motivos revela a imperiosa relevância dada ao juiz das garantias e os seus benefícios esperados:

Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende a duas estratégias bem definidas, a saber: 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.

Desta forma, a implantação do juiz das garantias “é de rigor”, pois, para esta comissão de notáveis, este irá maximizar a proteção à imparcialidade do órgão jurisdicional que irá julgar o mérito e com isto, irá também potencializar a garantia constitucional do devido processo legal, que são elementos imprescindíveis à consolidação do sistema acusatório. Logo, o juiz das garantias terá a significativa função de adequar o novo CPP ao sistema acusatório e como consequência, compatibilizá-lo também à CF/88.

Além disso, outro benefício esperado pela exposição de motivos, é que a especialização do juiz das garantias nesta fase investigatória, irá naturalmente aprimorá-lo nas questões relativas a esta fase de investigações, tornando-a, em um futuro próximo, mais ágil e com maior qualidade jurisdicional na tutela dos direitos fundamentais do investigado. Larissa Silva (2012, p.91) ressalta em sua dissertação de mestrado que “esse processo de especialização é uma tendência em todo o Poder Judiciário, já se percebendo a criação de varas voltadas para o julgamento de crimes financeiros, crime organizado, crime de lavagem de dinheiro, de tóxicos, entre outros”.

Um exemplo recente destas especializações no Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA), é a implantação de cartórios integrados nas varas de consumo na capital do estado, que vêm sendo inaugurados desde agosto do ano passado, nas quais 04 varas transformam-se em um

único cartório. Segundo o TJBA³⁸, “no Cartório Integrado, as principais atividades cartorárias são setorizadas por grupos: movimentação, cumprimento, atendimento e administrativo. [...] O projeto-piloto em apenas um mês de funcionamento gerou um aumento de produtividade superior a projeção inicial de 30%”.

Portanto, as estatísticas demonstram que a especialização tornam as atividades mais céleres e a comissão de juristas entende que não será diferente com o juiz das garantias, que irá exercer a sua função constitucional de garante, exclusivamente nesta fase de investigação criminal, e isto lhe permitirá um maior conhecimento tanto das suas peculiaridades como dos seus órgãos envolvidos (polícia e Ministério Público).

Ademais, é nesta fase pré-processual que se concentram os maiores índices de abusos de autoridade que violam as garantias constitucionais individuais, e ao aperfeiçoar a atuação do juiz nesta fase, a distância atualmente existente entre esta fase investigativa e o sistema acusatório será diminuída.

É necessário também esclarecer o seguinte trecho da exposição de motivos: “Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além.” Trata-se de outro exemplo de especialização, em que foram criadas varas de inquéritos policiais nas capitais de Belém, Belo Horizonte, Curitiba e São Paulo. Larissa Silva (2012, p.92-3) resume a diferença de atuação de um juiz nestas varas de inquérito e o proposto juiz das garantias:

Nessas varas especializadas, o magistrado rege o fluxo do inquérito centralizando o controle do andamento deste, servindo como uma ponte que liga a autoridade policial ao titular da ação penal no curso da fase preliminar. Com a criação do juiz das garantias, pretende-se romper com esse modelo triangular de tramitação do inquérito que prevalece hodiernamente. O juiz das garantias não cuidará do trâmite do inquérito, estabelecer-se-á uma relação direta entre o acusador e a autoridade responsável pela investigação, evitando-se a morosidade e a burocracia que a intermediação do órgão judicial gera nessa fase. [...] Portanto, o juiz das garantias não poderá ser indicado como gestor do inquérito, e sim uma figura que controla a legalidade da investigação, agindo mediante provocação do Ministério Público ou da autoridade de polícia judiciária.

Por conseguinte, ao contrário do juiz das varas de inquéritos policiais que gerencia e se envolve em todos os atos da investigação criminal, o juiz das garantias somente irá intervir nesta, quando for evocado pela polícia, Ministério Público, Advogado ou Defensor Público e/ou tomar conhecimento de fatos, para decidir a respeito da salvaguarda ou violação das

³⁸Disponível em http://www5.tjba.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=96844:projeto-cartorio-integrado-avanca-em-salvador-com-criacao-de-nova-unidade-instalacao-sera-em-fevereiro&catid=55&Itemid=202, acessado em 30.07.2017.

garantias fundamentais constitucionais individuais do investigado, do ofendido ou de terceiros. Caso isto não ocorra, o juiz das garantias poderá ser totalmente dispensável nesta fase, que é controlada e fiscalizada pelo Ministério Público e de competência da polícia judiciária.

Vencida esta etapa de análise da exposição de motivos e identificados os fundamentos que impulsionaram a comissão de juristas do anteprojeto, a propor a criação do juiz das garantias, no próximo tópico, serão abordadas as atribuições e competências delineadas para este novo instituto, à luz do projeto de lei 8045/2010.

5.2. A FUNÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PLS 8045/2010

O juiz das garantias do projeto de lei do Novo CPP será o responsável pelo controle da legalidade das investigações preliminares, para fins de tutelar as garantias constitucionais fundamentais do investigado nesta fase, além de ser competente para decidir a respeito das medidas de restrição dos direitos fundamentais do acusado na fase anterior ao oferecimento da denúncia. As suas atribuições estão dispostas nos 14 incisos do artigo 14 do PLS 8045/2010.³⁹

Vale destacar, que comparando os 14 incisos supracitados com a reserva jurisdicional das matérias adotadas pelo CPP vigente, não há diferenças. Neste sentido, Giacomolli (2006, p.220, apud MAYA, nov. 2009, p. 06) observa que “no modelo hoje vigente, a execução de qualquer das referidas quatorze medidas são reservadas com exclusividade à análise do Poder Judiciário, dado o monopólio do poder jurisdicional exercido no âmbito penal, justificado pela indisponibilidade dos interesses em jogo.” Assim posto, o fato de não serem propostas

³⁹Art. 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; 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; XII – 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. XIII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIV – 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.

alterações das matérias que serão submetidas nesta fase de investigação ao órgão jurisdicional, acabou por gerar críticas superficiais e questionamentos da real necessidade de criação do juiz das garantias, fundamentados no argumento de que já existem juízes que atuam como garantidores dos investigados. Para rebater este argumento, Maurício Zanóide de Moraes (2010, p. 22) retruca:

A resposta [...] é fácil, porque ela está totalmente desfocada. Com o juiz das garantias não se assegura apenas os direitos do cidadão no curso da investigação e o aperfeiçoamento dessa fase da persecução penal, mas para além e acima disso [...], está a garantia de melhor isenção do juiz que julgará a causa [...]. 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.

Sendo assim, a grande novidade foi reservada para o artigo 16⁴⁰, que impede o juiz das garantias de atuar na fase do processo, se ele tiver praticado qualquer ato constante da relação de competências do artigo 15⁴¹, para fins de gerar o principal benefício idealizado pelo projeto de lei, que é o de ampliar a garantia da imparcialidade do julgador do mérito e com isto consolidar o sistema acusatório. Portanto, embora o benefício secundário da otimização da atuação do juiz na fase pré-processual seja esperado pelos juristas (assunto que será enfrentado no final deste tópico), o mais relevante fruto a ser colhido, idealizado pelo projeto de lei, é a ampliação da garantia à imparcialidade do juiz da causa.

Giacomolli e Maya (2016, p. 127-8) resumem desta forma as funções do juiz das garantias: “decidir sobre a adoção ou não de qualquer medida restritiva de direitos do investigado, bem como pela homologação ou não do flagrante delito. [...] resolver quaisquer questões que versem sobre o status libertatis do investigado e sobre requerimentos de produção antecipada de provas”. Já Jacinto Coutinho (2011, p.27-8), integrante da comissão de juristas deste projeto de lei, descreve as suas competências desta maneira:

⁴⁰ Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo.

⁴¹ 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 juntados aos autos do processo.

[...] decidir sobre todas as questões que, durante a investigação preliminar, incidam sobre os direitos e garantias individuais. Matéria de perquirição não caberá a ele porque a prova só servirá para dar base ao MP oferecer a denúncia, devendo ser – aí sim perante o juiz – refeita na instrução processual. Sendo assim, a polícia faz a investigação com o controle externo do MP e, sempre que precisar de uma diligência que incida sobre os direitos e garantias individuais, demanda ao Juiz das Garantias, o qual controla, por esse viés, o que se fará. Deste modo, se querem alguém preso cautelarmente, devem pedir a ele; e assim por diante. **O juiz, como se vê, fica em posição equidistante dos interesses e dos pedidos das partes, controlando o respeito à ordem posta, começando por aquela constitucional.** Enfim, um juiz com sua função constitucional e não fazendo o que compete, pela CR, à acusação (principalmente) e à defesa.

Assim sendo, para respeitar a premissa de distinção das atividades de acusar e julgar, núcleo fundante do sistema acusatório, é essencial o artigo 4º do projeto de lei do Novo CPP: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”. A respeito deste assunto, são estas as palavras de Giacomolli e Maya (2016, p. 127):

Com enunciada matriz acusatória, segundo exposição de motivos, através de mecanismos processuais de distanciamento do juiz em relação à atividade probatória, em especial na fase preliminar. Nesse sentido, o princípio acusatório é explicitado pela vedação da atividade instrutória (investigatória) do juiz na fase de investigação, e também pela correlata criação do juiz das garantias, órgão competente para a tutela da legalidade da investigação e a salvaguarda dos direitos fundamentais do investigado.

