

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

LEANDRO BARICHELLO DA SILVA

O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DE NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Porto Alegre/RS
2016

LEANDRO BARICHELLO DA SILVA

O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DE NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito).

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Porto Alegre/RS

2016

O Trabalho de Conclusão de Curso

O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DE NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Elaborado por LEANDRO BARICHELO DA SILVA foi aceito e aprovado pela Banca Examinadora Acadêmica como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Data da aprovação _____ de _____ de 2016.

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade
Orientador do TCC

Prof. Dr. Odone Sanguiné

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

DEDICATÓRIA

Dedico este estudo aos meus pais, Inês e Valdevino, pelo cuidado, atenção e esforço a mim sempre ofertados. Aos meus irmãos pelos momentos de alegria familiar. Aos meus filhos, Henrique e Diogo, por existirem em minha vida, possibilitando que eu pudesse desfrutar e efetivar dia a dia (plenamente) a dádiva da paternidade. À minha esposa, Raquel, pelo amor, companheirismo e cuidado. Aos meus familiares, a meus amigos e a todos que, de qualquer forma, apoiaram-me e me incentivaram nesse laborioso projeto de vida.

AGRADECIMENTOS

Em todo meu período de desenvolvimento pessoal e profissional, desde o ensino fundamental, recebi apoio e carinho de **muitas pessoas**, as quais fazem parte da minha vida e estão em minhas lembranças, e às quais sou grato profundamente.

Nesta etapa, em especial, agradeço a **Deus** por eu ter tido o privilégio de cursar o ensino superior.

À minha esposa **Raquel**, aos meus filhos **Henrique e Diogo**, por iluminarem, impulsionarem e darem sentido à minha vida.

Aos meus pais, **Inês e Valdevino**, pela dedicação e cuidado em minha criação.

À sociedade brasileira. **À UFRGS**, por meio de seu corpo docente, direção e administração. Em especial, à **Faculdade de Direito**, seus professores e servidores.

Ao meu orientador, **professor Mauro Fonseca Andrade**, por ter sido um verdadeiro mestre nesta etapa, dedicando-me, com carinho e atenção, seu tempo, conhecimento e apoio.

Aos meus **familiares** próximos, **amigos**, **colegas** de trabalho e companheiros de curso.

A todos que, de qualquer forma, tenham contribuído com esta jornada, meu sincero e profundo agradecimento. **Muito obrigado.**

“O fim do direito é a paz, o meio de atingi-lo a luta. Enquanto o direito tiver de contar com as agressões partidas dos arraiais da injustiça – e isso acontecerá enquanto o mundo for mundo – não poderá prescindir da luta(...).

O direito não é uma simples ideia, é uma força viva. Por isso a justiça sustém em uma das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta; a balança sem a espada a impotência do direito. Uma completa a outra e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.”

Rudolf von Ihering - A Luta pelo Direito

RESUMO

Estudamos, precipuamente, por meio de pesquisa bibliográfica e de legislação vinculada ao tema, o Projeto de Novo Código de Processo Penal, que tramita atualmente na Câmara dos Deputados sob o número de Projeto de Lei n.º 8.045/2010 (PL 8045/10) e visa instituir significativas mudanças em todo processo penal brasileiro, especificamente porque pretende introduzir a figura do Juiz das Garantias, que tem por função atuar na fase preliminar da persecução penal como controlador da legalidade da investigação criminal. Por se tratar de um projeto de lei, o conteúdo ainda está em desenvolvimento. Portanto, há pequeno tratamento acerca desta novel função judicial (e do próprio projeto de novo CPP) pela doutrina brasileira, refletindo em conhecimento superficial do tema por parte do meio jurídico, em especial nas faculdades de Direito. Por outro lado, verifica-se que há acentuada divergência entre os doutrinadores que abordam o assunto, acerca da necessidade ou adequação do Juiz das Garantias ao processo penal conforme pretende o novo *códex*. Como resultado da pesquisa, entendemos que o aprimoramento do processo penal é essencial para a realização da Justiça em nosso país, mediante a garantia dos direitos dos investigados/acusados e o combate à criminalidade latente e à corrupção sistêmica que atinge as instituições nacionais contemporaneamente. Todavia, entendemos que o Juiz das Garantias não encontra fundamentos suficientes que possam ancorar sua instituição na persecução penal brasileira. Por conseguinte, acreditamos que o PL 8045/10 merece reparo nesse ponto antes de sua conversão definitiva no novo *códex*.

Palavras-chave: Projeto de Lei n.º 8.045/2010. Processo penal. Sistema Processual. Inquérito policial. Juiz. Direitos. Efetividade.

ABSTRACT

The work presented here - entitled The Judge of Guarantees in the Draft New Code of Criminal Procedure - is to develop an academic monograph for the conclusion of the course of Juridical and Social Sciences (Law) by the Federal University of Rio Grande do Sul. We have studied, in a bibliographical research and legislation related to the subject, the Project of New Code of Criminal Procedure currently underway in the Chamber of Deputies under the number of Bill No. 8,045 / 2010 (PL 8045/10) And aims to institute significant changes in all Brazilian criminal proceedings, specifically because it intends to introduce the figure of the Judge of Guarantees, whose function is to act in the preliminary phase of criminal prosecution as controller of the legality of the criminal investigation. Because it is a bill, content is still in development. Therefore, there is little treatment about the figure of the Judge of Guarantees (and of the project of new CPP itself) by Brazilian doctrine, reflecting in superficial knowledge of the subject by the legal environment, especially in the faculties of Law. On the other hand, there is a marked divergence between the doctrinators who approach the matter, about the necessity or adequacy of the Judge of Guarantees in the criminal process as intended by the new codex. As a result of the research, we understand that the improvement of the criminal process is essential for the realization of Justice in our country, by guaranteeing the rights of the investigated / accused and the fight against latent crime and systemic corruption that affects the national institutions at the same time. However, we understand that the Judge of Guarantees does not find sufficient grounds that can anchor his institution in the Brazilian criminal prosecution. Therefore, we believe that Bill No. 8,045 / 2010 (PL 8045/10) merits repair at this point before its definitive conversion into a new *codex*.

Key-words: Draft Law n.º 8.045/2010. Criminal proceedings. Procedural System. Police investigation. Judge. Rights. Effectiveness.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 1: Quadro apresentando uma comparação entre as características preponderantes dos sistemas inquisitivo e acusatório.....	10
---	----

LISTA DE SIGLAS

CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CF88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPP	Código de Processo Penal
PL	Projeto de Lei
STF	Supremo Tribunal Federal
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO EFETIVADOR E GARANTIDOR DE DIREITOS.....	16
2. O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	23
3. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	26
3.1: SISTEMA PROCESSUAL PENAL INQUISITIVO.....	28
3.2: SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO (SEPARAÇÃO DOS PODERES DE ACUSAR, DEFENDER E JULGAR).....	32
3.3: SISTEMA PROCESSUAL PENAL MISTO OU ACUSATÓRIO FORMAL.....	38
3.4: SISTEMA PROCESSUAL PENAL ADOTADO ATUALMENTE PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	42
3.5: O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ADOTADO NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	47
4. O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	65

INTRODUÇÃO

O objetivo macro deste estudo é analisar o Projeto de Novo Código de Processo Penal – originário do Senado Federal por meio do Anteprojeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, e que tramita atualmente na Câmara dos Deputados sob o número de Projeto de Lei n.º 8.045/2010 (PL 8045/10)¹ – o qual propõe significativas mudanças em todo processo penal brasileiro. Outrossim, pretende-se comparar o sistema processual penal brasileiro atual com as alterações propostas pelo novo CPP, bem como estudar a proposta de atuação judicial durante a fase de investigação policial, com enfoque na efetividade dos direitos e garantias dos cidadãos investigados/acusados e na concretude da persecução penal.

Por conseguinte, anota-se que a questão de fundo da pesquisa – intitulada *O Juiz das Garantias no Projeto de Novo Código de Processo Penal* – é uma abordagem acerca da atuação do juiz no processo penal brasileiro de acordo com o que propõe o projeto de novo CPP, com especial atenção às principais mudanças instituídas pela novel normativa no processo penal brasileiro, principalmente em relação ao sistema processual penal e à função do Juiz das Garantias, bem como sua necessidade e adequação ao Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Acreditamos que o presente estudo será de grande relevância por se tratar de um tema jurídico novo e, por conseguinte, ainda pouco debatido pelos estudiosos do direito brasileiro. Nesse sentido, constata-se que há pequeno tratamento da figura do Juiz das Garantias (e do próprio projeto de novo CPP) pela doutrina brasileira e pelo meio acadêmico nacional, refletindo em conhecimento superficial sobre o assunto por parte do meio jurídico, em especial nas faculdades de Direito (percebe-se na rotina acadêmica que alunos e professores não atuantes na matéria penal têm não possuem conhecimento sobre a questão).

Por outro lado, verifica-se que há acentuada divergência entre os doutrinadores que abordam tema, acerca da necessidade ou adequação do Juiz das Garantias no processo penal conforme pretende o novo *códex*. Ademais, sinala-se que se trata de assunto relacionado à persecução penal, o qual apresenta impacto direto na segurança da comunidade e nos direitos individuais das pessoas investigados e/ou acusados.

Por estes motivos, acreditamos que, mais do que analisarmos um assunto

¹ A partir daqui denominado simplificada de projeto de novo CPP.

jurídico atual, contribuiremos também para o estudo, construção e discussão do tema no meio jurídico próximo, em especial na faculdade de Direito.

Consequentemente, pretendemos, ao final da pesquisa, ter conhecimento suficiente acerca do tema para que possamos responder questionamentos/hipóteses como as que seguem: I) O Juiz das Garantias, como previsto pelo projeto de novo CPP, é necessário ao processo penal brasileiro e está adequado ao ordenamento jurídico nacional?; II) A proposta de instituição do Juiz das Garantias no processo penal atende aos anseios sociais de eficiência, efetividade e celeridade da persecução penal e de concreta proteção dos direitos e garantias individuais dos investigados/acusados, consoante determina a Constituição Federal de 1988?; III) Caberiam críticas e/ou sugestões ao que proposto pelo projeto de novo CPP em relação ao presente tema?

Para tanto, iniciaremos nosso estudo analisando as características e funções de um processo penal justo e democrático, o qual, ao mesmo tempo, revele-se como um instrumento efetivador do *jus puniendi* estatal e protetor dos direitos e garantias do sujeito investigado ou acusado mediante o controle da máquina persecutória do Estado.

Em sequência, analisaremos as principais inovações do Projeto de Lei n.º 8.045/2010 o qual visa revogar o Código de Processo Penal Brasileiro vigente, instituído pelo Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 e instituir significativas mudanças ao processo penal brasileiro mediante a instituição de um novo Código de Processo Penal.

Importante consignar que, como justificativa ao PL 8045/10, a doutrina nacional expõe que, por um lado, o CPP atual mostra-se inadequado ao ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, principalmente em relação às mudanças introduzidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/1988), que redemocratizou o país e instituiu um vasto sistema principiológico de direitos e garantias aos cidadãos. No entanto, de outra banda, os estudiosos da matéria afirmam que o código atual também é ineficiente para a efetividade e celeridade da persecução penal, não possibilitando, deste modo, a necessária segurança aos cidadãos por meio da tutela penal. Por estes motivos principais haveria necessidade de mudança no processo.

Em sequência, considerando que toda a persecução penal (e a ação penal propriamente dita), especificamente a função dos sujeitos no processo penal (e aqui

particularmente a do juiz), é regida por um conjunto de regras e princípios postos pelo Estado em um determinado período, nos deteremos ao estudo dos principais tipos de sistemas processuais penais² adotados historicamente pelo direito, bem como analisaremos o modelo adotado pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro atualmente, e também aquele pretendido pelo projeto de novo CPP.

Por último, apresentaremos a função do Juiz das Garantias consoante prevê o PL 8045/2010, que será o magistrado incumbido de atuar na fase preliminar da persecução penal – fase de inquérito policial – sendo o “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais” (Artigo 14), o qual estará impedido de funcionar no processo penal no qual atuou previamente como controlador da investigação (Artigo 16).

Nas considerações finais serão apresentadas as conclusões particulares acerca do estudo, bem como os apontamentos e críticas julgados pertinentes ao tema.

Por fim, registra-se que, em relação à metodologia de pesquisa (métodos e procedimentos) empregada na presente monografia, utilizamos, como ferramenta de desenvolvimento, precipuamente, pesquisa e análise bibliográfica de obras doutrinárias relacionadas ao tema, bem como realizamos o estudo do Projeto de Lei n.º 8.045/2010 e de normas jurídicas e jurisprudência pertinentes, com posterior descrição do conteúdo e conclusões levantados acerca da pesquisa.

Importante sinalarmos ainda que nem todas as expectativas foram devidamente cumpridas. Nesse sentido, pretendia-se construir um estudo mais específico acerca das funções do juiz das garantias como prevê o projeto de novo CPP, particularmente em relação à atuação do magistrado na decretação de medidas cautelares, na fase probatória e no julgamento da ação penal. Contudo deparamo-nos com limitações de ordem bibliográfica (escassa bibliografia específica sobre este novo assunto) que impediram que o presente trabalho tivesse a dimensão a princípio pretendida.

Por estas razões, abordamos o assunto de forma mais abrangente, dando destaque às principais alterações aventadas pelo PL n.º 8.045/2010, como o sistema processual penal proposto e a previsão do Juiz das Garantias, pretendendo-

² Este assunto é relevante ao trabalho porque a doutrina manifesta que os sistemas processuais penais estão no centro das discussões no processo penal brasileiro, em especial acerca da investigação criminal e da postura judicial durante o processo, o que vai diretamente ao encontro do tema escolhido.

se aprofundar os estudos no assunto em outra oportunidade de pesquisa.