Logo, para o projeto de lei, esta vedação da gestão e iniciativa investigativa e/ou probatória do órgão jurisdicional, aliada ao juiz das garantias, são indispensáveis para o sistema acusatório. Por este motivo, o artigo 156 do atual CPP é tão criticado pela doutrina e isto já foi abordado no item sobre a imparcialidade. Seguindo esta linha de raciocínio, a Juíza Federal Danielle Cavalcanti (2016, p. 26) afirma:

O Juiz garantidor, tal como propriamente concebido, não investiga; mantém-se afastado da investigação preliminar, limitando-se a exercer o controle formal da prisão em flagrante e a autorizar medidas restritivas de direito. [...] Parte-se da premissa de que a genuína razão de interferência do Magistrado, na fase prévia da persecução penal, reporta-se à cláusula de jurisdição, aplicada em alguns episódios da investigação [...] Essa é a capital função do magistrado na esfera investigativa, senão que, antes da instauração do processo penal, caber-lhe-ia conhecer apenas, de um lado, medidas implicativas de lesão a direitos (por via de habeas corpus, mandados de segurança, pedidos de restituição de coisas, de busca e apreensão, etc) e, de outro, medidas cerceadoras de liberdade ou privacidade do investigado, como pedidos de prisão provisória, de quebra de sigilo bancário ou das comunicações telefônicas.

Por conseguinte, durante a fase pré-processual, o juiz das garantias somente irá interferir nas investigações preliminares, quando for evocado para decidir a respeito de matérias listadas no artigo 14 do projeto de lei ou quando ocorrerem situações relacionadas à salvaguarda ou transgressão das garantias fundamentais constitucionais individuais (do investigado, do ofendido ou de terceiros). Nestes casos, exige-se o respeito à garantia processual do princípio da jurisdicionalidade ou da submissão à jurisdição, importante axioma A7 do SG de Ferrajoli já explanado.

Frise-se novamente que, na ausência da ocorrência destas situações durante a fase investigativa, o juiz das garantias não precisará sequer ser acionado, e desta maneira, a sua interferência poderá ser totalmente dispensável do início ao fim da investigação criminal, que é de competência da polícia judiciária sob o controle externo e fiscalização do Ministério Público, e tem a única finalidade de colher elementos de convicção para o oferecimento ou não da denúncia pelo órgão ministerial.

Respeitar os limites constitucionais de atuação do julgador, da acusação e da defesa é garantir o devido processo legal e maximizar a imparcialidade do magistrado. Neste sentido, Daniel Kessler de Oliveira (2013), na conclusão de sua Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais, observa:

Como definir o âmbito de atuação do julgador? [...] Outro não pode ser o quadro delineador da atuação do magistrado, que não a Constituição Federal, determinando as regras do jogo processual. No processo, forma é garantia, desrespeitar a forma, as regras processuais, é abdicar de um processo justo, é prescindir da justiça. Por isto, somente com respeito a estas regras poderemos pensar em um processo justo, em um processo julgado por um terceiro, equidistante e imparcial. [...] Mas esta imparcialidade, exige do julgador que atue ciente de seu papel, que atue ciente de suas limitações, enquanto, ser humano, que ao dispor das regras processuais, deve saber a posição onde cada um irá jogar, um acusa, um defende e outro julga, confundindo isto, inobservada esta premissa, não há jogo a ser jogado e, com isto, já saímos todos derrotados.

Destarte, se “no processo, forma é garantia”, esta se destaca em um processo penal, porque envolve a liberdade individual. Mais relevante ainda, será esta na fase de investigação criminal, em que são mitigados o contraditório, a defesa, a publicidade dos atos investigativos. Ao se desrespeitar a demarcação constitucional de cada sujeito nesta fase e possibilitar a figura do juiz investigador, a imparcialidade deste estará comprometida e como consequência, o próprio sistema acusatório. Neste ínterim, Danielle Cavalcanti (2016, p. 28) conclui que:

Dessas atividades, administrativas em sua essência, entendemos deva afastar-se o julgador, em prol do equilíbrio visado pela principiologia acusatória, concentrando-

se apenas em suas funções precípua, aquelas que impliquem efetivamente uma prestação jurisdicional, evitando-se que se acumulem sobre o mesmo órgão as atribuições de decidir sobre a necessidade de um ato de investigação e, posteriormente, valorar a legalidade de sua prática, numa 'condescendente auto-avaliação'.

Diante deste singelo exemplo, se conclui que não há como concentrar em um mesmo órgão, as atividades de investigar e julgar, sem a quebra da imparcialidade do julgador. Ademais, já foi demonstrado nesta monografia, que mesmo se o juiz não tiver praticado atos de ofício, após ser demandado para decidir sobre a proteção ou a violação dos direitos fundamentais individuais do investigado, e exercer a sua função constitucional de garante, irá, inevitavelmente, formar juízos prévios, que irão vinculá-lo subjetivamente na fase posterior de instrução processual e julgamento do mérito. Esta foi a principal base legitimadora para a criação do juiz das garantias: evitar a contaminação subjetiva do juiz responsável pela decisão de mérito, fruto do seu conhecimento dos elementos de convicção produzidos durante sua intervenção na fase preliminar.

É válido diferenciar a concepção entre o juiz das garantias e o juiz de instrução, ou juiz instrutor ou investigador, pois alguns operadores do meio jurídico ainda não os distinguem. O juiz de instrução, de modo oposto ao juiz das garantias, possui a competência de dirigir e conduzir a fase investigativa preliminar. Giacomolli e Maya (2016, p. 112-3) descrevem as características e atribuições deste juiz instrutor na Espanha, que apesar das pequenas diferenças com as demais legislações, é uma referência de como este tipo de órgão jurisdicional atua na fase preliminar:

[...] órgão jurisdicional a quem compete a colheita de todo o material probatório e indiciário acerca do fato delituoso, podendo, para tanto, realizar, de ofício ou a requerimento da polícia ou do Ministério Público, quaisquer atos de investigação, autorizados por lei, bem como determinar e coordenar a atuação direta da polícia judiciária. [...] Em síntese, a LECrim espanhola, atribui ao juiz de instrução a competência para determinar o início de uma investigação criminal, ouvir testemunhas, interrogar o suspeito, decretar sua prisão e decidir sobre eventual pedido de liberdade, bem como para decidir sobre eventuais medidas cautelares que representem potencial restrição aos direitos fundamentais do investigado. Enfim, compete a esse magistrado a direção da investigação, a prática de todos e quaisquer atos necessários à busca de elementos indiciários da existência do delito e da culpabilidade ou não do suspeito, necessários ao início ou não da *persecutio criminis* propriamente dita.

Logo, o juiz instrutor possui poderes absolutos no controle da investigação preliminar, detendo total competência da iniciativa e gestão investigativa e probatória. Nesta fase, o Ministério Público e polícia judiciária são meros coadjuvantes e apenas colaboram com este magistrado. Verifica-se, portanto, a total violação à premissa da distinção das atividades de

acusar, defender e julgar, que fundamenta o sistema acusatório, e portanto, essa modalidade de atuação jurisdicional na investigação criminal é incompatível com as constituições democráticas.

Após o Código de Napoleão, este modelo do juiz de instrução foi adotado em alguns países da Europa ocidental, mas, a partir do final do século passado, gradativamente, os poderes investigatórios e probatórios deste magistrado foram sendo esvaziados através de reformas processuais e se aproximando cada vez mais do perfil do juiz das garantias. Giacomolli e Maya (2016, p. 121-2) relata que:

Nota-se, pois do movimento de reformas legislativas dos diferentes ordenamentos jurídico-processuais europeus, o paradigma de não apenas abolir a figura do juiz das de instrução, atribuindo a esse magistrado uma função jurisdicional de garantia das liberdades individuais, mas também, e paralelamente, de separar a fase preliminar da processual propriamente dita, atribuindo-as a dois distintos magistrados, de modo a resguardar um julgamento efetivamente imparcial [...]

Estas reformas legislativas nos códigos processuais penais na Europa, em conjunto com as decisões do TEDH, que conforme já visto, condenaram vários países de violar a imparcialidade do órgão jurisdicional garantida no artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, acabaram influenciando e impulsionando semelhantes reformas, a partir da década de 90, em quase todos os países da América Latina, principalmente os de colonização espanhola, tais como, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Paraguai, Venezuela e algumas províncias da Argentina, inclusive a de Buenos Aires. Por fim, todas estas reformas na Europa e na América Latina, também influenciaram o Brasil.

Voltando à realidade brasileira, tema deste trabalho, de acordo com o projeto de lei do Novo CPP, a competência do juiz das garantias não abarcará as infrações penais de menor potencial ofensivo e cessará após o oferecimento da denúncia, (conforme artigo 15, caput). Este e outros artigos foram alvos de diversas críticas, que serão enfrentadas e discutidas no próximo tópico.

5.3. CONTRADIÇÕES DO PROJETO DE LEI 8045/2010

A primeira contradição entre os motivos expostos para a criação do juiz das garantias e o projeto de lei 8045/2010, é o fato de que o juiz do processo é quem será o responsável pelo recebimento da denúncia e não o próprio juiz das garantias, pois, conforme o trecho final do artigo 15 do projeto de lei, “a competência do juiz das garantias [...] cessa com a propositura da ação penal.” Uma das principais estratégias para a implementação deste novo instituto é, conforme trecho transcrito da exposição dos motivos: “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.” Desta maneira, fica o questionamento: como o juiz do processo irá decidir pelo recebimento ou não da denúncia, sem acessar as únicas informações existentes até o momento, que são os elementos de convicção contidos e gerados nas investigações preliminares, geralmente o inquérito policial?

Vale destacar, que esta é uma crítica tanto dos doutrinadores contrários⁴² ao juiz das garantias como dos favoráveis a sua implantação. Nesta mesma linha, Maurício Zanóide de Moraes (2010, p.21), um dos favoráveis, afirma que essa:

sugestão tem como finalidade, entre outras, a possibilidade de os autos do inquérito policial não servirem para a formação da convicção do juiz da causa, ressalvados, por óbvio, os elementos de informação irrepitíveis ou urgentes, [...] cuja produção foi realizada nessa fase preliminar, e o material utilizado como base decisória do juiz das garantias para determinar medidas cautelares, as quais poderão e deverão ser revistas pelo juiz da causa.

Por conseguinte, a sugestão dos doutrinadores é de que o próprio juiz das garantias seja o responsável pelo recebimento ou rejeição da acusação formal, pois, caso contrário, o principal objetivo de afastar o juiz da fase processual dos elementos de convicção da fase pré-processual, que são frutos de uma visão predominantemente acusatória e inquisitorial, não será alcançado, pois, o juiz do processo só terá a sua disposição este material para refutar ou não a denúncia.

Nesta direção também seguem Giacomolli e Maya (2016, p. 129), só que vão mais além, e sugerem a forma de sistematização desta decisão de recebimento ou rejeição da denúncia pelo juiz das garantias:

Isso poderia ser sistematizado através de uma audiência intermediária, dirigida pelo juiz das garantias, momento em que poderia restar delimitada a acusação, inclusive

⁴²Neste sentido Abel Fernando Gomes (2010, p. 102) e Carlos Frederico Coelho Nogueira (2011, p. 8-9)

com adoção de medidas despenalizadoras, tais como a suspensão condicional do processo. De qualquer sorte, o juízo acerca do recebimento ou não da denúncia deveria ser realizado pelo juiz das garantias e não pelo juiz do processo [...] diante da contaminação posterior deste pelo contato com elementos colhidos na fase preliminar. Preconiza-se a leitura destes antes de receber ou rejeitar a peça incoativa. Evidentemente que os dois juízes poderiam restar contaminados pelos elementos da fase preliminar, mas o dano menor, desta, situa-se quando for o juiz de garantias o recebedor da denúncia.

Assim sendo, a meta deverá ser sempre a de criar dispositivos para potencializar a garantia da imparcialidade subjetiva e objetiva do julgador, principalmente, nos atos judiciais em que a parcialidade ocasionar mais prejuízos aos direitos fundamentais do indivíduo, sem desconsiderar as próprias limitações da condição humana, na qual o juiz também se insere.

Outra crítica, cuja fundamentação é similar ao recebimento da denúncia pelo juiz de processo, é feita por Abel Fernando Gomes (2010, p.102) com relação ao §1º do artigo 15 do projeto, que diz que “proposta a ação penal, as questões pendentes serão resolvidas pelo juiz do processo” e ao §2º do mesmo artigo: “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”. Desta forma, após a propositura da denúncia, o juiz do processo poderá ter que decidir sobre medidas cautelares de natureza real e pessoal, caso o juiz das garantias ainda não as tenha decidido na fase de investigações preliminares ou o juiz do processo necessite reanalisá-las. Estas possibilidades também são contrárias ao objetivo proposto de alheamento do juiz do processo com relação à investigação criminal, e uma sugestão para resolver isto é de que todos os requerimentos (ministeriais, da polícia, etc) referentes às investigações preliminares, fossem decididas pelo juiz das garantias, tanto na fase pré-processual como na fase processual.

Seguindo ainda o raciocínio de criar mecanismos legais para maximizar a imparcialidade do julgador do mérito, outra incoerência é a manutenção das peças dos atos do inquérito nos autos do processo, plenamente acessíveis ao juiz do processo. Lopes Jr. (2006, p. 140) observa que estas medidas já foram adotadas pelo sistema italiano e arremata que:

O objetivo é a absoluta originalità do processo penal, de modo que não se atribui à fase pré-processual o poder de aquisição da prova [...] A originalidade é alcançada, principalmente, porque se impede que todos os atos de investigação preliminar sejam transmitidos ao processo – exclusão de peças - , de modo que os elementos de convencimento são obtidos da prova produzida em juízo. Assim, evita-se a contaminação e garante-se que a valoração probatória recairá somente sobre aqueles atos praticados na fase processual e com todas as garantias.

Os elementos de convicção colhidos nesta fase que antecedem o processo, possuem apenas o objetivo de embasar: o oferecimento ou não da denúncia e as decisões concernentes ao deferimento ou não das medidas restritivas de direitos do investigado, e ao recebimento ou recusa da denúncia, e portanto, não deveriam ser disponibilizadas ao juiz do processo, para ser condizente com a estratégia do projeto de não contaminá-lo subjetivamente com estas informações.

Outra adequação necessária do projeto de lei é em relação ao seu artigo 4^{o43}, que acaba possibilitando que o juiz possa vir a produzir provas a favor do acusado, mantendo a gestão e iniciativa probatória em poder do magistrado, que deve ser exclusiva das partes, conforme preconiza um sistema acusatório. Neste ponto, é válido comentar a emenda modificativa n^o 1, sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), referente a este artigo 4^o, propondo a substituição do texto de: “vedada a [...] substituição da atuação probatória do órgão de acusação” para “vedada a [...] substituição da atuação probatória das partes na ação penal”. Clara Borges (2011, p. 39) comenta a pertinência desta proposta do IBDP da seguinte forma:

O genuíno sistema acusatório suprime qualquer possibilidade de produção de provas pelo juiz e não por outro motivo esta proposta acertadamente sugere que ele poderá substituir a atuação probatória de nenhuma das partes. Deste modo, a aprovação desta nova redação implicaria devidos acertos na costura do sistema no sentido de impedir que o juiz produza provas para esclarecer dúvida, conforme artigo 165⁴⁴, ou que não produza aquelas consideradas irrelevantes, nos termos do artigo 166⁴⁵, ou que indefira as perguntas das partes às testemunhas, bem como que faça a elas suas próprias perguntas, como previsto no artigo 179⁴⁶.

Logo, esta justificativa de buscar provas “favoráveis” ao investigado, permite uma sucessão de atos jurisdicionais durante a instrução processual (artigos 165, 166 e 179 do projeto de lei), relacionados à gestão investigativa e/ou probatória, que viola o princípio constitucional do *in dubio pro reu*, porque diante da ausência de provas, o magistrado deverá

⁴³ Art. 4^o do Projeto de Lei do Novo CPP: O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

⁴⁴ Art. 165 do projeto de lei do Novo CPP: As provas serão propostas pelas partes. Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes.

⁴⁵ Art. 166 do projeto de lei do Novo CPP: O juiz decidirá sobre a admissão das provas, indeferindo as vedadas pela lei e as manifestamente impertinentes, irrelevantes ou protelatórias.

⁴⁶ Art. 179 do projeto de lei do Novo CPP: As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. § 1^o Logo após, o juiz poderá complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos.

absolver o réu e não buscar mais provas. Clara Borges (2011, p. 38) é bem incisiva quanto a esta vedação e como a sua ausência é incompatível com o sistema acusatório e afirma que:

Para que este novo sistema se concretize, o princípio que unifica as disposições do projeto não pode ser relativizado, isto é, a vedação aos poderes instrutórios do juiz deve continuar hígida e se possível deve ser radicalizada para mantê-lo completamente inerte e distante da tentação de uma busca de uma “verdade real” dos fatos que nunca alcançará. Além disso, este princípio deve costurar todos os elementos do novo sistema processual, sob pena de se formarem incongruências capazes de abrir brechas para o retorno do velho sistema inquisitório, que está impregnado em nossa cultura católica cristã e que deforma nossas práticas diárias, quando impõe ao julgador a gestão da prova, leva-o a atuar enredado em quadros mentais paranóicos e presumir sempre a culpa.

Destarte, não se deve permitir qualquer possibilidade de que o julgador detenha poderes investigatórios e/ou probatórios, pois esta característica é típica de um sistema inquisitório e compromete a sua imparcialidade. Ao não obedecer esta vedação, o benefício gerado pelo juiz das garantias em relação a uma ampliação da proteção à garantia da imparcialidade do órgão jurisdicional na fase processual, será bastante mitigado, além de comprometer também a consolidação do sistema acusatório. Por estes motivos, a adequação proposta pelo IBDP no artigo 4º é de extrema significância.