1. O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO EFETIVADOR E GARANTIDOR DE DIREITOS

Conforme leciona MELLO³, em sua obra Teoria do Fato Jurídico, a ocorrência concreta entre nós (mundo fático) de um evento (fato real) que esteja abstratamente previsto em uma norma jurídica (suporte fático legal), faz com que (fenômeno da juridicização) esse acontecimento real da vida se torne um fato jurídico, importante para o direito (mundo jurídico) e, desta forma, desencadeie efeitos jurídicos também previstos na norma. Vejamos:

[...] a norma jurídica enquanto considerada em si, como um comando da sociedade, não deixa de ser algo abstrato, mas que se refere a alguma coisa concreta (os fatos da vida), que se ocorrer, deverá produzir determinada consequência no campo do relacionamento inter-humano (= efeito jurídico). Quando dizemos que a norma jurídica em si é *algo abstrato*, queremos destacar que ela consubstancia a ideia de uma hipótese em que se estima a ocorrência de certa situação fática. (...) a norma jurídica se realiza no mundo social pela concreção de seu suporte fático (= ocorrência dos fatos previstos) e pelo comportamento social de acordo com os seus ditames (= realização das consequências)". (...)

A realidade do direito, a sua efetividade no meio social, desse modo, revela-se na coincidência do comportamento social com os modelos e padrões traçados pelas normas jurídicas (= efetividade da norma jurídica). Como se vê, **as normas do direito (por consequência o próprio direito), embora abstratamente formuladas, tornam-se realidade no meio social, materializando-se nas condutas por elas prescritas. Para sua atuação no ambiente social, adaptando a conduta humana, diz-se que o direito é um fato social.** (grifou-se)

Por conseguinte, **a concretização na vida de um fato tipificado abstratamente em nosso ordenamento jurídico como um crime, desencadeia um efeito jurídico que é o surgimento do *jus puniendi*⁴ estatal, que se traduz**

³ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência. 17^a.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴ Tourinho Filho nos ensina o seguinte acerca *jus puniendi estatal*: "Ninguém desconhece que a prática de infrações penais transtorna a ordem pública, e a sociedade é a principal vítima; por isso mesmo, tem o direito de prevenir e reprimir aqueles atos que são lesivos à sua existência e

no direito da máquina estatal em perseguir e punir⁵ o autor do fato delituoso.

Isto porque o delito é ato ilícito que atinge não só a vida privada da vítima (que, deve, inclusive, como regra, abster-se da resposta ao injusto), mas também bens jurídicos⁶ considerados essenciais e, por isso, tutelados pelo Estado em nome da própria vida em coletividade.

Todavia, conforme leciona o Professor Renato Brasileiro de Lima⁷, “esta pretensão punitiva não pode ser voluntariamente resolvida sem um processo, não

conservação.

Corno a sociedade, assim entendida, é urna entidade abstrata, a função que lhe cabe, de reprimir as infrações penais, permanece em mãos do Estado, que a realiza por meio dos seus órgãos competentes.

O *jus puniendi* pertence, pois, ao Estado, corno urna das expressões mais características da sua soberania. Observe-se, contudo, que o *jus puniendi* existe *in abstracto* e *in concreto*. Com efeito, quando o Estado, por meio do Poder Legislativo, elabora as leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a transgredir o mandamento proibitivo que se contém na norma penal, surge para ele o *jus puniendi* num plano abstrato e, para o particular, surge o dever de abster-se de realizar a conduta punível. Todavia, **no instante em que alguém realiza a conduta proibida pela norma penal, aquele *jus puniendi* desce do plano abstrato para o concreto, pois, já agora, o Estado tem o dever de infligir a pena ao autor da conduta proibida. Surge, assim, com a prática da infração penal, a "pretensão punitiva"**.

Desse modo, o Estado pode exigir que o interesse do autor da conduta punível em conservar a sua liberdade se subordine ao seu, que é o de restringir o *jus libertatis* com a infligência da pena.

A pretensão punitiva surge, pois, no momento em que o "*jus puniendi*" *in abstracto* se transfigura no "*jus puniendi*" *in concreto*. E de que maneira consegue o Estado tomar efetivo o seu direito de punir, infligindo a pena ao culpado? Também por intermédio do processo.

Da mesma forma que não haveria equilíbrio estável no meio social se permitisse, no campo extrapenal, às próprias partes litigantes decidirem, pelo uso da força, seus litígios, também e principalmente no campo penal, na esfera repressiva, os abusos indescritíveis se multiplicariam em número sempre crescente, em virtude dos desmandos que o titular do direito de punir, cego e desenfreado, passaria a cometer.

Pondo os olhos nessa realidade incontrastável, o Estado, então, autolimitou o seu poder repressivo.

Assim, **pelo respeito à dignidade humana e à liberdade individual é que o Estado fixa a manifestação do seu poder repressivo não só em pressupostos jurídico-penais materiais (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), como também assegura a aplicação da lei penal ao caso concreto, de acordo com as formalidades prescritas previamente em lei, e sempre por meio dos órgãos jurisdicionais (*nulla poena sine iudice, nulla poena sine iudicio*).**

Daí as regras previstas no art. 5.º, XXXIX, XXXV e LIV, da Magna Carta: "não há crime sem lei anterior que o defina"; "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"; e, finalmente, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Desse modo, o Estado somente poderá infligir pena ao violador da norma penal após a comprovação de sua responsabilidade (por meio do processo) e mediante decisão do órgão jurisdicional". Vide: FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Manual de Processo Penal. 3ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁵ Beccaria inicia sua grande obra intitulada *Dos Delitos e das Penas* comentando a origem das penas da seguinte forma: "Leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade. A soma de todas essas porções de liberdades, sacrificadas ao bem de cada um, forma a soberania de uma nação e o soberano é o seu legítimo depositário e administrador. Não basta porém, formar esse repositório. Era mister defendê-lo das usurpações privadas de cada homem, em particular, o qual sempre tenta não apenas retirar do escrínio a própria porção, mas também usurpar a porção dos outros. Faziam-se necessários motivos sensíveis para

podendo nem o Estado impor a sanção penal nem o infrator sujeitar-se passivamente à pena”. Em continuidade, LIMA afirma que:

[...] apesar de o Estado ser o titular do direito de punir, **não se admite a imposição imediata da sanção sem que haja um processo regular**, assegurando-se, assim, a aplicação da lei penal ao caso concreto, consoante as formalidades prescritas em lei, e sempre por meio dos órgãos jurisdicionais (*nulla poena sine iudicio*). Grifou-se

Assim, **a função do processo penal é instrumental (é a ferramenta de atuação da jurisdição)**, visto que o Estado, por meio de seus órgãos jurisdicionais competentes, mediante a prévia colheita de provas em procedimento investigatório preliminar (em regra o inquérito policial), que fornecerá o mínimo de elementos para que o fato seja levado a juízo (corriqueiramente pelo Ministério Público⁸), se vale dessa ferramenta (majoritariamente a ação penal e a consequente execução penal) para impor a sanção penal ao autor do delito (este é o efeito jurídico da prática de um fato abstratamente tipificado no ordenamento jurídico como um crime).

Em complemento, Guilherme de Souza Nucci⁹ sintetiza o conceito de

dissuadir o despótico espírito de cada homem de submergir as leis da sociedade no antigo caos. Essas são as penas estabelecidas contra os infratores das leis. Por outro lado, em célebre conclusão de sua obra o autor encrava: **“para que toda a pena não seja a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, devendo, porém, ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, em dadas circunstâncias, proporcional aos delitos e ditada pelas leis.”**. (grifou-se)

⁶ A respeito, Tourinho Filho muito bem sintetiza o assunto da seguinte forma: “Dos bens ou interesses tutelados pelo Estado (por meio das normas), uns existem cuja violação afeta sobremodo as condições de vida em sociedade. **O direito à vida, à honra, à integridade física são exemplos. Tais bens e muitos outros são tutelados pelas normas penais, e sua violação é o que se chama ilícito penal ou infração penal. O ilícito penal atenta, pois, contra os bens mais caros e importantes de quantos possui o homem**, e, por isso mesmo, os mais importantes da vida social. Como **esses bens ou interesses são tutelados em função da vida social**, como são eminentemente sociais, o Estado, então, não permite que a aplicação do preceito sancionador ao transgressor da norma de comportamento, inserta na lei penal, fique ao alvedrio do particular. Quando ocorre uma infração penal, cabe ao próprio Estado, por meio dos seus órgãos, tornar a iniciativa *motu proprio*, para garantir, com sua atividade, a observância da lei. Porque **os bens tutelados pelas normas penais são eminentemente públicos, o direito de punir os infratores corresponde à sociedade**. (FILHO, 2001, p. 5). (grifou-se)

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 43.

⁸A promoção da ação penal pública é função institucional privativa do Ministério Público consoante Artigo 129, I da CF88 e Artigo 257 do Código de Processo Penal Brasileiro.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

processo penal registrando que **“Direito Processual Penal: é o corpo de normas jurídicas cuja finalidade é regular a persecução penal do Estado, através de seus órgãos constituídos, para que se possa aplicar a norma penal, realizando-se a pretensão punitiva no caso concreto”**. (grifou-se)

Ainda, acerca da finalidade do processo penal, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar afirmam¹⁰:

No que tange à finalidade do direito processual penal, ela pode ser dividida em mediata e imediata: aquela diz respeito à própria pacificação social obtida com a solução do conflito, enquanto a última está ligada ao fato de que o direito processual penal viabiliza a aplicação do direito penal, concretizando-o.

É fato que o processo penal é a ferramenta utilizada pelo direito para efetivar as sanções tipificadas em leis criminais, visando à tutela de bens jurídicos relevantes socialmente (como a vida, a liberdade, a propriedade, a integridade física e moral das pessoas, a probidade com a coisa pública, a saúde dos cidadãos). No entanto, **o Estado(Juiz) não pode sancionar o infrator de forma arbitrária**, pois se assim fosse, o próprio Estado, seria também agente violador de direitos.

Nesse sentido, registra-se que **Claus Roxin¹¹ atribui ao Direito Penal a função de proteção dos bens jurídicos sociais tutelados pelo Estado**. Conforme o escritor, **deve-se garantir aos cidadãos uma existência pacífica, livre e segura, devendo-se, para tanto, encontrar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil dos cidadãos**.

Com efeito, considerando-se que durante a chamada persecução penal, encontram-se em permanente tensão o direito de punir do Estado (o qual busca a efetividade das leis penais visando à segurança da sociedade) e o direito de liberdade do investigado, acusado ou executado, uma vez que, dentre todos os ilícitos, somente o criminal admite a privação da liberdade por meio do encarceramento como espécime de sanção, **não se pode descuidar da necessária e indispensável observância aos direitos e garantias individuais do**

¹⁰ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 9.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 40.

¹¹ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e trad. André Luis Callegari; Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 16-17.

acusado mediante um processo penal democrático e justo¹². Esta é a função de fiscalizador do poder punitivo estatal que o processo penal realiza.

Um processo penal democrático e justo é condição da própria legitimidade da atuação do aparato estatal em um Estado Democrático de Direito¹³, que tem como fundamento a dignidade humana, conforme estabelece o artigo inaugural de nossa Constituição, abaixo transcrito:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...].

Esclarecedoras as palavras de NUCCI (*ob. cit.*, p. 79) acerca da qualidade democrática e da adequação constitucional que devem impregnar o processo penal:

¹² Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira: **“Processo justo a ser realizado sob instrução contraditório, perante o juiz natural da causa, e no qual seja exigida a participação efetiva da defesa técnica, como única forma de construção válida do convencimento judicial. E o convencimento deverá ser sempre motivado**, como garantia do adequado exercício da função judicante e para que se possa impugná-lo com maior amplitude perante o órgão recursal. Mais que isso, ou junto a isso, **deve ser um processo construído sob os rigores da Lei e do Direito, cuja observância é imposta a todos os agentes do Poder Público**, de maneira que a verdade ou verossimilhança (certeza, enfim!) judicial seja o resultado da atividade probatória lícitamente desenvolvida. Disso decorrerá também a vedação das provas obtidas ilicitamente (Artigo 5º, LVI, CF), não só como afirmação da necessidade de respeito às regras do Direito, mas como proteção aos direitos individuais, normalmente atingidos quando da utilização ilícita de diligências e dos meios probatórios. Uma vez que ao Estado deve interessar, na mesma medida, tanto a absolvição do inocente quanto a condenação do culpado, o órgão estatal responsável pela acusação, o Ministério Público, passou a ser, com a Constituição de 1988, uma instituição independente, estruturado em carreira, com ingresso mediante concurso público, sendo-lhe incumbida a defesa da ordem jurídica, e não dos interesses exclusivos da função acusatória. **Nesse sentido, o Ministério Público, e não só o Poder Judiciário, deve atuar com imparcialidade**, reduzindo-se a sua caracterização conceitual de parte ao campo específico da técnica processual”. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. rev. e ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 9. (grifou-se)

¹³ Conclui-se, assim, que um **Estado Democrático de Direito é aquele ancorado na legalidade democrática; ou seja; um Estado que aplica e obedece as leis editadas conforme a vontade popular** (veja-se que não se refere à vontade da maioria, pois a melhor política prega que a verdadeira democracia deve atender a vontade da maioria, mas com efetivação e forte respeito aos direitos e aos anseios da minoria).

Processo Penal Democrático: cuida-se da visualização do **processo penal a partir dos postulados estabelecidos pela Constituição Federal**, no contexto dos direitos e garantias humanas fundamentais, **adaptando o código de processo penal a esta realidade**, ainda que, se preciso for, deixe-se de se aplicar legislação infraconstitucional defasada e, por vezes, nitidamente inconstitucional. (Grifou-se)

Como visto acima, desse permanente conflito de direitos/interesses surge a necessidade, não só da apreciação do fato e elementos de prova pelo Judiciário, mas também que este o faça de forma legal, equidistante (ou imparcial), adequada, equilibrada e célere (ou seja, legal, justa!).

Para ser justo e adequado, o processo deve seguir um trâmite previamente estabelecido conforme preceitua o Artigo 5º, LIV de nossa Constituição Federal de 1988 (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), permitindo à acusação e à defesa, com igualdade de oportunidades, manifestarem-se, contraporem-se, e produzirem provas lícitas nos autos do processo, para só então ser proferida a decisão judicial, que deverá respaldar-se em fatos comprovados também em juízo.