Carvalho (2011, p.217-8) também faz uma crítica pertinente quanto à manutenção do parágrafo único do artigo 38⁴⁷, do projeto de lei, antigo artigo 28, visto que é contrária à distinção entre as atividades de julgar e acusar, que como já mencionado previamente, é o núcleo fundante do sistema acusatório. Nas palavras de Carvalho:

O juiz não deve nem pode fiscalizar o promotor, porque, se o fizer, estará entrando no mérito do inquérito antes de existir ação penal e, assim, invertendo a ordem lógica de apresentação das provas e prejulgando sobre os indícios existentes até então. Não é função do juiz, em um processo penal democrático, substituir o órgão de acusação, duvidando da promoção de arquivamento formulada pelo promotor.[...] A fiscalização do promotor deve ser feita por quem tenha interesse jurídico: o ofendido.

Ao insistir neste texto, o projeto de lei está sendo novamente incoerente, desta vez com o seu artigo 4º, uma vez que a estrutura acusatória estará totalmente comprometida, ao permitir que a delimitação das funções do juiz e da acusação seja desrespeitada. Diante desta situação, Carvalho (2011, p.218) sugere o retorno à solução dada pelos artigos 37 e 38 do

⁴⁷Art. 38 do Projeto de Lei do Novo CPP: O órgão do Ministério Público poderá requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, seja por insuficiência de elementos de convicção, seja por outras razões de direito. Parágrafo Único. O juiz das garantias, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá 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.

anteprojeto de lei do Novo CPP⁴⁸, o qual obrigava o Ministério Público a intimar o ofendido, em caso de arquivamento do inquérito, e permitia que este impetrasse recurso para instância superior do órgão ministerial. Segue abaixo a transcrição da Exposição de Motivos do Anteprojeto de lei 156/2009 que fundamentava esta solução anterior, e que Carvalho defende o retorno:

Do mesmo modo, retirou-se, e nem poderia ser diferente, o controle judicial do arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação. No particular, merece ser registrado que a modificação reconduz o juiz à sua independência, na medida em que se afasta a possibilidade de o Ministério Público, na aplicação do art. 28 do atual Código, exercer juízo de superioridade hierárquica em relação ao magistrado. O controle do arquivamento passa a se realizar no âmbito exclusivo do Ministério Público, atribuindo-se à vítima legitimidade para o questionamento acerca da correção do arquivamento. O critério escolhido segue a lógica constitucional do controle de ação penal pública, consoante o disposto no art. 5º, LIX, relativamente à inércia ou omissão do Ministério Público no ajuizamento tempestivo da pretensão penal. Decerto que não se trata do mesmo critério, mas é de se notar a distinção de situações: a) no arquivamento, quando no prazo, não há omissão ou morosidade do órgão público, daí porque, cabendo ao Ministério Público a titularidade da ação penal, deve o juízo acusatório, em última instância, permanecer em suas mãos; b) na ação penal subsidiária, de iniciativa privada, a legitimidade da vítima repousa na inércia do órgão ministerial, a autorizar a fiscalização por meio da submissão do caso ao Judiciário.

Desta forma, seria preservada a imparcialidade objetiva do magistrado, pois o fato de não concordar com o arquivamento do inquérito policial, requisitado pelo próprio acusador, já levanta fortes suspeitas nos jurisdicionados, de que o deferimento de medidas restritivas de direitos e o recebimento da denúncia, serão bem prováveis de ocorrerem. Além disso, será resguardada a independência do juiz, porque qualquer decisão judicial, mesmo que não concordando com o *parquet*, não deve ser revisada pelo Procurador-Geral do Ministério Público. Portanto, adotando esta proposta anterior do anteprojeto, serão protegidos dois dos três elementos essenciais do juiz natural (princípio fundamental ao sistema acusatório): a imparcialidade e a independência do órgão jurisdicional.

⁴⁸Art. 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.

Art. 38. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o Ministério Público comunicará a vítima, o investigado, a autoridade policial e a instância de revisão do próprio órgão ministerial, na forma da lei. §1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. §2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.

O trecho inicial do artigo 15 do projeto de lei⁴⁹ também recebeu crítica de um dos opositores do juiz das garantias, Mauro Fonseca Andrade (2009, p.182), que observou que:

Ninguém menos que o próprio projeto trata de contrariar os postulados que ele mesmo traçou, ao admitir, [...], que o juiz das garantias seja o mesmo do futuro processo, [...] nas infrações de menor potencial ofensivo. Por isso, a pergunta inevitável: há como transigir com o conceito ou significado de imparcialidade judicial, que seria considerada preservada ou violada, em razão da potencialidade ofensiva de um ilícito penal? Se a resposta for positiva, então [...] essa separação não é ‘de rigor’.

Em vista deste artigo, as infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa”⁵⁰, não possuirão juiz das garantias. A justificativa dos defensores do juiz das garantias, dentre eles, Maya (2014, p. 204) é que:

[...] na medida em que a prática dessas infrações enseja a lavratura de termo circunstanciado, e não a instauração de inquérito policial. Não há, nesses casos, ao menos como regra, investigação criminal, mas apenas a colheita dos dados necessários à identificação do infrator, da vítima e das testemunhas, bem como a narração resumida do fato delituoso com as suas circunstâncias. Por isso, não havendo previsão de adoção de medidas investigativas restritivas de direitos individuais por parte da autoridade policial, afigura-se, em princípio, sem sentido o instituto do juiz de garantias nesses casos.

Logo, o próprio Maya admite, que “ao menos como regra” o juiz das garantias não seria necessário, porém, nesta regra existe exceção prevista na legislação, que pode ensejar esta necessidade, e que o projeto de lei não trata. Esse é o ponto de vista da crítica condizente de Andrade (2009, p.182), que observou que:

Não se pode olvidar que, embora não haja, em regra, prisão em flagrante nos crimes de menor potencial ofensivo, sua efetivação – e posterior lavramento do respectivo auto – poderá ocorrer caso o autor do fato não assuma o compromisso de comparecer ao juizado especial criminal, tal como excepciona o parágrafo único do artigo 284 do projeto. Estaria implementada, assim, ao menos uma das hipóteses presentes no rol de atividades do juiz das garantias, e que levaria à sua exclusão do processo, nos demais tipos de procedimentos.

Por conseguinte, qualquer exceção deverá ser contemplada pela abrangência da competência do juiz das garantias, para que o projeto de lei possa manter uma coerência com os seus próprios fundamentos para a criação deste novo instituto.

⁴⁹Artigo 15 do Projeto de Lei do Novo CPP: A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo...

⁵⁰Conforme artigo 61 da Lei 9.099/95 que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, equivalente ao artigo 288 do projeto de lei do Novo CPP.

Outra contradição do projeto de lei que demandará uma solução é o fato de que o juiz das garantias não abrangerá a segunda instância e as cortes superiores, que continuará com a regra de prevenção para fixar a competência, pois atualmente, o desembargador, ministro ou órgão colegiado que julgou, por exemplo, o primeiro *habeas corpus* durante a fase pré-processual, torna-se prevento para ser o órgão jurisdicional competente para julgar os recursos subsequentes da fase processual (sentença) e também de execução penal (agravos), além dos *habeas corpus* posteriores. Portanto, todo o esforço para maximizar a eficácia da garantia da imparcialidade no primeiro grau poderá ser perdido no segundo grau e nas cortes superiores, justamente nos locais em que ocorrerão as decisões em definitivo.

Esta crítica é feita por Gomes (2011, p.104), que observa esta incoerência e ao final questiona:

[...] considerando que uma das coisas que se pretende evitar, é que um magistrado que tenha tomado contato com os fatos em grau de juízo de admissibilidade e legitimidade de meios de coleta de elementos prévios de convicção ou medidas cautelares venha ser o mesmo que vá julgar o mérito da ação penal, em caso de desembargadores e ministros das Cortes, Superior e Suprema que venham a conhecer dos *habeas corpus* impetrados ainda enquanto o processo originário se encontra na fase pré-processual, para discutir a admissibilidade e legitimidade do deferimento de tais medidas pelo juiz das garantias, também se adotará, por coerência e simetria, a instituição dos desembargadores e ministros das garantias, que ficarão impedidos – em vez de preventos – para o julgamento do mérito dos recursos de apelação, especial e extraordinário?

Maya (2014, p. 208) concorda com Gomes neste aspecto e sugere como solução, que seja constituído um juizado de garantias na estrutura do segundo grau de jurisdição, com competência exclusiva para reexaminar a totalidade dos atos de decisão do juiz das garantias no curso das investigações preliminares, e também dos mesmos atos anteriores à sentença referentes ao magistrado durante a fase processual, para fins de manter no segundo grau e nas demais instâncias recursais, os benefícios da potencialização da imparcialidade obtidos através do instituto do juiz das garantias na primeira instância.

Por fim, mas sem a pretensão de exaurir todas as inconsistências do projeto de lei quanto à criação do juiz das garantias, têm-se o fato de que em situações de ação penal originária, conforme o seu artigo 314, inciso I⁵¹, existe apenas o impedimento do magistrado de atuar no processo como relator, caso ele tenha exercido as funções do juiz das garantias

⁵¹Art. 314 do Projeto de lei do Novo CPP: Nas ações penais de competência originária, o procedimento nos tribunais obedecerá às disposições gerais previstas neste código e no respectivo regimento interno e, especialmente, o seguinte: I – as funções do juiz das garantias serão exercidas por membro do tribunal, escolhido na forma regimental, que ficará impedido de atuar no processo como relator.

como membro do tribunal, mas não há o impedimento para atuar neste mesmo processo como revisor ou qualquer outro magistrado do colegiado, que não seja relator ou revisor.

Atento a este problema, Andrade (2009, p.182) questiona se “há como transigir com o conceito ou significado de imparcialidade judicial, que seria considerada preservada ou violada, em razão da [...] da instância em que o processo tramitará?” Portanto, mais uma contradição que deverá ser equacionada, pois, não importa a instância em que o magistrado esteja atuando, os desembargadores dos tribunais e ministros das cortes superiores também são seres humanos e tão suscetíveis a uma contaminação subjetiva quanto os juízes de primeiro grau.

Após este imprescindível diagnóstico das incongruências encontradas entre as metas idealizadas pela exposição dos motivos do projeto de lei para a criação do juiz das garantias, e as atribuições/competências projetadas para este novo órgão jurisdicional, que possibilitaram a proposição de adequações que poderão potencializar a eficácia destas metas, no próximo tópico, serão enfrentadas duas críticas bastante usuais utilizadas pelos antagonistas à instauração do juiz das garantias.

5.4. CRÍTICAS FALACIOSAS À INSTITUIÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS

Um dos graves problemas do projeto de lei, fruto da pressão destas críticas mais comuns dos opositores à criação do juiz das garantias, incluindo o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é quanto ao texto do seu artigo 748, inciso I⁵², que exclui, nas comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas 1 (um) juiz, a incidência do impedimento do juiz de atuar na fase processual, caso tenha praticado qualquer ato incluso nas competências do juiz das garantias na fase de investigação, até o momento em que os tribunais de justiça estaduais e as seções judiciárias federais não dispuserem sobre: a criação do cargo para o juiz das garantias ou as suas maneiras de substituição nas respectivas legislações de organização judiciária. A solução do problema encontrada pela comissão de juristas foi transferir a responsabilidade para as justiças estaduais, apenas justificando esta decisão na exposição de motivos do anteprojeto, conforme abaixo:

⁵²Artigo 748 do projeto de lei do Novo CPP: O impedimento previsto no artigo 16 não se aplicará: I- às comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas 1 (um) juiz, enquanto a respectiva lei de organização judiciária não dispuser sobre criação de cargo ou formas de substituição. Artigo 16 do projeto de lei do Novo CPP: O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo.

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.

Desta forma, além de se delegar a solução desta questão, não existem mais prazos para que as justiças estaduais e federais criem os cargos nas comarcas e seções judiciárias para o juiz das garantias ou as suas formas de substituição, e onde não existem prazos legais, não existem garantias de efetivação. Vale observar que, anteriormente, já ocorreu tentativa de fixar prazos para o impedimento previsto no artigo 16 do projeto de lei, não só para os órgãos jurisdicionais onde só há um juiz, mas também para os demais, porém, na versão final foram retirados estes prazos graduais. Quanto a este imbróglio, Maya (2014, p. 206-7) comenta que:

Razoável e adequada a previsão transitória, desde que, contudo, seja ela efetivamente transitória. A propósito, o substitutivo do PLS 156/2009, apresentado pelo então Senador Renato Casagrande, relator do projeto de lei no Senado, estipulava, no artigo 701, que essa regra de impedimento entraria em vigor três anos após a entrada em vigor do Código de Processo Penal, como regra, e após seis anos nas comarcas formadas por apenas um magistrado. Lamentavelmente, acabou suprimida na versão final do PLS/2009 votada pelo Senado Federal, restando sem prazo definido a regra do artigo 748, o que, na prática, torna sem efeito a previsão do juiz de garantias no Código de Processo Penal...

É válido destacar, que o posicionamento contrário do CNJ, quanto à viabilidade de operação do juiz das garantias, após a fixação dos prazos de 03 e 06 anos para a implementação deste novo instituto neste substitutivo supramencionado, acabou influenciando e pressionando a retirada dos referidos prazos da versão final do projeto de lei. Segundo Larissa Silva (2012, p. 97-8), o “Conselho Nacional de Justiça desprezou a *vacatio legis* específica para o juiz das garantias, atestando, em sua Nota Técnica 10/2010⁵³, que seria inviável, sob o aspecto operacional, a instituição do juiz das garantias no país.”

⁵³Nota Técnica 10/2010 do Conselho Nacional de Justiça, ponto 8: o projeto, preocupando-se com a consolidação de um modelo acusatório, institui a figura do “juiz das garantias”, que será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais, sob duas preocupações básicas, segundo a exposição de motivos, a saber: a de otimizar a atuação jurisdicional criminal e a de manter o distanciamento do juiz incumbido de julgar o processo. Contudo, a consolidação dessa ideia, sob o aspecto operacional, mostra-se incompatível com a atual estrutura das justiças estadual e federal. O levantamento efetuado pela Corregedoria Nacional de Justiça no sistema Justiça Aberta revela que 40% das varas da Justiça Estadual no Brasil constituem-se de comarca única, com apenas um magistrado encarregado da jurisdição. Assim, nesses locais, sempre que o único magistrado da comarca atuar na fase do inquérito, ficará automaticamente impedido de jurisdicionar no processo, impondo-se o deslocamento de outro magistrado de comarca distinta. Logo, a adoção de tal regramento acarretará ônus ao já minguado orçamento da maioria dos judiciários estaduais quanto ao aumento do quadro de juizes e servidores, limitados que estão pela Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como no tocante ao gasto com deslocamentos e diárias dos magistrados que deverão atender a outras comarcas. Ademais, diante de tais dificuldades, com a eventual implementação de tal medida, haverá riscos ao atendimento do princípio da razoável duração do processo, a par de um perigo iminente

Ademais, é uma crítica bem comum dos que consideram inviável a implantação do juiz das garantias, fundamentando-a na realidade orçamentária precária das justiças estaduais e federal, que não teriam condições para possuírem pelo menos dois juízes em todas as comarcas ou seções judiciárias. Realmente, não há como negar que esta realidade de poucos orçamentos existe, no entanto, existem diversas possíveis soluções para viabilizar a implantação do juiz das garantias, adequando-se a esta conjuntura, caso haja vontade efetiva de mudar. Diversas saídas para este empecilho, que não demandam maiores investimentos financeiros e humanos, já foram dadas pelos doutrinadores, como por exemplo, Paulo Victor Freire Ribeiro (2010, p. 977), que sugere que:

[...] se há duas comarcas vizinhas que carecem de varas criminais e estrutura para implementação do modelo, que uma funcione como garante dos inquiridos da outra. Em comarcas maiores, se houver impedimentos quanto à instalação imediata de uma vara de garantias, pode a primeira funcionar como garante da seguinte, e assim sucessivamente até que a última cuide dos inquiridos da primeira.

Já Ritter e Lopes Jr (set.-dez. 2016, p. 83) também dão alternativas em que a situação precária de orçamento e de recursos do Poder Judiciário não será óbice para o juiz das garantias:

Há diversas sugestões para a implantação do novo instituto sem maiores investimentos, do que são exemplos a regionalização do juiz das garantias (de modo que um único juiz garante atenda um grupo de comarcas próximas); a implantação do inquirido online ou pelo sistema de processo eletrônico; a distribuição cruzada quando houver um juiz criminal e um cível; sua concretização progressiva, no sentido capital-interior (iniciando nas entrâncias finais até se chegar as iniciais, que contam com um só juiz), de forma semelhante ao que foi feito no Chile, quando implementado o novo CPP chileno (lá na direção inversa, interior-capital); enfim, soluções existem, basta um mínimo de vontade para levá-las adiante.

Estas mesmas sugestões também foram dadas por Maya (2010, p.14), que critica severamente estes argumentos da falta de estrutura do estado, especificamente do Poder Judiciário, para executar esta alteração tão importante para a democracia e sistema acusatório:

Cientificamente, não há, de fato, críticas ao instituto do juiz de garantias. Impossível, efetivamente, questionar a sua aderência ao modelo acusatório-democrático de processo, ou, quiçá, duvidar de que se trata de uma maneira eficaz de tutelar a imparcialidade do julgador e garantir, por consequência, o *giusto*

de prescrição de muitas ações penais. Também é necessário anotar que há outros motivos de afastamentos dos magistrados de suas unidades judiciais, como nos casos de licença, férias, convocações para Turmas Recursais ou para composição de Tribunais.

proceso (devido processo legal). Por que, então, resistência em aceitar essa nova figura processual por parte de alguns setores do meio jurídico? A resposta a essa indagação remete para o já conhecido e surrado argumento da falta de estrutura do Estado – no caso, o Poder Judiciário. O mesmo argumento que ainda hoje é utilizado para justificar a inexistência de Defensoria Pública em vários Estados da Federação, a mesma justificativa empregada para explicar a superlotação dos estabelecimentos prisionais brasileiros, enfim, a malfadada falta de estrutura, desta feita empregada, por alguns, para justificar a manutenção de características inquisitoriais do processo penal brasileiro, bem como a manter a legislação processual penal pátria num vergonhoso patamar de atraso em relação aos vizinhos sul-americanos.