Por todo exposto, **verifica-se que a finalidade do Direito Processual Penal é dupla: de um lado serve para (I) dar efetividade ao direito material penal (tipos penais), visando à segurança dos cidadãos e à tranquilidade social**, mais precisamente, permitir que o Estado (por meio do Poder Judiciário) concretize a sanção penal abstratamente cominada contra o agente que incidir na norma penal mediante a efetivação de um delito, e, por outro, **(II) garantir ao acusado que seja processado com a devida observância do processo legal previamente estabelecido e com absoluto resguardo aos seus direitos e garantias fundamentais**¹⁴.

Em conclusão, este é o grande dilema do processo penal contemporâneo (e, por conseguinte, é o desafio posto ao novo CPP): servir de instrumento ao Estado para garantir, de um lado, o atingimento de um sistema criminal mais

¹⁴ Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 413) explica que: **“Sob a luz dos princípios do constitucionalismo contemporâneo, percebe-se que o processo deixou de ser um instrumento voltado meramente à aplicação das leis para passar a ser um instrumento preocupado com a proteção do conjunto dos direitos sociais e individuais, na medida em que o juiz, no Estado Constitucional, além de atribuir significado ao caso concreto, compreende a lei na dimensão dos direitos fundamentais.”**

operante e eficiente em prol da segurança da sociedade, e, de outro, respeitar e fazer efetivar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos investigados e processados criminalmente.

Assim, utilizando-se as ideias de LIMA (*ob. cit.*, p. 44):

Há de se buscar, portanto, um ponto de equilíbrio entre a exigência de se assegurar ao investigado e ao acusado a aplicação das garantias fundamentais do devido processo legal e a necessidade de maior efetividade do sistema persecutório para a segurança da coletividade. É dentro desse dilema existencial do processo penal – efetividade da coerção penal *versus* observância dos direitos fundamentais – que se buscará um ponto de equilíbrio no processo penal, pois somente assim serão evitados os extremos do hipergarantismo e de movimentos como o do Direito Penal do Inimigo ou o Direito Penal da Lei e da Ordem. (Grifou-se)

2. O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O Projeto de Lei n.º 8.045/2010 (PL8045/10), originário do Senado Federal, por meio do Anteprojeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, e que tramita atualmente na Câmara dos Deputados¹⁵, propõe significativas mudanças ao processo penal brasileiro mediante a instituição de um novo Código de Processo Penal, que busca revogar o atual Código de Processo Penal Brasileiro, instituído pelo Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

Em decorrência do Requerimento nº 227, de março de 2008, de autoria do Senador Renato Casagrande, o Senado Federal, no ano seguinte, instaurou uma comissão temporária composta por grandes juristas brasileiros, sob a Coordenação do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Hamilton Carvalhido e relatoria de Eugênio Pacelli de Oliveira, que ficou incumbida da elaboração de um anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal para o Brasil.

Em 2009, esta Comissão de Juristas (responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal) apresentou o resultado final de seus trabalhos ao Presidente do Senado Federal, à época Senador José Sarney, que culminou com a instauração do Projeto de Lei do Senado 156, de 2009 (Anteprojeto de Novo CPP).

O Anteprojeto de novo CPP apresenta uma exposição que aponta os motivos para a edição de um novo corpo processual penal no Brasil. A proposta inaugural afirma **a necessidade da elaboração de uma nova normativa, sobretudo a partir da ordem constitucional instituída pela Constituição Federal de 1988, registrando que o Código de Processo Penal em vigor desde 1941 encontra-se superado e incompatível com a CF88 no que tange às garantias individuais.**

Neste sentido, aponta-se um seguimento da exposição de motivos¹⁶ descritos no Anteprojeto do Novo CPP, nos seguintes termos:

[...] há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a

¹⁵ PL 8045/10, disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 15/09/2016.

¹⁶ Brasil. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 13

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.

Após a tramitação do pré-projeto no Senado Federal, foi apresentado à Câmara dos Deputados, em dezembro de 2010, o Projeto de Lei que “Institui o Código de Processo Penal”, o qual passou a tramitar, naquela casa legislativa, como Projeto de Lei n.º 8045/2010.

Inobstante a importância de uma adequação do corpo processual penal aos princípios fundamentais prescritos na Carta da República de 1988, especialmente acerca da observância dos direitos e garantias individuais do acusado pelo aparato persecutório estatal, não se pode esquecer, por outro lado, que **o verdadeiro impulso desta nova ordem legislativa foi a imperiosa necessidade de maior celeridade e efetividade da persecução penal no Brasil, a fim de se proporcionar maior segurança aos cidadãos brasileiros**, conforme registra Mauro Fonseca Andrade¹⁷:

Não se tratou, portanto, de um projeto de reforma parcial daquele *Codex*, tal como vem ocorrendo nas últimas décadas, senão a construção de um corpo legislativo inteiramente novo.

A justificativa manifestada em seu requerimento, ao contrário do que se possa pensar, não versou sobre uma necessária adequação da lei adjetiva penal à Constituição Federal, em razão da incompatibilidade dos regimes políticos e ideologias que motivaram a criação de cada um desses textos normativos. Em realidade, a pretensão do ilustre parlamentar foi muito clara: o foco da aludida comissão deveria estar voltado à construção de um Código de Processo Penal “mais ágil, célere, eficaz e justo”, de modo a atender à “necessidade de eficácia punitiva estatal”, pois “vive-se um momento de violência amplamente disseminada em nossa sociedade”. Por tudo isso, arrematou o nobre Senador, “Em nome da segurança e

¹⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. O Sistema Acusatório Proposto No Projeto de novo Codex Penal Adjetivo. Disponível em: “<http://paginasdeprocessopenal.com.br/index.php/artigos/mauro-fonseca-de-andrade/>”. Acesso em: 29/08/16

previsibilidade jurídicas, o processo deve ser um instrumento de celeridade e distribuição de justiça, algo que não vem ocorrendo presentemente”.

Por conseguinte, verifica-se que a doutrina nacional expõe que, por um lado o CPP atual mostra-se inadequado ao ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, principalmente em relação às mudanças introduzidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/1988), que redemocratizou o país e instituiu um vasto sistema principiológico de direitos e garantias aos cidadãos. Todavia, de outra banda, os estudiosos da matéria afirmam que o código atual também é ineficiente para a efetividade e celeridade da persecução penal, a fim de possibilitar a necessária segurança aos cidadãos por meio da tutela penal. Estes são os desafios do novo CPP.

Por esta razão, a proposta de novo CPP é inaugurada com um rol de princípios fundamentais atinentes ao processo penal, como por exemplo a estrita obediência ao devido processo legal constitucional, a efetiva garantia do contraditório e da ampla defesa em todas as fases do procedimento, e a busca pela concretude da tutela penal quando da interpretação das leis penais, conforme posto nos Artigos 1º a 7º do Anteprojeto.

3. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Em continuidade, considerando que toda a persecução penal (e a ação penal propriamente dita) é regida por um conjunto de regras e princípios posto pelo Estado em um determinado período, estudaremos os principais tipos de sistemas processuais penais adotados historicamente pelo direito, bem como o modelo adotado pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro atualmente e também aquele pretendido pelo projeto de novo CPP.

Isto porque a função dos sujeitos no processo penal (e aqui especificamente do juiz), as regras procedimentais e as garantias processuais penais sofrem significativas alterações de acordo com o sistema processual adotado pelo ordenamento jurídico analisado.

Antes de abordar esse debatido tema, impede afirmar que a análise dos sistemas processuais penais ora desenvolvida não poderá alcançar o relevo que se gostaria, pois seria invencível abordar a completude da origem histórica dos sistemas, bem como todas as suas peculiaridades e características. Nesse sentido, há inúmeros estudos doutrinários e dados a respeito.

Neste contexto, o presente trabalho se limitará a explorar os sistemas processuais penais estritamente quanto necessário para a dissertação do tema da presente investigação, especificamente no que diz respeito à atuação do juiz no processo penal de acordo com o sistema penal abordado.

Para tanto, temos que, primeiramente, entender o significado de um sistema e sua função para o direito. Ressalta-se que se trata de conceito dinâmico, pois variável de acordo com o contexto histórico-cultural em questão, bem como da posição doutrinária adotada.

ANDRADE¹⁸, em circunstanciado estudo sobre o assunto, concretizado em sua obra intitulada *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*, define um sistema jurídico como “a reunião, consistentemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente”.

Assim, temos que **um sistema jurídico é um conjunto de elementos**

¹⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013, pg 38.

(como princípios e regras)¹⁹ afins relevantes para um campo do direito.

Em continuidade, o doutrinador aponta, particularmente, um significado para sistema processual penal da seguinte forma:

Como os sistemas jurídicos estão formados, p. ex., por diversos elementos de natureza civil, tributária, penal e processual penal, a reunião e organização de seus princípios, normas e regras em áreas individualizadas do conhecimento permitirá a fragmentação do sistema jurídico, determinando a formação, para cada uma delas, de um subsistema jurídico civil, tributário, penal e processual penal. Por essa razão, a doutrina especializada define **os sistemas processuais penais como sendo subsistemas ou sistemas parciais dos sistemas jurídicos, que se caracterizam pela reunião e organização de elementos de ordem processual penal**, permitindo sua investigação e aperfeiçoamento constantes²⁰. (grifou-se)

Ainda, ANDRADE (2013, p. 451) registra que **“os sistemas processuais atuam como um instrumento fundamental de auxílio ao legislador, à hora de estabelecer a política criminal, em âmbito processual, que vigorará em seu país”** (grifou-se). Importante destacar ainda que o doutrinador registra em sua obra que os sistemas processuais penais possuem característica dinâmica, sendo, desta forma, influenciados pelo momento histórico-cultural do Estado.

Por fim, imprescindível registrarmos que o notável doutrinador constrói um conceito central para cada sistema processual penal, denominando de *sistemas processuais puros*, em oposição aos *tipos ideais* adotados por parte da doutrina processualista. Esse conceito puro de sistema fundamenta-se, segundo ANDRADE, nas características históricas, na atualidade de cada processo e na identificação dos “elementos encarregados de definir um sistema processual penal como acusatório, inquisitório ou misto (elementos fixos) e aqueles que simplesmente possibilitam sua mobilidade e funcionalidade (elementos variáveis)”.

¹⁹ Dentro deste conjunto, existem elementos de importância vital ao sistema, denominados *elementos fixos* ou *núcleo duro* (ou essenciais), cuja alteração ou supressão provoca a própria extinção ou modificação da natureza do sistema. De outra banda, existem *elementos variáveis* (ou secundários) que permitem a mobilidade do sistema ou seu funcionamento, sem que isso acarrete a alteração das particularidades dos mesmos (ANDRADE, *ob. cit.*, p. 41).

²⁰ANDRADE, *ob. cit.*, pg 42

Neste norte, RANGEL²¹ conceitua **sistema processual penal** como o “conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado”, que “estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto. O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo” (destaque nosso).

Feitas estas premissas, passaremos ao estudo dos **principais sistemas processuais penais historicamente regentes do processo penal, quais sejam: a) inquisitivo; b) acusatório e c) misto.**

3.1: SISTEMA PROCESSUAL PENAL INQUISITIVO

Para entendermos as origens do sistema inquisitivo e bem identificarmos suas características principais, é fundamental que conheçamos uma mínima parte de seu processo histórico de formação. Portanto, esse será o ponto inicial de nossa investigação neste tópico.

Assim, temos que o Sistema Processual Penal Inquisitório ou Inquisitorial teve vigência a partir do século XII até o XIV, sendo adotado nos países europeus sob influência do Direito Canônico (a origem da nomenclatura do sistema inquisitivo vem da Santa Inquisição, que possuía como finalidade a investigação e punição dos hereges pelos membros do Clero), em substituição ao sistema acusatório Greco-romano vigente até então.

Segundo ANDRADE (*ob. cit.*, p. 279-281) o período histórico antecedente (sistema acusatório popular-privado²²) revelava um sistema político que proporcionou a formação de um direito local (feudal), popular, sem os traços centralizadores do modelo romano. Em contrapartida, a monarquia europeia medieval tentava promover uma profunda reorganização política através da centralização do poder em suas mãos. Ao final, este embate foi vencido pelos soberanos, dando

²¹ RANGEL, Paulo Direito processual penal. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 46.

²² No sistema acusatório antecessor, de acentuada característica privada, o ofendido ou seus familiares tinham legitimidade para acusar, e a resolução dos conflitos se dava não pela tentativa de reconstrução da verdade, mas por meio de provas sociais, verbais, físicas (representadas pelos enfrentamentos públicos ou duelos), do juramento e das ordálias. O papel do juiz poderia ser exercido pelo soberano ou por terceiro designado pelos contendores (ANDRADE, *ob. cit.* p. 279).

início a forção dos Estados nacionais da Idade Média e uma organização política chamada de absolutismo ou monarquia absolutista, com a conseqüente acumulação dos poderes do Estado (legislar, julgar e administrar) nas mãos do soberano.

Isto posto, para que fosse alcançada essa centralização do poder na figura do monarca, era necessária a reforma do sistema de processamento, acumulando todo o poder jurisdicional na figura do rei. Assim, substitui-se o direito de traços populares, privados e locais por um que melhor se adaptasse às necessidades do momento (centralização, autoritarismo, imposição), e o modelo ideal para tanto era o inquisitorial, proveniente do direito canônico, mantido pela Igreja Católica na investigação e punição aos pecadores.

Em continuidade, registra Aury Lopes Júnior²³ que o sistema inquisitório predominou até fins do século XVIII, início do século XIX, momento em que a Revolução Francesa, os novos postulados de valoração do homem e os movimentos filosóficos que surgiram com ela repercutiram no processo penal, renovando paulatinamente as notas características do modelo inquisitivo em direção ao sistema misto.

Outrossim, em relação ao conceito do conjunto inquisitorial e sobre suas principais características, LOPES Jr. (*ob. cit.*, p.42) registra que:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu. (grifou-se)

Segundo o mesmo doutrinador, as principais características desse modelo de sistema processual penal são as seguintes:

- a) gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz (figura do juiz-ator e do ativismo judicial = princípio inquisitivo);
- b) ausência de separação das funções de acusar e julgar (aglutinação das funções na mão do juiz);
- c) violação do princípio *ne procedat iudex ex officio*, pois o juiz pode atuar de ofício (sem prévia invocação);
- d) juiz parcial;
- e) inexistência de contraditório

²³ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12ª ed. São Paulo, 2015, p. 42-43

pleno, e f) desigualdade de armas e oportunidades.

De forma mais abrangente, ANDRADE (*ob. cit.* p. 359) faz um exame dos elementos encontrados nos *tipos ideais* de sistema inquisitivo, destacando estes:

a) o acusador é prescindível ao processo, o que não implica sua completa exclusão do sistema inquisitivo; b) o processo pode ser instaurado com o ajuizamento de uma acusação, *notitia criminis* ou de ofício; c) órgão encarregado de julgar está formado por funcionários públicos, abandonando-se o modelo que admitia representantes do povo; d) a persecução penal é regida pelo princípio de oficialidade; e) o procedimento é secreto, escrito e sem um contraditório efetivo; f) há desigualdade entre as partes; g) a obtenção das provas é uma tarefa inicial do juiz, ao invés de ser confiada exclusivamente às partes; h) o juiz que investiga também julga; i) o sistema de provas é o legal²⁴, com sua divisão em prova plena e semiplena; j) para a obtenção da prova plena, se admite a tortura do investigado e das testemunhas; l) possibilidade de defesa quase nula; m) possibilidade de recurso contra decisão de primeira instância, e n) nulidade como consequência da inobservância das leis e formas estabelecidas.

Necessário sinalar, ainda, que a doutrina de ANDRADE (*ob. cit.* p. 389-394) aponta, primeiramente, como **elementos essenciais do sistema inquisitivo**, “**o caráter prescindível de um acusador distinto do juiz, e o fato de seu processo iniciar por acusação, *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz**”, e conclui afirmando que **o princípio inquisitivo se traduz na possibilidade de um acusador que também será julgador poder instaurar uma ação penal.**

Esta é a veia marcante do inquisitorial, e seria, inclusive, a diferença

²⁴ Oportuno transcrever o seguinte passagem da obra de ANDRADE (*ob. cit.* p. 382-383) sobre as provas legais cradas no sistema inquisitivo: “[...] O poder de decidir, que antes estava nas mãos do povo, passou a ser concentrado exclusivamente nas mãos do soberano ou da Igreja Católica, sendo que ambos delegavam seu poder jurisdicional a juizes profissionais ou sacerdotes. [...] Além disso, também se assegurou que a Igreja ou soberano mantivessem centralizado o poder jurisdicional próprio de suas competências, controlando o modo de decidir de seus funcionários. Tal situação levou a criação de duas teorias sobre a prova legal: a teoria positiva da prova e a teoria negativa da prova. A primeira delas obrigava o juiz a considerar um fato como provado – ainda que em seu íntimo não estivesse convencido – quando a prova obtida tivesse uma determinada quantidade ou qualidade. Quanto à segunda, ela significava exatamente o contrário, ou seja, que o juiz não poderia considerar um fato como demonstrado se a prova obtida não tivesse essa mesma quantidade ou qualidade. Essa classificação provocou a divisão da prova em plena e semiplena, de acordo com uma valoração atribuída pelo legislador. Assim, um exemplo de teoria positiva foi a confissão, que também era considerada prova plena, pois o que se buscava era a confissão dos pecados, que naqueles tempos, eram a base do conceito de delito. Quanto à teoria negativa, o principal exemplo foi o testemunho único[...]”.

preponderante entre os princípios inquisitivo e acusatório, visto que o cerne deste princípio traduz-se na possibilidade de somente um acusador distinto do juiz poder iniciar o processo penal, por meio da acusação.

Por todo exposto, percebemos que o sistema processual penal inquisitivo surgiu em decorrência do momento histórico (mudanças políticas, sociais, culturais e religiosas) que atingiu os países da Europa ocidental com o advento da Idade Média, culminando com o absolutismo monárquico tangenciado pela teocracia da Igreja, o que acarretou uma máxima ingerência do Estado sobre os indivíduos, de forma autoritária, violenta e repressiva. Neste período, o Estado toma para si o controle do processo penal em substituição ao sistema acusatório público-privado vigente até então.

Como visto, o absolutismo monárquico, consubstanciado na plena concentração do poder nas mãos do monarca, naquele momento influenciado pelos dogmas da Igreja Católica, possibilitou o desenvolvimento do **sistema inquisitivo, caracterizado principalmente pela aglutinação das funções processuais de acusar, gerir provas e julgar na mão do Estado-juiz.**

Por conseguinte, nesse sistema, em regra, há a supressão da figura do acusador e da iniciativa probatória pelas partes, visto que **o juiz (inquisidor), abandona sua posição de julgador imparcial e assume a atividade de formador de ofício da ação (acusação), instrutor (pois detém a administração probatória ou gestão da prova) e julgador do processo, atuando desde o início até a sentença.**

O fim do processo na inquisição é descobrir a verdade²⁵ de um alegado crime, mesmo que esta seja obtida mediante coação do acusado. Neste procedimento é permitida, inclusive, a tortura do investigado para conseguir a confissão do delito, que é a *rainha das provas* neste processo, pois o reconhecimento do pecado era condição fundamental para o perdão divino ao criminoso/pecador.

Outrossim, percebe-se que **o juiz do sistema inquisitório não detém a imparcialidade necessária para julgar**, visto que o processo não inicia mediante

²⁵ Geraldo Prado registra que “da busca pela verdade real renascem os tormentos pelas torturas, dispostas a “racionalmente” extraírem dos acusados a sua versão dos fatos e, na medida do possível, a confissão, fim do procedimento, preço da vitória e sanção representativa da pertinência”. Vide: PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 4ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016, p. 83.

uma acusação por terceiro e sim de ofício pelo próprio magistrado (incidência do princípio inquisitivo). Mais do que isso, o juiz não forma seu convencimento através das provas dos autos produzidas pelas partes mediante contraditório e ampla defesa, mas sim dirige o processo (administra as provas) a fim de buscar a mais pura verdade de um suposto ilícito penal.

Em verdade, no sistema inquisitorial, o acusado, desde o início da ação, perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação, porquanto seus direitos e garantias processuais (principalmente sua defesa) são quase nulos.

3.2: SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO (SEPARAÇÃO DOS PODERES DE ACUSAR, DEFENDER E JULGAR)

Da mesma forma como abordado no estudo do sistema inquisitivo, iniciaremos o tratamento do Sistema Processual Penal Acusatório pelos contextos históricos de seu surgimento e adoção, pois fator preponderante para bem compreendermos suas características principais.

Assim, apontamos, inicialmente, que o sistema acusatório teve incidência no processo penal em dois períodos na história da humanidade.

Conforme registra LOPES Jr. (*ob. cit.*, p. 40-42), em um primeiro momento, este sistema de processamento predominou até meados do século XII, quando vigorava a democracia antiga, assumindo um caráter popular ou privado, dependendo da gravidade da infração (nesta forma vinculado ao Direito Civil, pois cumpria ao agente reestabelecer o *status quo ante*)²⁶, sendo, posteriormente,

²⁶ Como já introduzido anteriormente ao abordarmos o processo histórico de surgimento do sistema inquisitivo, a origem do sistema acusatório remota ao Direito Grego, onde se desenvolve referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. **Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar) e a acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do Direito Civil.** Segundo LOPES Jr., no Direito Romano da Alta República surgem as **duas formas do processo penal: *cognitio* e *accusatio*. A *cognitio* era encomendada aos órgãos do Estado – Magistrados.** Outorgava maiores poderes ao magistrado, podendo esse esclarecer os fatos na forma que entendesse melhor. **Era possível um recurso de anulação ao povo (*provocatio*), sempre que o condenado fosse cidadão e varão.** Esse procedimento começou a ser considerado insuficiente, escasso de garantias, principalmente para as mulheres e para os que não cidadãos (pois não podiam utilizar o recurso de anulação) e acabou sendo uma poderosa arma política nas mãos dos magistrados. **Na *accusatio*, a acusação (polo ativo) era assumida espontaneamente por um cidadão do povo.** Surgiu no último século da República e marcou uma profunda inovação no Direito Processual romano. Tratando-se de ***delicta pública*, a persecução e o exercício da ação penal eram encomendados a um órgão distinto do juiz, não pertencente ao Estado, senão a um representante voluntário da coletividade (*accusador*).** Vide: LOPES, Jr., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal

substituído pelo modelo inquisitorial que prevaleceu com plenitude até o final do século XVIII. Assim, temos que o sistema acusatório clássico desenvolveu suas estruturas na Roma e Grécia antiga, como forma de condução do procedimento penal visando à condenação ou à absolvição do acusado.

Oportuno registrarmos, a fim de se ilustrar à gênese de nossos princípios processuais penais atuais, algumas características do processo penal neste primeiro período histórico de incidência do sistema acusatório, consoante as lições de Geraldo Prado²⁷:

a) não era o acusado submetido a interrogatórios ocultos: segundo os rabinos ninguém poderia ser condenado somente pela confissão; b) ninguém poderia ser preso e muito menos condenado pelo dito de uma só testemunha nem por conjecturas; c) a instrução e os debates eram públicos e os julgamentos conferidos e acordados em segredo; d) o recurso era um direito individual e sagrado; e) tribunal popular, conforme o princípio da soberania do povo; acusação popular, por uma faculdade deferida a qualquer cidadão para apresentar demanda contra o autor ou participe de um delito público; f) igualdade entre acusador e acusado, que, de ordinário, permanecia em liberdade durante o julgamento, liberdade muitas vezes condicionada à caução; g) publicidade e oralidade do juízo, que se resumia em um debate contraditório entre acusador e acusado, frene ao tribunal e na presença do povo; h) valoração da prova segundo a íntima convicção de cada juiz, e i) restrição do direito popular de acusação em certos crimes que mais lesavam o interesse particular do indivíduo do que o da sociedade;

Calha observarmos que as características principais do sistema acusatório clássico formam o germe do sistema acusatório contemporâneo.

Por outro lado, após a idade média, nos idos do final do século XVIII e início do século XIX, sob a inspiração do Iluminismo, inicia-se o período moderno de administração da justiça, reduzindo-se e amenizando-se as características inquisitoriais dos procedimentos penais, e separando-se o direito da religião. Nesta fase, o sistema acusatório, que ressurgiu carregado de novos postulados de valorização do homem (liberdades individuais), fruto da Revolução Francesa de 1789, reassume a regulação procedimental do processo penal em substituição aos traços cruéis do inquisitivo medieval (vigendo até os dias atuais na maioria dos

(Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional). 4ª ed. rev. Atual. e ampli. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p. 162.

²⁷ PRADO, *ob. cit.*, p. 71-73.

países).

Nesse sentido, ANDRADE (*ob. cit.*, p. 409) faz um relevante apanhado histórico dos motivos ensejadores dessa transição do sistema inquisitorial da Idade Média para o sistema acusatório contemporâneo, asseverando que:

Já vimos que o sistema inquisitivo foi revivido pela Igreja Católica para substituir a um modelo de Processo Penal baseado na força e superstição (duelos e Juízos de Deus), e para consolidar o poder do soberano sobre os senhores feudais. Pouco a pouco, esse sistema foi se revelando mais feroz que o seu antecessor, pois sua base ideológica estava centrada na presunção de que o homem era pecador e, em razão disso, ocultava a verdade quando era inquirido.

Esse postulado religioso, que acabou de ser incorporado ao direito comum por servir aos propósitos políticos vigentes, foi utilizado como fundamento para a prática da tortura, que foi um dos símbolos do sistema inquisitivo. Se a busca da verdade se deu com a utilização desse meios, por certo que a dor veio a provocar confissões proferidas com a única intenção de fazer cessar o sofrimento de quem era torturado, acarretando graves erros judiciais. Além disso, em todos os modelos de processo onde foi utilizada – seja no sistema inquisitivo, seja no sistema acusatório -, a tortura sempre recebeu fortes críticas em relação à sua eficácia, provenientes, inclusive, de autores do próprio período histórico onde foi empregada.

Dessa forma, **o trato desumano, uma defesa processual deficitária e os erros judiciais se constituíram nos grandes motivadores de um movimento filosófico e político que teve seu início durante a segunda metade do século XVIII, conhecido como o Movimento Iluminista ou de Ilustração, que tinha, entre outros objetivos, dar fim ao sistema inquisitivo.** Surgiram, assim, as figuras de Montesquieu – considerado por Althusser com o “fundador de la ciência política” - Rousseau, Verri, Beccaria e Voltaire, exortando a igualdade entre os homens, a extinção da tortura, a tolerância religiosa e a adoção da estrutura, costumes e conceitos da sociedade ateniense e romana. Também apontaram os erros do modelo processual vigente, e pregaram a adoção de um novo modelo de processamento equivalente ao acusatório romano.

Todas essas ideias serviram de **base para a Revolução Francesa, e, com ela, alguns princípios liberais se manifestaram na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, de 29.08.1789, entre eles, os princípios de igualdade e presunção de inocência, presentes em seus arts. 7, 8 e 9. Por essa razão, **a reforma processual passou a ser uma das prioridades**

da Assembleia Constituinte pós-revolucionária. (grifou-se).

Ainda, ANDRADE (*ob. cit.*, p. 108) leciona que o sistema acusatório clássico, centrado na figura do acusador popular (ou no acusador privado em infrações de menor gravidade social), possibilitava a impunidade, acusações falsas, a ausência de proteção ao acusado, a sua família e às testemunhas, a deturpação da verdade e a não execução da sentença, defeitos que motivaram o surgimento do sistema inquisitivo. Por isso, a presença efetiva e permanente de um acusador público no sistema acusatório atual motivou o surgimento de diferentes maneiras de denominá-lo, tais como: *sistema acusatório público; sistema acusatório moderno e sistema acusatório original*.