E por falar em nossos vizinhos sul-americanos, no Chile, por exemplo, as mudanças foram muito mais radicais do que as serão feitas no Brasil, pois, além do juiz das garantias, foi implementada toda a estrutura e carreira do Ministério Público, que era inexistente, e tudo foi feito de forma gradual, iniciando pelas comarcas do interior e finalizando na capital, Santiago. Maurício Zanoide de Moraes (2010, p. 23) vai mais além, e afirma que os Poderes Executivo e Legislativo possuem a obrigação de cooperar com o Poder Judiciário, para viabilizar esta mudança do juiz das garantias, e faz sugestões neste sentido:

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. Basear uma crítica na atual falta de recursos, como se essa realidade isentasse de obrigação ou de responsabilidade de cumprir o prometido na Constituição a curto ou a médio prazos (não esqueçamos que a Constituição já tem mais de 20 anos), não serve sequer para oferecer desculpas aos cidadãos pela continuidade desse caos no sistema criminal atual.

Por conseguinte, em virtude de tantas possibilidades de concretização deste novo instituto com os recursos orçamentários e humanos atuais, este argumento mostra-se superado e resta mais uma alegação contrária que também é muito utilizada: o “atendimento do princípio da razoável duração do processo”, citada inclusive, pelo próprio CNJ, na sua Nota Técnica 10/2010 já transcrita anteriormente, que justificava a inviabilidade da adoção do juiz das garantias no prazo de 03 anos (para as comarcas com mais de um juiz) e 06 anos (para as comarcas com somente um juiz), não somente em função dos exíguos recursos orçamentários e humanos, mas também por causa do “perigo iminente de prescrição de muitas ações penais”. Ritter e Lopes Jr (set.-dez., 2016, p. 84) combatem este pretexto, contestando que:

Tal como a questão estrutural-orçamentária (que como se viu não serve de fundamento para objeção a reforma), igualmente infundada a invocação da razoável duração do processo para problematizar o novo instituto, considerando-se que é inadmissível a utilização de uma garantia fundamental (CF, art. 5º, LXXVIII)⁵⁴ em favor do poder punitivo estatal, quando sua função é justamente a sua limitação. O rol do artigo 5º da Constituição impõe deveres para o Estado em face dos indivíduos e não o contrário. Logo, completamente equivocada, pra dizer o mínimo, qualquer interpretação nesse sentido.

Isto posto, retornando ao referencial teórico desta monografia, a política criminal minimalista adotada pela CF/88 (um minimalismo penal como fim em si mesmo), na qual o projeto de lei do novo CPP objetiva se harmonizar, através, primordialmente, da instituição do juiz das garantias, possui características completamente opostas a qualquer política criminal que defenda a restrição das garantias fundamentais constitucionais individuais em prol dos direitos fundamentais constitucionais da sociedade e ou do Estado, seja sob a alegação da supremacia do interesse público sobre o privado ou do princípio da proporcionalidade.

Ademais, o benefício da otimização da atuação de um juiz exclusivamente na fase pré-processual, oriundo do fator especialização do juiz das garantias, já explicado neste trabalho, irá em um futuro próximo, proporcionar mais agilidade e qualidade da atuação jurisdicional nesta fase de investigação criminal, que atualmente é muito morosa, desconstruindo as alegações dos antagonistas ao juiz das garantias, do não atendimento do princípio da razoável duração do processo.

Diante de tudo que já foi exposto, sobre a relevância da implantação do juiz das garantias para um processo penal mais adequado à CF/88, e conseqüentemente, mais democrático, garantista e alinhado ao princípio acusatório, visto que potencializa a garantia à imparcialidade do julgador da causa, no próximo tópico será possível efetuar a conclusão, visto que foram construídas, no decorrer deste trabalho, as condições necessárias para fundamentar a resposta à pergunta problema desta monografia.

⁵⁴Artigo 5º, inciso LXXVIII da CF/88: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

6. CONCLUSÃO

1. A divergência de opiniões, a polêmica gerada em todo o meio jurídico, os posicionamentos a favor sem uma análise crítica das contradições do projeto de lei, as críticas reducionistas e sem fundamento, a atual tramitação do projeto de lei na Câmara dos Deputados e com sérios riscos de tornar o juiz das garantias um “natimorto”, o enorme hiato entre o CPP vigente e a CF/88, a relevância do novo instituto para a imparcialidade do juiz do processo e para o sistema acusatório, o singular momento histórico nacional de expansão punitiva, foram as molas propulsoras para esta pesquisa de monografia. A principal pergunta que serviu de linha condutora deste trabalho foi: a implementação do instituto do juiz das garantias proposto no Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal pátrio (PLS n.º 8045/2010), em tramitação na Câmara dos Deputados, é realmente necessária para a consolidação de um sistema processual penal acusatório?

2. No intuito de responder a esta questão, teve que se definir e delimitar qual a lente teórica que seria usada para efetuar esta análise e foi definida que a mais adequada seria o viés garantista, visto que para que o novo código de processo penal elimine as suas fortes características inquisitoriais e se alinhe aos princípios acusatórios da CF/88, neste momento de expansionismo sancionatório do Brasil, este trabalho necessitaria de um embasamento teórico como o Garantismo Penal de Ferrajoli.

3. A análise dos axiomas do Sistema Garantista (SG), particularmente os quatro últimos referentes às garantias processuais penais, demonstram que tanto o Garantismo como a CF/88, elegeram o sistema acusatório como um modelo mais eficaz para um processo penal que visa sempre maximizar a tutela das garantias e direitos fundamentais constitucionais do indivíduo, perante o poder punitivo do Estado, através da criação e aperfeiçoamento contínuo de mecanismos desta proteção. Além disso, o SG é baseado em um Direito Penal Mínimo como um fim em si mesmo e ratifica a função do magistrado, em um sistema acusatório democrático, como de garantidor e imparcial e não como de acusador e parcial, e diante do que foi exposto, está justificada a utilização deste referencial teórico.

4. Foi feita uma necessária distinção entre os diversos minimalismos penais existentes e o tipo de minimalismo do SG, para fins de evitar eventuais equívocos quanto à lente teórica utilizada para a análise deste trabalho. O SG não é um minimalismo reformista, nem um minimalismo como meio para o abolicionismo. Vale destacar, que o SG possui características opostas a qualquer política criminal (independente da denominação de minimalismo ou garantismo dada a esta política), que defenda a restrição dos direitos fundamentais

constitucionais individuais, em prol dos direitos fundamentais constitucionais da sociedade e ou do Estado, seja sob o argumento já superado da supremacia do interesse público sobre o privado, ou da justificativa já banalizada do princípio da proporcionalidade. Por fim, o Garantismo Penal de Ferrajoli é um modelo de minimalismo penal como fim em si mesmo.

5. O breve histórico do sistema acusatório possibilitou identificar o elemento do núcleo fundante deste sistema, que é a distinção das atividades de julgar e acusar durante toda a fase pré-processual e processual, pois, a história dos sistemas processuais penais alternou-se entre o modelo acusatório e o inquisitório, bastando para isso mudar o posicionamento e a função do juiz, permitindo-o acumular ou não, a atribuição de acusar, além da missão de julgar. Ademais, este conciso histórico permitiu detectar o primordial motivo para esta alternância: a insatisfação dos opositores ao modelo acusatório com a inércia do juiz diante da atividade probatória incompleta e defeituosa das partes, que foi e continua sendo a principal crítica dos que são favoráveis a uma política criminal do eficientismo penal. Contudo, a história da inquisição já demonstrou as consequências desastrosas de robustecer a iniciativa/gestão investigativa e probatória do julgador, que deve ser exclusiva das partes. Sem a inércia do juiz não há imparcialidade, “princípio supremo do processo” acusatório.

7. Concluiu-se que do núcleo fundante do sistema acusatório, decorrem, de maneira direta ou indireta, as demais características contemporâneas delineadoras deste sistema, tais como: a proibição a qualquer atividade de ofício referente à iniciativa/gestão probatória ou investigativa (atividade exclusiva das partes); a imparcialidade do julgador; a isonomia de tratamento das partes e a paridade de “armas”; o robustecimento do contraditório e da defesa, que deve ser equiparada à acusação; a maior predominância possível da oralidade e da publicidade dos atos investigativos e processuais; a fundamentação de toda decisão por um órgão jurisdicional por meio do livre convencimento motivado; o direito a impetrar recurso; a garantia à coisa julgada.

8. Partiu-se posteriormente para a análise da imparcialidade do juiz, porque a ampliação de sua proteção na fase processual foi a primordial base legitimadora da exposição dos motivos do projeto de lei, para a instituição do Juiz das Garantias. Inicialmente, ressaltou-se a imprescindibilidade da imparcialidade do órgão jurisdicional para a existência de um sistema acusatório. Em seguida, a delimitação da conceituação da imparcialidade, mesmo diferenciando-a da neutralidade, revelou a dificuldade de controle e aferição de sua violação, em virtude de sua inerente subjetividade. Em função desta sua realidade subjetiva intrínseca, a total garantia da imparcialidade é uma utopia e a meta deverá ser sempre a busca por sua crescente potencialização.

9. Para isto, todos os instrumentos existentes para a tutela dos elementos do princípio do juiz natural (independência, definição legal prévia ao delito do juiz competente e imparcialidade) deverão ser respeitados e também ampliados, visando a uma maximização contínua. Neste contexto, têm-se os instrumentos processuais de exceções de impedimento e de suspeição, que permitem tanto o juiz cumprir o seu múnus de se abster do processo, como as partes rejeitarem o juiz, ambos existentes no CPP brasileiro, que listam as hipóteses em que são admitidas a transgressão da imparcialidade do magistrado.