Com efeito, a título de introdução, **o sistema acusatório contemporâneo (no qual a acusação é efetivada e conduzida por um acusador público²⁸ distinto do juiz)**, caracteriza-se, conforme a doutrina de LOPES Jr. (*ob. cit.*, p. 43) da seguinte forma:

a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as partes); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio ao labor da investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo; e) procedimento é, em regra, oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a defesa pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição. (grifou-se)

Em complemento, ANDRADE (*ob. cit.* p. 111) sinala os seguintes princípios e características do sistema acusatório atual:

a) em todos os processos se nota a presença necessária de um acusador público distinto do juiz; b) regem os princípios a publicidade,

²⁸ Na França, em fins do século XIV, surgiram os ***les procureurs du roi* (os procuradores do rei)**, dando origem ao Ministério Público. Desde então, **em regra, o titular da ação penal pública passou a ser o Ministério Público, afastando, por completo, o juiz da persecução penal** (RANGEL, *ob. cit.* p. 49).

oralidade e contradição; c) há uma preocupação por manter a igualdade de armas entre as partes; d) via de regra, é assegurada a presença de um acusador particular ou popular, tanto nos processos cujo interesse seja eminentemente privado, como para suprir a inatividade do acusador público; e) ao juiz lhe é autorizado a ter uma participação mais ativa durante a fase probatória; f) a investigação criminal é uma tarefa confiada à Polícia Judiciária ou ao Ministério Público; g) somente a acusação dá início ao processo judicial; h) as partes podem recorrer das decisões judiciais proferidas; i) a inobservância das regras procedimentais determina a nulidade do ato praticado ou de todo processo; j) a liberdade do acusado é a regra, podendo ser restringida mediante a satisfação de determinados requisitos previamente estabelecidos. (Grifou-se)

Em que pese a conhecida ausência de unicidade conceitual da doutrina acerca dos princípios definidores deste sistema, é fato que há certo consenso doutrinário (PACELLI, *ob. cit.*, p.10; ANDRADE, *ob. cit.*, p. 255) que **o cerne do sistema acusatório revela-se por meio do princípio acusatório, que se traduz na presença de uma acusação no processo (*nemo in iudicium tradetur sine accusatione*) efetivada por um acusador distinto do juiz (*nemo iudex sine actore*)**. Estes são, inclusive, elementos fixos do sistema.

Sendo assim, **um juiz jamais poderá atuar como acusador (ou defensor) no processo sob a incidência do sistema acusatório.**

Em síntese, apontamos a seguinte comparação entre as características preponderantes dos sistemas inquisitivo e acusatório:

SISTEMA INQUISITIVO	SISTEMA ACUSATÓRIO
Não há separação das funções de acusar, defender e julgar, que estão concentradas em uma única pessoa, que assume as vezes de um juiz inquisidor. O juiz inicia a acusação, administra as provas e julga o processo (incidência do princípio inquisitivo).	Há obrigatoriamente uma acusação e existe absoluta separação entre as funções de acusar, defender e julgar, exercidas por atores distintos. O juiz jamais poderá iniciar <i>de officio</i> a acusação (incidência do princípio acusatório).
Gestão da prova: o juiz inquisidor é dotado de ampla iniciativa acusatória e	Gestão da prova: recai precipuamente sobre as partes. Na fase investigatória, o

<p>probatória, tendo liberdade para determinar, de ofício, a colheita de elementos informativos e de provas, seja no curso das investigações, seja no curso da instrução processual;</p>	<p>juiz só deve intervir quando provocado, e desde que haja necessidade de intervenção judicial. Durante a instrução processual, prevalece o entendimento de que o juiz encerra a iniciativa probatória, podendo determinar a produção de provas de ofício, desde que o faça de maneira subsidiária. Incidência do princípio do dispositivo;</p>
<p>A concentração de poderes nas mãos do juiz e a iniciativa acusatória dela decorrente é incompatível com a garantia da imparcialidade (CADH, art. 8º, §1º) e com o princípio do devido processo legal.</p>	<p>A separação das funções e a iniciativa probatória residual restrita à fase judicial preserva a equidistância que o magistrado deve tomar quanto ao interesse das partes, sendo compatível com a garantia da imparcialidade e com o princípio do devido processo legal.</p>
<p>Como se admire o princípio da verdade real, o acusado não é sujeito de direitos, sendo tratado como mero objeto do processo, daí por que se admire inclusive a tortura como meio de se obter a verdade absoluta;</p>	<p>O princípio da verdade real é substituído pelo princípio da busca da verdade, devendo a prova ser produzida com fiel observância ao contraditório e à ampla defesa;</p>

Quadro 1: Quadro apresentando uma comparação entre as características preponderantes dos sistemas inquisitivo e acusatório. Fonte: LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 47 (adaptado).

Em verdade, no sistema acusatório contemporâneo, o acusado deixa de ser mero objeto da ação e passa a ser sujeito de direitos e garantias processuais, assumindo a condição de parte passiva e presumidamente inocente (ao contrário do sistema inquisitivo no qual o acusado já iniciava o processo vinculado à condenação).

Nas palavras de LIMA (*ob. cit.*, p. 46), “diversamente do sistema inquisitorial, o sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que autor e réu constroem através do confronto a solução justa do caso penal”.

Por fim, vê-se que, neste tipo de sistema, o processo penal inicia-se mediante a acusação proposta por um órgão público diverso do juiz. Desta forma, o magistrado mantém certa equidistância das partes durante o procedimento e, mais do que isso, pode julgar de forma imparcial, e decidir com base nas provas produzidas pelas partes no processo, e de acordo com o seu livre convencimento.

3.3: SISTEMA PROCESSUAL PENAL MISTO OU ACUSATÓRIO FORMAL

Em linhas introdutórias, faz-se necessário relembrar que o movimento multifacetário (filosófico, cultural e social), conhecido como o Movimento Iluminista ou de Ilustração, que surgiu durante a segunda metade do século XVIII, ancorado na valorização da razão humana, tinha como um de seus objetivos finalizar o cruel sistema inquisitivo vigente. Outrossim, a Ilustração capitaneou a queda do absolutismo monárquico e da aristocracia que detinha o poder absoluto nos países da Europa Medieval, culminando com a Revolução Francesa de 1789.

Assim, especificamente, a doutrina expõe que ponto crucial para a extinção do sistema inquisitivo foi o advento da Revolução Francesa de 1789 (cujo conteúdo relevante a este ponto é a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem, que define os direitos individuais e coletivos dos seres humanos como universais a partir da razão, com fundamento na Teoria dos Direitos Naturais ou Jusnaturalismo) e o conseqüente Código Criminal Francês de 1808.

Por esta razão, estes dois fatos históricos marcam também o surgimento de um novo tipo de procedimento penal que é o sistema processual penal misto (além propiciarem uma posterior retomada do sistema acusatório, como visto anteriormente), que se mostra um sistema híbrido, porquanto formado por elementos do sistema inquisitório anterior na primeira fase da persecução penal – fase de investigação ou de inquérito – e do sistema acusatório moderno na segunda etapa da persecução penal – fase de acusação e processamento.

Nesse sentido, NUCCI (*ob cit.*, p. 116) explica que o sistema misto uniu elementos dois sistemas anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório. Por conseguinte, num primeiro estágio (fase de instrução), há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, na segunda fase (de processo e julgamento),

presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas.

De forma mais profunda, ANDRADE (*ob cit.*, p. 413) leciona que o que fez naquele momento foi misturar as características do modelo de processo presente no *Code Louis* – último representante do sistema inquisitivo na França – às características do processo acusatório romano. Segundo o professor, eliminaram-se os defeitos e problemas que os sistemas inquisitivo e acusatório manifestaram ao longo de sua existência, e aproveitaram-se aquelas características que poderiam permitir a construção de um processo penal que alcançasse sua finalidade sem a prática de abusos durante sua tramitação. Foi com essa intenção que se estruturou um modelo de processo penal que convencionalmente passou a ser chamado sistema misto, presente no *Code d’Instruction Criminelle* de 1808, da França.

Em continuidade, ZILLI²⁹ (citado por ANDRADE, *ob. cit.* p. 421), registra as seguintes características do sistema misto:

1. A jurisdição penal é exercida por tribunais, reconhecendo-se, em alguns casos, legítima a participação popular.
2. A persecução penal é exercida, na maioria dos casos, por um órgão público.
3. O imputado é considerado um sujeito de direitos, e sua posição jurídica, durante o processo, é a de um inocente até que venha a ser considerado culpado.
4. O procedimento traduz os interesses públicos de perseguir e de impor a sanção penal ao agente, assegurando-lhe, outrossim, o respeito à sua liberdade. Via de regra é iniciado por uma investigação preliminar a cargo do Ministério Público ou do Juiz da Instrução e cujo objetivo é a coleta de elementos necessários a uma acusação. Segue-se a ele um procedimento intermediário no qual julga-se a viabilidade de uma acusação e, finalmente, pelo procedimento principal que é ultimado com a prolação de uma sentença absolutória ou condenatória.
5. O tribunal pode ser composto por juízes leigos ou profissionais ou apenas juízes profissionais, adoando-se o livre convencimento.
6. As decisões são recorríveis.

Por outro lado, RANGEL (*ob. cit.*, p. 52) descreve que o sistema misto possui “*características próprias*”, quais sejam:

²⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p.41-42.

- a) a fase preliminar de investigação é levada a cabo, em regra, por um magistrado que, com o auxílio da polícia de atividade judiciária, pratica todos os atos inerentes à formação de um juízo prévio que autorize a acusação. Em alguns países, esta fase é chamada de "*juizado de instrução*" (v.g. Espanha e França). Há nítida **separação entre as funções de acusar e julgar**, não havendo processo sem acusação (*nemo iudicio sine actore*);
- b) na fase preliminar, o procedimento é secreto, escrito e o autor do fato é mero objeto de investigação, não havendo contraditório nem ampla defesa, face à influência do procedimento inquisitivo;
- c) a fase judicial é inaugurada com acusação penal feita, em regra, pelo Ministério Público, onde haverá um debate oral, público e contraditório, estabelecendo plena igualdade de direitos entre a acusação e a defesa;
- d) o acusado, na fase judicial, é sujeito de direitos e detentor de uma posição jurídica que lhe assegura o estado de inocência, devendo o órgão acusador demonstrar a sua culpa, através do devido processo legal, e destruir este estado. O ônus é todo e exclusivo do Ministério Público;
- e) o procedimento na fase judicial é contraditório, assegurada ao acusado a ampla defesa, garantida a publicidade dos atos processuais e regido pelo princípio da concentração, em que todos os atos são praticados em audiência.(Grifou-se)

É por esta possibilidade de instrução judicial em parte do processo que parte da doutrina denomina também o sistema misto de sistema acusatório formal, visto que esse sistema adota o princípio acusatório (existência de uma acusação por órgão diverso do juiz), mas permite ao juiz instruir o processo. Assim, o sistema seria formalmente acusatório, mas materialmente híbrido.

Certo é que o grande **traço característico do sistema misto verdadeiro é o "Juizado de Instrução"**, que se constitui, de fato, em uma fase persecutória preliminar, destinada à apuração inaugural das infrações penais, sob a presidência de um juiz (e não de um agente de Estado diverso do próprio órgão julgador³⁰). Nesta etapa persecutória, a função da polícia judiciária fica

³⁰ No Brasil, o modelo de investigação preliminar que consolidou com a Constituição Federal de 1988 e foi fortalecido pela advento da Lei 12.830/2013, coloca o Delegado de Polícia na presidência do Inquérito policial. Nesse sentido vide o Artigo 2º da Lei 12.830/2013:

"Art. 2º. As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 1º **Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial** ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

reduzida a prender os infratores e apontar os meios de prova, inclusive testemunhal, cabendo ao “Juiz Instrutor”, como presidente do procedimento, colher todos os elementos probatórios a fim de instruir a futura ação penal que será iniciada mediante uma acusação formal.

Nesse sentido, ANDRADE (*ob. cit.*, p. 445-446) registra, primeiramente, que o sistema misto foi desenhado pelo *Code* francês de 1808 como um sistema ideal, visto que uniu elementos essenciais dos sistemas anteriores. Vejamos:

Assim, do sistema inquisitivo ele incorporou a ideia de que a persecução – nos delitos de natureza pública – deve ser uma atividade estatal, independentemente do interesse da vítima, para evitar o retorno da impunidade e risco de desagregação social. Por outro lado, do sistema acusatório foram incorporados seus princípios liberais (especialmente o princípio acusatório), aplicáveis somente na segunda fase de um processo que seguiu a mesma estrutura bipartida do *Code* de 1670.

Por outro lado, em sequência, o nobre professor aponta diversos problemas desse conjunto, em especial na fase de investigação, destacando o seguinte:

Assim, objetivamente há um vínculo entre juizado de instrução e sistema inquisitivo, já que ambos conferem legitimidade investigadora a um mesmo sujeito processual. No entanto, esse vínculo vai além do mero caráter objetivo, pois o juiz de instrução sofre do mesmo mal que o juiz inquisidor, que é a perda de sua imparcialidade, como consequência da atividade que exerce.

Essa parcialidade do juiz investigador já foi, inclusive, reconhecida historicamente, tanto em âmbito doutrinário, como legislativo, através de sua materialização no princípio do juiz que investiga não julga.

Por fim, RANGEL (*ob. cit.*, p. 53) conclui acerca do tema que:

A função jurisdicional deve ser ao máximo preservada, retirando-se, nos Estados democráticos de direito, o juiz da fase persecutória e entregando-se a mesma ao Ministério Público, que é quem deve controlar as diligências investigatórias realizadas pela polícia de atividade judiciária, ou, se necessário for, realizá-las pessoalmente, formando sua *opinio delicti* e

§ 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos. [...]” (grifou-se)

iniciando a ação penal.

Por todo exposto, percebe-se que, embora o sistema misto (juizado de instrução) tenha trazido relevante evolução em relação ao sistema inquisitivo anterior acerca da observância, pelo aparato persecutório estatal, durante a fase judicial do processo, de princípios processuais como o princípio acusatório (*nemo iudicio sine actore*), o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência e o resguardo aos direitos e garantias do investigado/acusado, o juizado de instrução não se qualifica como parte de “um melhor sistema, pois ainda mantém o juiz na colheita de provas, mesmo que na fase preliminar da acusação” (RANGEL, *ob. cit.*, p. 52).

3.4: SISTEMA PROCESSUAL PENAL ADOTADO ATUALMENTE PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Após analisarmos, dentro do possível para esta investigação acadêmica, os principais tipos de sistema processual penal vigentes ao longo da história, seus processos de formação e características centrais, e constatarmos que, modernamente, tende a prevalecer nos ordenamentos jurídicos dos países democráticos o sistema acusatório de persecução penal, passaremos ao estudo do modelo especificamente adotado no Brasil.

Inicialmente, consigna-se que **não há consenso doutrinário acerca do modelo de sistema vigente atualmente no Brasil**. Parte da doutrina e a jurisprudência majoritária afirmam ser o acusatório, fulcro no Artigo 129, I da CF88 e nos direitos e garantias constitucionalmente estabelecidos ao investigado/processado. Por outro lado, outros autores pregam que o processo penal brasileiro é regido pelo sistema misto e alguns, até mesmo, falam em sistema inquisitivo.

Entre os autores que se filiam a segunda corrente cita-se Aury Lopes Jr., que classifica o processo penal pátrio como “essencialmente inquisitório ou neoinquisitório”, por considerar que, mesmo a fase processual, a gestão da prova está na mão do juiz (LOPES Jr, *ob. cit.*, p. 47). O autor fundamenta sua posição afirmando que o juiz apresenta poderes de atuar de ofício no processo. Como

exemplo, LOPES Jr. cita o disposto nos Artigo 156, I e II³¹ do Código de Processo Penal, que permite ao juiz ordenar, de ofício, a produção de provas e de diligências relevantes ao processo.

Outrossim essa corrente doutrinária sustenta ainda que a existência de uma investigação criminal preliminar por meio do inquérito policial determina a natureza mista de nosso sistema de processo penal.

Por outro lado, ANDRADE afirma que nossa legislação – constitucional e infraconstitucional – em nenhum momento faz qualquer referência à adoção de algum sistema processual penal em nosso país. Outrossim, o autor posiciona-se afirmando que o sistema processual penal brasileiro é incerto, porque “nosso país não adota nenhum modelo definido de sistema processual penal, pois o que vemos hoje são modelos de processos”. Por fim, relata que nosso direito processual penal vive uma grave e antiga crise de identidade (*ob. cit.*, p. 471).

Fato é que a **Constituição Federal de 1988 estabelece de forma expressa a promoção da ação penal pública como função privativa do Ministério Público, consoante disposto em seu Artigo 129, I**³². Por conseguinte, não existirá, no Brasil, ação penal pública sem a apresentação de uma acusação formal e que preencha os requisitos legais por seu titular³³ - o Ministério Público, que

³¹ Art. 156 do Código de Processo Penal:

A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

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; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

³² Art. 129 da CF88:

São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

³³ Acerca da ação penal, mostra-se importante traçarmos algumas linhas, conforme ensina PRADO (*ob. cit.*, p. 171-173): “Desde a promulgação da Constituição da República de 1988, em 5 de outubro, está vedada a iniciativa em processo condenatório, por crime de ação pública, salvo pelo Ministério Público ou, em excepcional hipótese, pelo ofendido, conforme dispõe respectivamente, os artigos 129, I, e 5º, inciso LIX, da Carta Magna, sendo certo que há crimes cuja ação penal é de iniciativa privativa do ofendido e há outros que, embora de ação pública, exigem a representação do ofendido (ou de quem tenha qualidade para representá-lo) ou a requisição do Ministro da Justiça.

A propositura da ação penal condenatória, todavia, está condicionada à demonstração prévia, pelo autor, das condições mínimas de viabilidade da pretensão que objetiva deduzir. Isso decorre, não se questiona, da tutela constitucional da dignidade humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República), projetada, no campo do processo penal, pela exigência de justa causa para a sua deflagração, sob pena de se caracterizar, irremediavelmente, coação ilegal, a ser arrostada por habeas corpus.

Assim, faz-se necessária, antes da propositura da ação penal condenatória, qualquer que seja ela, a realização de uma investigação criminal, que a rigor demanda a instauração de inquérito policial ou

é instituição pública autônoma e essencial a função jurisdicional do Estado, com estrutura e funções diversas do Poder Judiciário³⁴.

Mais do que isso, a CF88, a partir do primado da dignidade humana (Artigo 1º, III), prescreve que a persecução penal estatal seja efetivada mediante a observância de uma série de princípios fundamentais³⁵ que garantem ao investigado/acusado o resguardo aos seus direitos e garantias fundamentais. Essa proteção constitucional reforça a vinculação do processo penal brasileiro ao sistema acusatório³⁶.

Importante referirmos que **atividades de natureza administrativa, anteriores à instauração do processo judicial, como a investigação nos autos**

peças de informação (artigos 5º e 27 do Código de Processo Penal) visando-se reunirem-se indícios de autoria e prova razoável de existência de infração penal”.

³⁴ Art. 127 da CF88: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

³⁵ Nesse sentido, citam-se alguns princípios e garantias processuais constitucionais a fim de ilustração (a respeito, vide LIMA, ob. cit., p. 48 e seguintes):

a) princípio do processo legal previamente estabelecido ou devido processo legal (Artigo 5º, LIV da CF88: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”);

b) princípio da inafastabilidade da jurisdição (Artigo 5º, XXXV da CF88: XXXV - “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”);

c) princípio da vedação de juízo ou tribunal de exceção e princípio do juiz natural (Artigo 5º, XXXVII da CF88: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”; Artigo 5º, LIII da CF88: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”);

d) princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade e princípio da regra probatória – in dubio pro réu (Artigo 5º, LVII da CF88: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”);

e) princípio da não produção de provas contra si mesmo – nemo tenetur se detegere (Artigo 5º, LXIII da CF88: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado(...)”);

f) princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (Artigo 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”);

g) princípio da igualdade das partes (Artigo 5º, caput da CF88: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza(...)”);

h) princípio do contraditório e princípio da ampla defesa (Artigo 5º, LV, da Constituição Federal: “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a elas inerentes.”);

i) princípio da publicidade dos atos processuais (Artigo 5º, LX da CF88: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”; Artigo 5º, XXXIII da CF88: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”; Artigo 93, XIX da CF88: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade(...)”, e

j) concessão de habeas corpus (Artigo 5º, LXVIII da CF88: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”).

³⁶ Nas palavras de PACELLI (ob. cit., p. 13) **o sistema acusatório “é um dos pilares do sistema de garantias individuais postos pela Constituição de 1988”**.

do inquérito policial, cuja presidência, no Brasil, é do Delegado de Polícia, por força do Artigo 2º da Lei Lei 12.830/2013, em nada importam para a definição de um sistema de processo penal (ANDRADE, ob. cit., p. 471). Isto porque, em nosso país, o Inquérito policial visa dar embasamento à formação da *opinio delicti* pelo titular da ação penal³⁷ (Ministério Público na ação pública ou o ou particular na ação privada).

Por conseguinte, constatamos que **o processo penal propriamente dito (ação penal), no sistema acusatório, só tem seu início com o ajuizamento da acusação perante o poder judiciário, por órgão distinto do juiz.**

Nesse sentido, PACELLI (ob. cit., p. 14), registra que:

No que se refere à fase investigativa, convém lembrar que **a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação.**

De outra parte, somente quando (se) a investigação fosse realizada diretamente perante o juízo (como ocorre no Juizado de Instrução francês, por exemplo) seria possível vislumbrar contaminação do sistema, e, mais ainda, e, sobretudo quando ao mesmo juiz da fase de investigação se reservasse a função de julgamento. **Não é esse o caso brasileiro.** (grifou-se)

Em verdade, devemos ter em mente, quando se fala em sistemas processuais penais, que se está tratando tão só da fase processual propriamente dita da persecução penal.

Em continuidade, registra-se que **a corrente majoritária de doutrinadores vinculam o processo penal brasileiro ao sistema acusatório** (mesmo que, em verdade, alguns dos autores afirmem não se tratar de um sistema acusatório totalmente puro).

Nesse sentido, TÁVORA e ALENCAR (ob. cit., p. 47) afirmam que:

[...] **o sistema acusatório é o adotado no Brasil, de acordo com o modelo plasmado na Constituição Federal de 1988.** Com efeito, ao

³⁷ Artigo 12 do CPP: “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”.

estabelecer como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal (art. 129, I, CF/88), **a Carta Magna deixou nítida a preferência por esse modelo que tem como características fundamentais a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos. Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo; o órgão julgador é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado.** Nota-se que o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão de prova, não sendo mais o juiz, por excelência, o seu gestor. (grifou-se)

Da mesma forma, PACELLI (*ob. cit.*, p. 16) aponta o seguinte:

[...] de todo modo, e, sobretudo, a partir da possibilidade de participação do acusado e de seu defensor no ato do interrogatório, **não vemos como não se reconhecer, ou não vemos por que abdicar de um conceito acusatório de processo penal na atual ordem constitucional.** (grifou-se)

BRASILEIRO (*ob. cit.*, p. 46-47) mantém a mesma linha de argumentação:

Pelo sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, art. 129, inciso 1), que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*), e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes.

Deve o magistrado, portanto, abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais e do Ministério Público.

[...]

Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Porém, **com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira**

expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório. (grifou-se)

E, por fim, da mesma forma posiciona-se RANGEL, (*ob. cit.*, p. 50):

Hodiernamente, no direito pátrio, vige o sistema acusatório (cf. art. 129, I, da CRFB), pois a função de acusar foi entregue, privativamente, a um órgão distinto: o Ministério Público, e, em casos excepcionais, ao particular. **Não temos a figura do juiz instrutor**, pois a fase preliminar e informativa que temos antes da propositura da ação penal é a do inquérito policial e este é presidido pela autoridade policial. Durante o inquérito policial, como vamos ver mais adiante (cf. item 2.3 infra), o sigilo e a inquisitividade imperam, porém, **uma vez instaurada a ação penal, o processo torna-se público, contraditório, e são asseguradas aos acusados todas as garantias constitucionais.** (grifou-se)

Isto porque, como visto anteriormente, ao se estudar o sistema acusatório, o que se deve dar relevância na definição de um ou outro sistema é o núcleo do sistema. Assim sendo, **a CF88, por estabelecer que a acusação será efetivada por órgão distinto do juiz, adota o princípio acusatório, bem como prescreve um amplo rol de garantias do acusado, o que faz concluir que a persecução penal no Brasil seja regida pelo sistema acusatório.**

3.5: O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ADOTADO NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Primeiramente, e ao encontro do que já estudado na presente investigação acerca do sistema processual penal brasileiro, registra-se que **o projeto de novo CPP institui, expressamente, que o processo penal brasileiro será guiado pelo sistema acusatório, como se verifica na redação do Artigo 4º do PL 8045/10, que estabelece que “o processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.** (grifou-se)

Outrossim, percebe-se que o projeto de novo CPP pretende estabelecer uma clara característica no sistema acusatório proposto, qual seja: delimitar a atuação do juiz no processo penal, separando-se as funções judiciais nas fases de investigação e processual com clara impossibilidade de iniciativa judicial durante a fase de preliminar por meio da criação da figura do juiz das garantias.

Conforme o relatório do Senador Renato Casagrande (PSB-ES)³⁸, efetivado no parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal, Sobre o Projeto de Lei do Senado Nº 156, de 2009, que Reforma o Código de Processo Penal, **o art. 4º do novo CPP traz uma inovação ao processo penal brasileiro ao instituir expressamente o sistema acusatório, in verbis:**

Quanto à principiologia acolhida, um dos pontos mais inovadores do projeto de Código está no art. 4º, onde se afirma “estrutura acusatória” do processo penal, de tal modo a vedar a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão acusador. Noutras palavras, afirma a responsabilidade do Ministério Público no que diz respeito à formação da prova e impede que o juiz se distancie do dever de imparcialidade. Em suma, no processo penal de tipo acusatório, os sujeitos processuais têm papéis mais bem definidos, sendo interdito ao juiz substituir o Ministério Público na função de acusar e de levantar provas que corroborem os fatos narrados na denúncia.

³⁸ Disponível em: “<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=70407>”. Acesso em: 05/09/16. p. 22-23

4. O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Ao lado da efetivação do sistema acusatório no Processo Penal Brasileiro, o projeto de novo CPP traz outra grande inovação na atuação dos sujeitos processuais, que é a **instituição do Juiz das Garantias, que será o magistrado incumbido de atuar na fase preliminar da persecução penal** – fase de inquérito policial – sendo o “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais” (Artigo 14), o qual estará impedido de funcionar no processo penal no qual atuou previamente como controlador da investigação (Artigo 16).

Outrossim, indispensável registrar, visto que tema central do presente trabalho, que o atual projeto de novo CPP busca estabelecer que o juiz das garantias seja o responsável pelo **controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais do investigado. Vejamos o Artigo 14 da proposta:**

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

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

II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543;

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

IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial;

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

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

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

VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em atenção às razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

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

X – requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação;

XI – decidir sobre os pedidos de:

a) interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática;

b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

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

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

XIV – arquivar o inquérito policial;

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

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

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

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação 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 relaxada.

Nos termos do Artigo 15 do projeto (abaixo transcrito), verifica-se que 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.

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.

Analisando o já mencionado relatório do Senador Renato Casagrande (PSB-ES)³⁹, podemos extrair (da fonte do projeto) várias ideias que nos permitem um concreto entendimento acerca do Juiz das garantias:

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. Com efeito, a competência do juiz das garantias cessa com a propositura da ação penal e alcança todas as infrações penais (art. 16), ressalvadas as de menor potencial ofensivo, que seguem o rito dos juizados especiais. Todavia, é preciso ter claro que o juiz das garantias difere do juiz das varas de inquérito policial, hoje instituídas em algumas capitais, como São Paulo e Belo Horizonte. É que o juiz das garantias deve ser compreendido na estrutura do modelo acusatório que se quer adotar. Por conseguinte, o juiz das garantias não será o gerente do inquérito policial, pois não lhe cabe requisitar a abertura da investigação tampouco solicitar diligências à autoridade policial. Ele agirá mediante provocação, isto é, a sua participação ficará limitada aos casos em que a investigação atinja direitos fundamentais da pessoa investigada. O inquérito tramitará diretamente entre polícia e Ministério Público. Quando houver necessidade, referidos órgão dirigir-se-ão ao juiz das garantias. Hoje, diferentemente, tudo passa pelo juiz da vara de inquéritos policiais.