10. Foram citados alguns julgados do STF e STJ em que se constata que não há mais uma pacificação, quanto à interpretação na jurisprudência, de que as causas de impedimento e de suspeição são taxativas, através do alargamento da compreensão da expressão “outra instância” (do artigo 252, III) para também englobar as esferas administrativas, e do uso da analogia e da interpretação extensiva do artigo 3º do CPP. Esta nova cognição jurisprudencial, embora ainda não consolidada e, portanto, casuística, é uma tendência e se alinha à justificativa da exposição de motivos para a criação do Juiz das Garantias, pois trata-se de uma evolução para a ampliação da proteção da garantia à imparcialidade do julgador.

11. Ressaltou-se o uso do artigo 112 do CPP, quanto à incompatibilidade, utilizado nas situações em que a competência do juiz é determinada pela regra da prevenção, que também são exemplos de interpretação extensiva para casos de impedimento e/ou suspeição que não se encaixam nas hipóteses do CPP. Foram mencionados outros julgados do STF e STJ, evidenciando a compreensão na direção de que a prática de um ato jurisdicional decisório, executado especificamente na fase de investigações preliminares em que intervirá o juiz das garantias, torna o magistrado prevento e competente para a fase processual. Este destaque foi feito, pois a regra da prevenção para fixar a competência, acaba contribuindo para aumentar a possibilidade de parcialidade do órgão jurisdicional, porque o julgador irá necessitar obter uma cognição prévia da causa que será muito próxima de um juízo de mérito, para desempenhar a sua função constitucional de garante dos direitos fundamentais do investigado.

12. Esta visão de que a regra de prevenção, para atos judiciais decisórios em fases preliminares, é uma presunção de quebra da imparcialidade, também é uma tendência dos recentes julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) que foram analisados. As decisões do TEDH mencionadas condenaram os países europeus pela violação do artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que promove à categoria de direito fundamental do indivíduo, a garantia a uma audiência por parte de um tribunal independente e imparcial. Enfatizou-se, que esta mesma garantia está prevista na Declaração Universal de

Direitos Humanos e também no Pacto de San José da Costa Rica, em que o Brasil é signatário e deve obediência legal.

13. Salientou-se outra contribuição dos julgados do TEDH, que foi a instituição de um critério objetivo para aferir e avaliar se ocorreu ou não a transgressão à imparcialidade. Isto foi realçado, devido à realidade subjetiva inerente à imparcialidade, que dificulta a elaboração de regras para aferir e controlar os juízos pessoais e íntimos do julgador. Logo, a partir do paradigmático caso *Piersack vs. Bélgica*, não basta o juiz ser imparcial (imparcialidade subjetiva), ele tem que parecer ser imparcial perante a sociedade e os jurisdicionados (imparcialidade objetiva), ou seja, iniciou-se uma orientação no sentido de fundamentar a quebra da imparcialidade na teoria da aparência. No entanto, algumas decisões do TEDH em sentido oposto e para casos semelhantes, como no caso citado de *Jasinski vs Polônia*, demonstram que esta fundamentação, apesar de ser uma tendência, é usada de forma casuística e ainda não está pacificada.

14. Esta casuística também foi encontrada no STF, em uma decisão de HC 92.893/ES investigada, em que não foi considerada a contaminação subjetiva do magistrado do processo, que atuou presidindo o inquérito. Destacou-se a utilização pelo STF de uma mesma fundamentação, de forma reiterada em situações semelhantes, alegando basicamente que no Brasil não há o modelo do juiz instrutor, que colhe as provas e substitui a polícia na investigação criminal, e que portanto, não ocorre a violação da imparcialidade. Neste HC chegou-se a fundamentar que “o juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal”.

15. Porém, a análise dos artigos do CPP referentes a algumas medidas cautelares de natureza real e pessoal, e dos seus princípios norteadores (jurisdicionalidade, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade), demonstram que, mesmo que o juiz não aja de ofício e só quando invocado, para ele cumprir a sua função de garantidor dos direitos fundamentais do investigado, lhe será demandada uma análise minuciosa dos pressupostos de admissibilidade destas medidas, próxima de uma análise de mérito, sendo inverossímil que ele não se torne parcial. Alguns exemplos das medidas cautelares foram citados, evidenciando que estas irão requisitar do julgador um “juízo de valor sobre fatos ou questões de direito”, contradizendo a justificativa do STF.

16. Dentre os exemplos citou-se: para a decretação do sequestro de bens imóveis, a necessidade de uma análise (ainda na fase investigatória), por parte do juiz, de que estes bens tenham sido adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, aliado à conclusão da

existência de “indícios veementes” da proveniência ilícita dos bens; para a hipoteca legal e para o arresto de bens móveis de origem lícita são exigidas a “certeza da infração”; para a busca e apreensão, tem como requisito “fundadas razões” e para a busca domiciliar tem-se “fundada suspeita”, dentre outras. Neste mesmo sentido, têm-se as medidas cautelares de cunho pessoal (prisões cautelar, preventiva, provisória, temporária, manutenção ou não da prisão em flagrante), que para decidir sobre a sua admissibilidade, o magistrado terá que examinar a ocorrência do *fumus commissi delicti*, e também terá que sondar se o investigado agiu sob a guarida legal das causas excludentes de ilicitude, além da avaliação do *periculum libertatis*.

17. Logo, a regra da prevenção contribui para a parcialidade subjetiva e viola a imparcialidade objetiva e diante da casuística dos julgados do STF e STJ quanto à questão da imparcialidade, a solução mais adequada para potencializar a garantia à imparcialidade do órgão jurisdicional é impedir que o juiz que atua na fase pré-processual venha a ser o mesmo da fase do processo, proposta central do juiz das garantias, uma vez que, está imune à casuística. Para fins de fundamentar cientificamente a quebra da imparcialidade dos juízes de processo que também atuam na fase investigativa, e rebater as argumentações infundadas dos opositores ao juiz das garantias, foi explanada a Teoria da Dissonância Cognitiva.

18. A tese desta teoria era de que uma pessoa possui uma tendência natural a tentar alcançar um estado de coerência, ou seja, de consonância, através de um processo involuntário e espontâneo, quando está diante de ideias, crenças e atitudes antagônicas. A primeira hipótese era que um indivíduo, quando está no estado de dissonância cognitiva, inevitavelmente, acontece uma coação interna, automática e inconsciente, para extinguir as incongruências e mitigar o estresse fruto desta dissonância. A segunda hipótese era que, quando a pessoa está vivenciando esta situação de dissonância, além de tentar reduzi-la, ocorre também um processo ativo de evitar a proximidade com circunstâncias que possam aumentá-la. Outra constatação relevante desta teoria, é que a ocorrência de dissonâncias nos seres humanos é bem comum.

19. As hipóteses e os estudos desta Teoria viabilizaram o desenvolvimento de pesquisas empíricas, que denotaram que após a tomada de decisão, a ocorrência da dissonância é inevitável, e para mitigar este incômodo, há uma tendência natural e inconsciente, no sentido de eliminar e/ou evitar qualquer aspecto desfavorável da opção escolhida, e de forma oposta, prestigiar as cognições consonantes à decisão. Outra conclusão das pesquisas é de que o indivíduo após fixar a primeira impressão sobre alguém (como nas investigações criminais em que se tem apenas uma visão unilateral da situação), esta primeira impressão irá direcionar a

cognição e a atitude desta pessoa quanto às cognições posteriores, no sentido de adequá-las à primeira impressão, para fins de evitar o desconforto da dissonância cognitiva.

20. Salientou-se a importância do exame da exposição de motivos de qualquer nova legislação, pois através dela, verificam-se os fundamentos para as alterações propostas. Outrossim, este diagnóstico viabilizou examinar se as atribuições projetadas para este novo instituto, atenderão ou não às metas traçadas, que, por sua vez, permitiu tanto identificar as possíveis contradições do projeto de lei, como sugerir adequações. Depreende-se da exposição de motivos, que o benefício primordial que legitima a criação do Juiz das Garantias é que este irá potencializar a proteção à imparcialidade do órgão jurisdicional que irá julgar o mérito, em virtude do seu distanciamento dos elementos de convicção colhidos na investigação. Além disso, ao vedar que este juiz das garantias tenha iniciativa de qualquer atividade investigativa e/ou probatória na investigação criminal, o novo código busca adequá-lo à posição constitucionalmente demarcada para um juiz: inerte e imparcial.

21. Esta vedação se coaduna com o elemento do núcleo fundante do sistema acusatório. Portanto, o juiz das garantias terá a significativa função de adequar o novo CPP ao sistema acusatório, e como consequência, compatibilizá-lo também à CF/88. Outro argumento da exposição de motivos é o benefício secundário, mas também importante, de que a especialização do juiz das garantias irá aprimorá-lo nas questões relativas a esta fase investigatória, tornando-a mais ágil e com maior qualidade jurisdicional na proteção das garantias fundamentais do acusado, reduzindo a distância atualmente existente entre esta fase investigativa e o sistema acusatório. Desta forma, para a comissão de juristas do projeto de lei, a implantação do juiz das garantias “é de rigor”, pois, ao maximizar a proteção à imparcialidade, irá também potencializar a garantia constitucional do devido processo legal, que são elementos imprescindíveis à consolidação do sistema acusatório.