³⁹ Disponível em: "<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=70407>". Acesso em: 05/09/16. p. 28

Assim também, a Comissão de Juristas responsável pelo Anteprojeto de novo CPP apresentado ao Senado, justifica a criação da figura do juiz das garantias no processo penal brasileiro da seguinte maneira (Anteprojeto de novo CPP, 2009, p. 16):

Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.

Portanto, extrai-se do relatório do Senador Renato Casagrande, bem como do que exposto pela Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de novo CPP, que a separação das funções do juiz criminal durante a fase de investigação e processual são fundamentais para a manutenção da imparcialidade do juiz sentenciante bem como para a consolidação do modelo acusatório no processo penal brasileiro.

Por outro lado, no sistema processual brasileiro atual, o magistrado que atua na fase de inquérito policial torna-se prevento para funcionar na ação penal, isto é, será o mesmo juiz que proferirá a sentença final no processo, porque fora o primeiro a tomar conhecimento do fato durante a investigação preliminar, consoante Artigos 75, parágrafo único, e 83 do atual CPP, nos seguintes termos:

DA COMPETÊNCIA POR DISTRIBUIÇÃO

Art. 75. A precedência da distribuição fixará a competência quando, na

mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente.

Parágrafo único. **A distribuição realizada para o efeito da concessão de fiança ou da decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirá a da ação penal.** (Grifou-se)

DA COMPETÊNCIA POR PREVENÇÃO

Art. 83. 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 da queixa.**

(grifou-se)

Outrossim, prevenção⁴⁰ é um instituto de fixação da competência jurisdicional para atuação no processo. Ou seja, **havendo dois ou mais juízes com igual capacidade para funcionar no processo, competente será aquele que tiver antecedido ao outro na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa**, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa, isto porque foi o primeiro magistrado a tomar conhecimento dos fatos.

⁴⁰ Aprofundando o estudo acerca da prevenção, Eugênio Pacelli (*ob. cit.* p. 269) leciona que: “Presente, pois, o primeiro requisito - existência de dois ou mais juízes igualmente competentes -, a competência será determinada pela antecedência da prática de qualquer ato de conteúdo decisório (art. 83). [...]. Como se sabe, o exercício da jurisdição, em regra, somente ocorre na fase processual, com a instauração da ação e, assim, com a formação da relação processual. O inquérito policial, bem como qualquer procedimento investigatório levado a cabo por autoridade administrativa a quem a lei atribuir competência (art. 4, parágrafo único, CPP), não constitui ato de exercício de jurisdição, prestando-se apenas à formação do convencimento do órgão responsável pelo exercício da ação penal. Todavia, no curso de tais procedimentos administrativos, pode ocorrer a necessidade da adoção de medidas restritivas de direito individual, de que é exemplo mais eloquente a prisão em flagrante. Nessa hipótese, o controle de legalidade de um ato dessa natureza, bem como a apreciação da necessidade de manutenção da medida restritiva, haverá de pertencer ao Judiciário, que exerce a parcela de Poder Público que responde pela jurisdição. E assim é porque, no exemplo dado, a prisão efetuada tem imediata relação de instrumentalidade com o processo e a regularidade da atuação jurisdicional. Por isso, nesse caso, a restituição da liberdade, mediante a imposição de outra cautelar, com ou sem fiança, ou mesmo o relaxamento da prisão, serão atos de conteúdo decisório, a determinar a prevenção do juízo. Do mesmo modo, tornará prevento o juiz o ato praticado por aquele que, igualmente competente, anteceder a outro ou outros na decretação da prisão preventiva ou mesmo da prisão temporária, uma vez que tais medidas ostentam nítido caráter cautelar (com a necessária apreciação do *periculum in mora* e *dofmus boni iur* - traduzido aqui pela aparência do delito), acauteladoras dos interesses da jurisdição e do processo penal futuro que ali já se anuncia, potencialmente. [...] Também a expedição de mandado de busca e apreensão configura ato de prevenção do juízo, tendo em vista o conteúdo inegavelmente decisório do ato judicial que excepciona a norma constitucional de garantia da inviolabilidade do domicílio (a. 5º, X, CF)”. (grifou-se)

A instituição do juiz das garantias busca inverter justamente esta lógica da competência judicial por prevenção sob o argumento da manutenção da imparcialidade do magistrado.

Ou seja, a regra pretendida é que o juiz que officiar na fase preliminar da investigação (como, por exemplo, analisando um pedido de prisão preventiva nos autos do inquérito policial), mais do que não se tornar automaticamente competente para o processo (prevento), estará impedido de officiar na ação penal (consoante prevê o Art. 16 do novo CPP), com ressalva do que previsto no Art. 748. Com efeito, a competência do Juiz das Garantias cessaria com a propositura da ação penal e atingiria todas as infrações penais (Art. 15 do projeto).

Neste ponto, oportuno especificar que o próprio projeto de novo CPP apresenta ressalvas acerca da atuação do juiz das garantias no processo penal, consoante Artigos 16 e 748, I, abaixo transcritos:

Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observando-se o disposto no art. 748. (Grifou-se)

Art. 748. O impedimento previsto no art. 16 não se aplicará:

I – às Comarcas ou Seções Judiciárias onde houver apenas 1 (um) juiz, enquanto a respectiva lei judiciária não dispuser sobre a criação de cargo ou formas de substituição;

A doutrina que defende a separação das funções judiciais na persecução penal no Brasil fundamenta que a atuação do magistrado em fases preliminares de investigação criminal macularia sua imparcialidade⁴¹, influenciando, desta forma, na decisão final na ação penal. Por conseguinte, buscando-se à preservação da imparcialidade do julgador no processo, a ação penal propriamente dita (após a acusação) seria presidida por outro juiz que não tivesse tido qualquer contato com os fatos durante a investigação criminal.

Dessa corrente defensora da atuação de um magistrado na fase de inquérito policial, transcrevemos os ensinamentos de RANGEL (*ob. cit.*, p. 61-62):

⁴¹ A preocupação com a imparcialidade do juiz durante a fase processual da persecução penal é a questão principal levantada pelos doutrinadores que pregam a separação da atuação judicial em duas fases por meio a instituição do juiz das garantias para atuar na fase de inquérito e de outro juiz para officiar na fase de ação penal.

Pensamos que a prevenção ocorrida antes do oferecimento da petição inicial, como quer o Código, deve receber uma releitura à luz do sistema acusatório que quer, a todo custo, manter o juiz longe da persecução penal e, conseqüentemente, garantir a sua imparcialidade para que o deslinde da questão possa se dar de forma justa e garantista. Se o juiz se manifesta antes do oferecimento de denúncia, deferindo uma medida cautelar preparatória da ação penal, v. g., interceptação telefônica, eventual denúncia que for oferecida, não poderá ser distribuída perante esse juízo prolator do despacho autorizador da interceptação. A medida cautelar de interceptação telefônica somente foi deferida por não haver outro meio de prova (cf art. 2º, II, da Lei nº 9.296/1 996) e, nesse caso, a denúncia será oferecida com base nas provas que foram autorizadas pelo juiz que irá exercer o juízo de prelibação. Em outras palavras, o que se quer dizer é o seguinte: o juiz autoriza a interceptação telefônica e ela é feita com sucesso. O Ministério Público, agora, oferece denúncia, com base nesse meio de prova autorizado pelo juiz. Este vai exercer o juízo de prelibação da denúncia (juízo de admissibilidade da acusação) oferecida com suporte no meio de prova que ele mesmo autorizou. Ou seja, é como se o Ministério Público dissesse: "*Viu como V Exa. estava com a razão quando deferiu a medida de interceptação telefônica?*" O mesmo se diga da busca e apreensão realizada no domicílio do indiciado com autorização judicial e que, diante do material que foi apreendido, permitiu ao Ministério Público oferecer denúncia.

Diante da necessidade de se preservar ao máximo a imparcialidade do órgão jurisdicional é que defendemos a criação do "juiz de garantias", isto é, de um juiz que atuaria na fase do inquérito apenas para analisar os pedidos de medida cautelar real ou pessoal diferente do juiz que irá exercer eventual juízo de admissibilidade da pretensão acusatória. Um juiz que atuaria apenas na fase de investigação.

Encerrada a fase de investigação, seja através de inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, esse juiz sai de cena e eventual denúncia seria apresentada a outro magistrado, que não teve contato com a colheita das informações. A finalidade primordial é garantir que o julgador não se contamine com o que foi apurado na fase de colheita de informações para manter a imparcialidade e julgar apenas de acordo com o que está nos autos do processo".

No mesmo sentido se manifesta Eugênio Pacelli (*ob. cit.*, p. 62):

O juiz, a rigor, nem sequer deveria ter contato com a investigação, realizada que é em fase anterior à ação penal, quando não provocada, até então, a

jurisdição. Somente quando em disputa, ou em risco, a lesão ou ameaça de lesão a direitos subjetivos ou à efetividade da jurisdição penal é que **o Judiciário deveria - e deve - manifestar-se na fase investigatória, como juiz das garantias individuais, no exercício do controle judicial de legalidade dos atos administrativos**⁴².

Ainda, o mesmo autor registra o seguinte entendimento (*ob. cit.*, p. 272):

Do ponto de vista de um modelo processual orientado pelo princípio acusatório, no qual o papel do juiz não pode ultrapassar as fronteiras de sua necessária imparcialidade, o critério da prevenção até pode ser criticado, na medida em que a antecipação no conhecimento de alguma questão relevante no processo poderia já se cristalizar desde aquele primeiro momento.

No entanto, nada há na Constituição da República que exija a instituição de um juiz para a fase de investigação e outro para a fase de processo. Seria o ideal, como consta, aliás, do Projeto de Lei nº 8.045/11, elaborado por uma Comissão de Juristas que tivemos a honra de integrar, na condição de Relator-geral (o chama do juiz das garantias). Mas, não se trata de imposição constitucional.

Por último, PACELLI afirma que (*ob. cit.*, p. 891):

Em relação às medidas assecuratórias, houve significativas mudanças.

Observe-se, por primeiro, que poderá o juiz, de ofício, ou a requerimento do MP ou por representação da autoridade policial (caso em que será ouvido o MP em 24 horas), decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ainda que existentes em nome de terceiros (a lei fala em interpostas pessoas).

Pra variar a legislação brasileira ignora os mais elementares princípios do processo penal moderno. O juiz não é o senhor da persecução penal. Suas

⁴² Oportuno registrar que, na mesma passagem citada, PACELLI faz veemente crítica à atuação judicial de ofício na produção de provas durante a fase de investigação, consoante previsto no combatido Artigo 156 do CPP brasileiro, in verbis: “Por isso, inadmissível e inconstitucional, por violação ao princípio acusatório, a regra trazida com a Lei nº 11.690/08, que, dando nova redação ao art. 156 do CPP prevê a possibilidade de o juiz determinar, de ofício, diligências probatórias no curso da investigação criminal (art. 156, 1, CPP)”.

A propósito, prescreve o Artigo 156 do CPP: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

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; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)”.

altíssimas e relevantes funções não são compatíveis com a defesa de interesses preferencialmente acusatórios. Julgamos inválidas todas as normas que permitem ao magistrado a decretação de quaisquer cautelares de ofício, se na fase de investigação. Nessa fase, de inquérito policial ou de outra espécie de investigação administrativa, o juiz sempre deverá atuar como juiz das garantias individuais, zelando pela correta aplicação da lei e da tutela dos interesses da administração da justiça.

De modo que não se deve aceitar a iniciativa judicial, de ofício, da decretação das medidas assecuratórias. Tanto poderão provocar o magistrado nessa fase o Ministério Público quanto a autoridade policial, responsáveis diretos pela persecução penal. Inconstitucionalidade manifesta e que não temos dúvidas que será reconhecida nos tribunais. (grifou-se)

Ainda, nessa linha, MAYA⁴³ pondera não ser o reconhecimento da prevenção como causa de exclusão da competência, por si, só uma alternativa suficiente à otimização da garantia da imparcialidade. Segundo o autor:

Melhor resultado poderia ser alcançado com a adoção do instituto do juiz das garantias, consistente na atribuição exclusiva, a um determinado órgão jurisdicional, da competência para o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais na fase pré-processual, com a consequente exclusão da competência desse magistrado para a sequência da persecução penal sob o contraditório.

Por outro lado, parte dos juristas nacionais posicionam-se contrariamente à instituição do juiz das garantias no processo penal brasileiro como pretende o projeto de novo CPP.

Nesse sentido, ANDRADE, em obra destinada exclusivamente ao tema, intitulada Juiz das Garantias⁴⁴, analisa pormenorizadamente a evolução da proposição desta novel figura judicial no direito brasileiro, bem como estuda a acolhida do juiz das garantias pelo projeto de CPP (no Senado Federal). De tudo, o autor analisa os argumentos da doutrina e do Poder Legislativo favoráveis à instituição do juiz das garantias e conclui ser imprópria sua instituição ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como afirma que há contradições insuperáveis

⁴³ MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz das garantias. 2. ed. rev. E ampl. São Paulo. Atlas, 2014.

⁴⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. Juiz das Garantias. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2015.

no projeto em relação ao tema.

São analíticos os argumentos desenvolvidos pelo doutrinador na citada obra em contrariedade à instituição do juiz das garantias no Brasil. Por este motivo, faremos referência àqueles que mais se aproximam dos temas desenvolvido neste estudo, especificamente relacionados à imparcialidade judicial no processo penal e ao sistema acusatório.

Outrossim, ANDRADE registra na obra citada (p. 64-65), que:

(...) o juiz brasileiro não analisa o mérito, seja da conduta do sujeito investigado, seja da probabilidade de sua responsabilização, ao contrário do que ocorre no direito alienígena, e rechaçado pelo TEDH. A nós bastam os indícios de autoria e prova da materialidade, que não se confundem com nenhum daqueles critérios utilizados fora do Brasil. Isso leva a que o grau de cognição do juiz brasileiro seja infinitamente inferior ao buscado pelo juiz estrangeiro em relação a qualquer tema que tenha que decidir na fase de apuração.

(...) Por outro lado, ao critério do que se possa pensar, **o critério por nós utilizado – o de uma cognição superficial ou horizontal para o deferimento de medidas cautelares – não é equivocado.** Ele é utilizado na Alemanha, chancelado por ninguém menos que o TEDH, e acolhido pela ONU como modelo de atuação judicial, em especial à hora de atuar na fase de investigação, quando da análise de pedidos de prisão provisória. Grifou-se.

Na mesma obra (p. 72), ANDRADE assevera que “não há como o princípio acusatório ser utilizado como argumento válido para a criação do juiz das garantias”. Nesse sentido, o doutrinador critica um dos motivos determinantes para a quebra do princípio acusatório e o conseqüente impedimento do juiz da fase de investigação, posto pelo projeto de CPP, que seria o simples fato de o juiz receber a comunicação imediata da prisão ou a comunicação da abertura de uma investigação, por meio de dois ofícios encaminhados, como regra, pela polícia judiciária.

Da mesma forma, Miguel Reale Júnior posiciona⁴⁵ contrariedade ao juiz das garantias. Segundo o renomado doutrinador, “a figura do juiz das garantias, que instrui, e do juiz da causa, que julga, derivam da legislação estrangeira, na qual existe uma fase inquisitiva submetida a um juizado de instrução, ao contrário do

⁴⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. Revista do Advogado, São Paulo, nº 113, p. 101-111. Set 2011.

sistema secularmente adotado no Brasil em que há um inquérito policial conduzido pela polícia judiciária”. Assim, o insigne professor registra que:

O Projeto parte da suspeita de que o Juiz, ao conceder medidas cautelares, estará, por isso, comprometido com o seu ato de autorizar ou não autorizar escuta telefônica ou uma busca e apreensão. Com maior ênfase, surge a desconfiança de suspeita de um veredito condenatório futuro em face da decretação da prisão preventiva a ser devidamente fundamentada com base no reconhecimento de indícios de autoria e prova da materialidade do crime. No entanto, todavia, que o Juiz se vincule às suas decisões, precárias quanto ao exame da prova, de forma a estar comprometido com o que decidiu a ponto de se tornar parcial. Se assim for, o juiz que concede o pedido de interceptação telefônica estará predisposto a condenar independentemente do conteúdo das conversas que virão a ser captadas; e o que negou o pedido de interceptação tendente a rejeitar a denúncia ou absolver no processo a ser instaurado.

Ainda, registra-se que **o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da mesma forma que os doutrinadores acima referidos, ao analisar o projeto do novo CPP, adotou posição oficial divergente à instituição do Juiz das Garantias no sistema processual penal brasileiro.** Nesse sentido, o Conselho emitiu a Nota Técnica nº 10 de 17/08/2010⁴⁶. No parecer do CNJ, existe uma inviabilidade operacional, financeira e jurídica para a implementação desta função judicial no Brasil, considerando diversos fatores concretos como a ausência de estrutura judiciária necessária para tal (como juízes, servidores e serviços operacionais) e a barreira orçamentária financeira do Poder Judiciário. *In verbis*:

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

⁴⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Nota Técnica nº 10 de 17/08/2010. Projeto de Lei do Código de Processo Penal nº 156/2010 (Publicada no DJ-e nº 160/2010, em 01/09/2010, pág. 2-4). Disponível em: “<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos?documento=225>”. Acesso em 01/11/2016.

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 juízes e servidores, limitados que estão pela Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como no que tange ao gasto com deslocamentos e diárias dos magistrados que deverão atender 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 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.

De outra banda, parece-nos importante sinalar também, porque diretamente relacionado à atuação judicial no processo penal, tema de fundo deste estudo, que o **E. Supremo Tribunal Federal**, em julgamento proferido em 2008, ao apreciar o Habeas Corpus n.º 92.893/ES⁴⁷, por meio de seu tribunal pleno, **entendeu que a prevenção como forma de atração da competência judicial para atuar no feito não fere o sistema acusatório.**

Nesse sentido, a Suprema Corte brasileira registrou que ao atuar na fase de investigação – determinando a prática de atos necessários à elucidação preliminar dos fatos – o juiz somente se manifesta após a necessária provocação de terceiros (no caso a autoridade policial ou o Ministério Público) e sem se aprofundar no exame de questões fáticas presentes na investigação criminal. Outrossim, o STF

⁴⁷ Oportuno registrar a seguinte parte do voto do relator do julgamento, Ministro Ricardo Lewandowski: “No modelo acusatório adotado em nosso ordenamento processual penal, caracterizado pela publicidade, pelo contraditório, pela igualdade entre as partes e pela neutralidade do juiz – e que não se confunde com o processo inquisitivo adotado alhures -, quando o magistrado preside o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, um coordenador no que concerne à montagem do acervo probatório e às providências acautelatórias, agindo sempre por provocação, jamais de ofício. Não exterioriza qualquer juízo de valor acerca dos fatos ou das questões de direito, emergentes nesta fase preliminar, que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. (...) Não colhe, por, a afirmação dos impetrantes segundo a qual seria inconstitucional o parágrafo único do art. 75 do CPP, que estabelece a prevenção do magistrado que houver determinado qualquer diligência anterior à denúncia ou à queixa para o julgamento da ação penal”.

julgou que não há inconstitucionalidade no instituto da prevenção (consoante parágrafo único do art. 75 do CPP).

Por estas razões, **a Suprema Corte entendeu, neste julgamento, que o juiz que atua na fase de investigação poderá ser o mesmo a atuar na ação penal**, concluindo pela não adoção do juizado de instrução no Brasil, conforme ementa abaixo transcrita:

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 um *numerus clausus*. II - Não é possível, pois, interpretar-se 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. (STF - HC: 92893 ES, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 02/10/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-236 DIVULG 11-12-2008 PUBLIC 12-12-2008.). (GHrifou-se)

Estas são as posições jurídicas as quais entendemos importantes acerca do Juiz das Garantias no projeto de novo CPP.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estudamos no presente trabalho, precipuamente, a função do Juiz das Garantias no processo penal consoante prevê o projeto de novo CPP, que tramita atualmente na Câmara dos Deputados sob o número de Projeto de Lei n.º 8.045/2010 (PL 8045/10) e visa instituir significativas mudanças em todo processo penal brasileiro.

Ademais, devido à íntima relação com o tema principal do trabalho, pesquisamos também assuntos como as características e funções do processo penal, e os principais sistemas processuais penais vigentes ao longo do tempo, bem como comparamos o sistema brasileiro atual com as alterações propostas pelo projeto.

Fato é que o presente trabalho nos trouxe importante conhecimento sobre os temas estudados. Contudo, ficamos com significativa dúvida acerca da necessidade e adequação ao Ordenamento Jurídico Brasileiro do ator processual denominado Juiz das Garantias como prevê o projeto de novo CPP. Desta forma, o aprofundamento da pesquisa ou o desenvolvimento de outros trabalhos no tema, até mesmo com enfoques paralelos, se mostram extremamente relevantes a fim de aprofundar o conteúdo.

Assim, acreditamos que o objetivo geral da monografia foi alcançado. Primeiro porque conseguimos traçar um planejamento de pesquisa e escrita acerca do tema orientado. Segundo porque tivemos contato com obras de importantes doutrinadores do meio jurídico nacional referentes ao assunto, o que nos trouxe significativo conhecimento sobre o conteúdo abordado. Por isso, acreditamos ter desenvolvido um importante trabalho de final de curso, visto que referente a uma teoria ainda pouco explorada no meio jurídico nacional, o que demonstra a relevância da presente pesquisa, principalmente ao meio acadêmico do Direito.

Outrossim, consoante todo o estudado no presente trabalho, manifestamos a opinião (ainda incipiente) de que o Juiz das Garantias, conforme está previsto no projeto de novo CPP, não encontra adequação ao Direito Brasileiro e, também, não se mostra deveras necessário ao desenvolvimento de um processo penal justo. Ainda, acreditamos que a presente proposta vai de encontro aos anseios sociais de eficiência, efetividade e celeridade da persecução penal. Por conseguinte, entendemos que a proposta de novo *códex* processual penal merece reforma nesta

parte.

Isto porque, primeiramente, não verificamos dispositivo constitucional que possa servir de supedâneo ao Juiz das Garantias no Brasil, tratando-se de tema totalmente estranho ao nosso Ordenamento Jurídico. Ademais, o Poder Judiciário já possui a prerrogativa constitucionalmente assegurada de controle da legalidade do processo penal (e da própria investigação criminal), por meio de institutos como a inafastabilidade de jurisdição e o *habeas corpus*.

Ainda, adotamos a posição doutrinária que acredita que a imparcialidade judicial no processo penal não sofre máculas (no sentido de formação prévia da convicção judicial com tendência à condenação do acusado) simplesmente pelo fato de o juiz já ter tido superficial contato com os fatos durante a fase de investigação. Ademais, mesmo que casos isolados possam ocorrer nesse sentido, o próprio processo penal brasileiro já prescreve ferramentas necessárias ao controle da imparcialidade judicial por meio dos institutos da declaração/exceção de suspeição e impedimento prescritos nos Artigos 95, I e 112 do CPP atual.

Sinala-se que o novo CPP busca instituir no Brasil um sistema acusatório puro (consoante Artigo 4º do projeto). Nesse sistema, como visto, há concreta incidência do princípio acusatório, com nítida separação das funções no processo (acusar, defender e julgar), Tal medida preserva, por si, a equidistância das partes que o magistrado deve manter na ação, reforçando ainda mais os instrumentos de imparcialidade judicial e de garantia de observância aos princípios fundamentais processuais do investigado/acusado, consoante prescreve a CF88. Assim sendo, desnecessária também, sob esse enfoque, a instituição do Juiz das Garantias na fase de apuração.

Outrossim, acreditamos que o instituto da prevenção no processo penal é de grande importância para a eficiência da ação penal e da razoável duração do processo. Ademais, essa é a posição adotada pelo próprio STF quando do julgamento do HC 92893 ES.

Certo é que, na decisão desta causa, a Suprema Corte deixa claro o entendimento da inexistência do “Juizado de Instrução” no Brasil, considerando que o magistrado exerce apenas o papel de “administrador”, de “controlador” do inquérito policial no país, visto que este é impulsionado sobre a presidência do Delegado de Polícia, por força do Artigo 2º da Lei Lei 12.830/2013, e também controlado pelo Ministério Público (conforme Artigos 12 e 16 do CPP atual), porque

peça fundamental à formação da *opinio delicti* do titular da ação penal.

Também, devemos sopesar com preponderância, em decorrência do atual estado nacional de quase falência generalizada das contas públicas, que a instituição do Juiz das Garantias demandaria vultosas quantias de recursos públicos. Nesse sentido, o CNJ argumenta (Nota Técnica nº 10 de 17/08/2010) que o Poder Judiciário não possui estrutura (como juízes, servidores e serviços operacionais) e orçamento a fim de atender ao projeto neste ponto.

Por estes motivos, não se mostra necessário, a nosso ver, a particularização de um órgão judicial exclusivamente para acompanhar a fase de inquérito (estando este impedido de atuar na ação penal) e de outro para atuar no processo penal. Pelo contrário, tal medida, acreditamos, implicaria em maior complexidade processual, tornando a persecução penal mais demorada e dispendiosa.

Por todo exposto, entendemos que a proposta de instituição do Juiz das Garantias no processo penal vai de encontro aos anseios sociais de eficiência, efetividade e celeridade da persecução penal e não acarreta significativo incremento na proteção aos direitos e garantias individuais dos investigados/acusados.

Por outro lado, é certo que o aprimoramento desta legislação é essencial para a realização da Justiça em nosso país, mediante a garantia dos direitos dos investigados/acusados e o combate à criminalidade latente e à corrupção sistêmica que nos assola atualmente.

Assim, temos expectativa de que o Projeto de Lei n.º 8.045/2010 (PL 8045/10) seja aprovado no Congresso Nacional com as adaptações necessárias a fim de proporcionar à sociedade brasileira uma normativa processual penal que possa corresponder aos nossos anseios por instrumentos de persecução penal eficiente, capaz de proporcionar respostas céleres, efetivas e justas, realizando, desta forma, os propósitos da Constituição da República de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDRADE, Mauro Fonseca. Juiz das Garantias. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2015.

BECCARIA, Césare Bonesana, Marchesi di, 1738-1794. Dos delitos e das penas; tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4 ed. rev. Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Nota Técnica nº 10 de 17/08/2010. Projeto de Lei do Código de Processo Penal nº 156/2010 (Publicada no DJ-e nº 160/2010, em 01/09/2010, pág. 2-4). Disponível em: "<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos?documento=225>". Acesso em 01/11/2016.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de novo Código de Processo Penal (PL 8.045/10). Disponível em: "<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>". Acesso em: 15 setembro de 2016.

_____. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto. Brasília: Senado Federal, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus n.º 92893-ES. Relator: LEWANDOWSKI, RICARDO. Data de Julgamento: 02/10/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Dje-236, 12-12-2008. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=568515>. Acessado em 31-10-2016.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Manual de Processo Penal. 3ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 12ª ed. Saraiva: São Paulo, 2015.

LOPES Jr., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional). 4ª ed. rev. Atual. e ampli. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz das garantias. 2. ed. rev. E ampli. São Paulo. Atlas, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência. 17ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 6. ed. rev., atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. rev. e ampli. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 4ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016.

RANGEL, Paulo Direito processual penal. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. Revista do Advogado, São Paulo, nº 113, p. 101-111. Set 2011.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e trad. André Luis Calegari; Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

SOUZA, João Fiorillo de. A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Curitiba: Juruá, 2013.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 9.ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2014.

VELLOSO, Gustavo Pessanha. [et al.]. O novo CPP: propostas para uma efetiva reforma do Código de Processo Penal. Brasília: ESMPU, 2016. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/Novo%20CPP_final.pdf>. Acesso em: 01 agosto 2016.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003.