22. O juiz das garantias será o responsável pelo controle da legalidade das investigações criminais, para tutelar os direitos constitucionais fundamentais do investigado nesta fase, além de ser competente para decidir sobre as medidas de restrição destes direitos na fase que antecede o oferecimento da denúncia. As suas atribuições estão contempladas nos 14 incisos do artigo 14 do PLS 8045/2010. Frisou-se, que comparando estes 14 incisos com a reserva jurisdicional das matérias adotadas pelo CPP vigente, não há diferenças, no entanto, o grande diferencial é o fato de que o juiz das garantias, ao exercer qualquer destas atribuições na fase pré-processual, estará impedido de atuar como juiz do processo. Foi feita a sua diferenciação com o juiz de instrução, que possui a competência de dirigir e conduzir a fase investigativa preliminar e detém poderes absolutos no controle desta, sendo-lhe permitida a

iniciativa e gestão investigativa e probatória, que viola a premissa da distinção das atividades de acusar e julgar, fundamento do sistema acusatório.

23. O juiz de instrução foi o modelo adotado em alguns países da Europa ocidental, porém, desde o final do século XX, gradualmente, os poderes investigatórios e probatórios deste julgador foram sendo reduzidos por meio de reformas processuais e se assemelhando cada vez mais do perfil do juiz das garantias. Estas reformas nos códigos processuais penais na Europa, em conjunto com as decisões do TEDH, influenciaram semelhantes reformas, a partir da década de 90, em diversos países da América Latina, que instituíram o juiz das garantias, que por sua vez, também influenciaram o Brasil.

24. Foram identificadas e analisadas várias inconsistências entre as metas idealizadas pela exposição dos motivos para a criação do juiz das garantias, e o projeto de lei 8045/2010, que possibilitaram a proposição de adequações visando assegurar a concretização destas metas. Algumas das contradições citadas foram os fatos de que: o juiz do processo é quem será o responsável pelo recebimento da denúncia e não o próprio juiz das garantias, pois, como o juiz do processo só terá a sua disposição o relatório da investigação criminal para refutar ou não a denúncia, desta maneira, será impossível “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”; o juiz das garantias não abrangerá a segunda instância e as cortes superiores, que continuará com a regra de prevenção para fixar a competência, aniquilando os benefícios gerados na primeira instância.

25. Continuando algumas das incongruências identificadas e investigadas, os fatos de que: o juiz do processo é quem irá resolver as questões pendentes após a propositura da ação penal, ao invés do juiz das garantias decidir a respeito de todos os requerimentos ministeriais e da polícia, referentes às investigações na fase pré-processual; em situações de ação penal originária, existe apenas o impedimento do magistrado de atuar no processo como relator, caso ele tenha exercido as funções do juiz das garantias como membro do tribunal; dentre outras incongruências analisadas. Também foram desconstruídas duas críticas falaciosas dos antagonistas à instauração do juiz das garantias: as limitações orçamentárias e estruturais do Poder Judiciário e o respeito ao princípio constitucional da razoável duração do processo.

25. Diante de tudo que foi exposto, apesar das inconsistências levantadas, que devem ser eliminadas preferencialmente através das adequações mencionadas ainda na fase do projeto de lei, ou caso não seja possível, em futuras reformas processuais, a implementação do instituto do juiz das garantias proposto no Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal

(PLS n.º 8045/2010), não é apenas necessária, mas imprescindível, para a consolidação de um sistema processual penal acusatório pátrio.

26. Esta constatação pode ser justificada, em apertada síntese, pelo fato de que o juiz das garantias, ao maximizar a garantia à imparcialidade, robustecerá também a isonomia de tratamento das partes, a paridade de “armas”, o contraditório e a defesa, características delineadoras do sistema acusatório. Além disso, ao se proibir que o juiz das garantias pratique qualquer atividade de ofício referente à iniciativa/gestão investigativa e/ou probatória, estará se preservando o núcleo fundante do sistema acusatório, que é a distinção entre as atividades de acusar e julgar. A partir da proteção deste núcleo fundante decorrem, direta ou indiretamente, a salvaguarda de outras características principais do sistema acusatório, inclusive a imparcialidade.

27. Para futuros trabalhos, uma sugestão é a de pesquisar a legislação e as consequências práticas da implantação do juiz das garantias em outros países, para fins de auxiliar o Brasil em necessárias alterações e/ou adequações preventivas de rumo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 46, n. 183, p. 167-188, julho/set. 2009.

BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Elsevier Brasil, 2004.

BORGES, Clara Maria Roman. As ameaças inquisitoriais ao Novo CPP. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Organizadores). *O novo processo penal à luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)*, vol. 2, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>, acessado em 05.06.2017.

BRASIL. Senado Federal. Parecer do dia 09/12/2009 da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal sobre o Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Relator: Senador Renato Casagrande, p. 27-29, disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>, acessado em 26.05.2017.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 8045/2010**: Novo Código de Processo Penal Brasileiro.

BRASIL. **Código de Processo Penal e Constituição Federal**, 57 ed., São Paulo: Saraiva, 2017

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução de José Antonio Cardinalli. 7ª ed. - Campinas: Bookseller, 2006.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Dez Sugestões ao Substitutivo. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Organizadores). O novo processo penal à luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal), vol. 2, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALVANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. O juiz das garantias na investigação preliminar criminal. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Recife, nº 09, p. 15-40, 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Lumen Juris, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório e Outras Questões Sobre a Reforma Global do CPP. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Organizadores). O novo processo penal à luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal), vol. 2, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. id/496915**, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. "Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais." *Temas da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm (2007): 71-112.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FESTINGER, Leon. *A Theory of Cognitive Dissonance*, 1975. Disponível em https://books.google.com.br/books?hl=en&lr=&id=voeQ-8CASacC&oi=fnd&pg=PA1&dq=A+theory+of+cognitive+dissonance&ots=9y35QxucuC&sig=qFOqn2FN4kzRU1jKWfrnNpgG3Ck&redir_esc=y#v=onepage&q=A%20theory%20of%20cognitive%20dissonance&f=false. Acessado em 25.06.2017.

GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado. O juiz das garantias no projeto do código de processo penal. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Organizadores). **Processo Penal e Garantias – Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr**. São Paulo: Empório do Direito, 2016.

GOMES, Abel Fernandes. “JUIZ DAS GARANTIAS”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 19 janeiro. 2010. Acessado em 22.03.2017.

GONÇALVES, Rodrigo Machado. Emergência de Processo Penal: a previsão de formas assecuratórias e a interpretação conforme a Constituição, necessidades para manutenção da democracia. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Organizadores). *Processo Penal e Garantias – Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr*. São Paulo: Empório do Direito, 2016.

KHALED JR, Salah H. O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?. **Civitas-Revista de Ciências Sociais**, v. 10, n. 2, p. 293-308, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A IMPRESCINDIBILIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS PARA UMA JURISDIÇÃO PENAL IMPARCIAL: REFLEXÕES A PARTIR DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA THE IMPERATIVE OF THE JUDGE OF GUARANTEES FOR AN IMPARTIAL CRIMINAL JURISDICTION: REFLECTIONS FROM THE THEORY OF COGNITIVE DISSONANCE. **Revista Duc In Altum - Cadernos de Direito**, v. 8, n. 16, set.-dez. 2016

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 3. ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

_____, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016.

_____, Aury. **Direito processual penal e sua Conformidade Constitucional**. v. 1 - 7. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. 4. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MAYA, André Machado. O juiz das garantias no projeto de reforma do código de processo penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, a. 17, n. 24, p. 06-07, Nov. 2009.

_____, André Machado. Outra vez sobre o juiz de garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, a. 18, n. 215, p. 14, out. 2010.

_____, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2011.

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

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **O aberrante “Juiz das Garantias” no Projeto do Novo Código de Processo Penal**. 2011. Disponível em: http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011_juiz_garantias.pdf. Acessado em: 11.04.2017.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A atuação do julgador no processo penal constitucional: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar.** Dissertação (Mestrado Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Orientador: Prof. Dr. Aury Celso de Lima Lopes Junior. Porto Alegre, 2013.

PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. **Verve revista semestral autogestionária do Nu-Sol.**, n. 9, 2006.

PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Sequência; Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 27, n. 52, p. 163, jul. 2006.

PRADO, Geraldo. Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Vol. 122, Agosto 2016.

_____, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais** – 3. Ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

RIBEIRO, Paulo Victor Freire. O juízo de garantias: definição, regramento, consequências. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 105, p. 939-988, 2010.

SILVA, Larissa Marila Serrano da. **A construção do Juiz de Garantias no Brasil: A Superação da Tradição Inquisitória.** Dissertação de Mestrado em Direito – Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Orientador: Prof. Dr. Sérgio Luiz Souza Araújo. Belo Horizonte, 2012.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo.** 1. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso Hauschild vs. Dinamarca – Decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos - Application nº 10486/83, de 24.05.1989, disponível em https://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN, acessado em 29.05.2017

_____. Caso Jasinski vs Polônia - Decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos - Application nº 30865/96, de 20.03.2006. Disponível em: http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN., acessado em 30.05.2017

_____. Caso Piersack vs. Bélgica – Decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos - Application nº 8692/79, de 26.10.1984 disponível em https://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN, acessado em 29.05.2017