

III.A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

III. THE FIGURE OF THE GUARANTEE JUDGE IN THE PROJECT OF THE NEW CRIMINAL PROCEEDING CODE

Felipe Augusto Marinho da Silva¹

Patrícia de Paula Queiroz Bonato²

<i>Recebido em: 02/01/2019</i>
<i>Aprovado em: 01/07/2019</i>

RESUMO: O presente artigo tem como objeto de estudo a figura do juiz das garantias, prevista no Projeto de Lei nº 8.045/10 - Novo Código de Processo Penal. Trata-se de uma das grandes novidades previstas para a novel processualística penal e que provoca calorosos debates entre os doutrinadores, já que parte da doutrina reconhece o instituto como crucial no sistema acusatório, enquanto outros estudiosos alertam sobre as dificuldades que serão encontradas na implantação dessa figura no direito brasileiro. Modelo importado do direito estrangeiro (Itália, França), o juiz das garantias é um tema que merece maior atenção não apenas pela iminência de incorporação ao direito brasileiro, mas em igual medida porque se trata de um interessante instituto que busca equilibrar o sistema inquisitorial próprio das investigações preliminares e o sistema acusatório que rege o processo penal, o que possibilitará maior respeito às garantias constitucionais fundamentais dos acusados em juízo.

PALAVRAS-CHAVE: Investigação preliminar; Garantias do acusado; Novo Código de Processo Penal; Juiz das garantias.

ABSTRACT: The present article has as object of study the figure of the judge of the guarantees, foreseen in the Draft Law nº 8.045 / 10 - New Code of Criminal Procedure. This is one of the great novelties foreseen for the novel processualistic penal and provokes heated debates among the doctrinators, since part of the doctrine recognizes the institute as crucial in the accusatory system, while other scholars warn about the difficulties that will be found in the implantation of this figure in Brazilian law. The model imported from foreign law (Italy, France), the guarantee court is a subject that deserves more attention not only due to the imminence of incorporation into Brazilian law, but also because it is an interesting institute that seeks to balance the own inquisitorial system preliminary investigations and the accusatory

¹Aluno do curso de Direito da Faculdade de Educação São Luís, orientado pela Prof.^a Ma. Patrícia de Paula Queiroz Bonato.

²Advogada e professora de Direito da Faculdade de Educação São Luís. Mestra em Direito e Desenvolvimento pela FDRP/USP. Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP, campus Franca.

system governing criminal proceedings, which will allow greater respect for the fundamental constitutional guarantees of defendants in court.

KEYWORDS: Preliminary investigation; Defendant's guarantees; New Code of Criminal Procedure; Judge of the guarantees.

INTRODUÇÃO

O projeto de reforma do Código de Processo Penal pretende modificar o atual diploma no sentido de não mais permitir que o magistrado sorteado para julgar a ação penal tenha acesso aos elementos de informação da fase de investigação preliminar, via de regra materializados nos inquéritos policiais. A novel sistemática que se pretende instituir tornará o magistrado impedido de atuar na fase judicial caso tenha tido contato com tais meios de prova.

No vigente sistema processual penal brasileiro, não há nada que obsta o juiz de atuar na fase de investigação preliminar, quando provocado a decidir acerca de alguma medida cautelar, e, futuramente, vir a ser o julgador da referida ação penal. Essa situação é uma verdadeira herança inquisitória de nosso sistema, pois não se mostra capaz de garantir minimamente ao réu uma sensação de imparcialidade.

Trata-se, inclusive, de uma questão psicanalítica, do paradigma freudiano de inconsciência, que vai muito além do Direito: o magistrado, que anteriormente concedeu medidas cautelares como prisão preventiva, quebra de sigilo bancário, entre outras, buscará inconscientemente confirmar sua atuação prévia.

Diante disso, o Código de Processo Penal vigente é alvo de inúmeras críticas por parte da doutrina, que interpreta essa situação como criadora de potencial parcialidade do juiz, que formaria previamente o seu convencimento.

Segundo Mauro Fonseca Andrade,

O fato de o magistrado analisar uma série de questões na fase de investigação o levaria a formar juízos prévios (preceitos) em relação ao investigado. Por consequência, esse magistrado passaria a visualizar o investigado como se culpado fosse, antes mesmo do oferecimento da futura ação penal condenatória, da qual esse mesmo magistrado seria o próprio julgador³.

³ ANDRADE FONSECA, Mauro. **Juiz das Garantias**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 15.

No mesmo sentido, Aury Lopes Júnior⁴ entende que

A prevenção deve ser uma causa de exclusão da competência. O juiz-instrutor é prevenido e como tal não pode julgar. Sua imparcialidade está comprometida não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, mas pelos diversos prejulgamentos que realiza no curso da investigação preliminar.

Nesse contexto, o autor sugere a criação da figura do juiz das garantias no Brasil, entendendo que a função precípua do juiz seja a de julgar com imparcialidade, ao mesmo tempo em que atua como garantidor dos direitos fundamentais do investigado.

Se o Projeto de Lei nº 8.045/10 for aprovado, a figura do juiz das garantias afastará de uma vez por todas os questionamentos acerca do sistema processual penal que foi adotado no Brasil, eminentemente acusatório⁵, bem como dará um passo importante rumo à efetivação dos direitos fundamentais da defesa.

É certo que os debates ainda são calorosos, e a doutrina se mostra dividida, o que pode ser interpretado como decorrência da natural resistência humana a inovações, principalmente quando se trata de mudanças legislativas. Todavia, o próprio Senador que propôs o projeto do novo CPP, ao se referir à criação do juiz das garantias, logo adiantou que se trata de uma figura polêmica.

Diante disso, o estudo do presente artigo tem como objetivo realizar reflexões sobre esse novo sujeito processual, analisando os impactos que o juiz das garantias acarretará no sistema processual penal brasileiro.

1. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

No ordenamento jurídico pátrio, reconhecem-se ao menos três sistemas processuais penais, que são o sistema inquisitório ou inquisidor, o sistema acusatório, e o sistema misto.

⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 176.

⁵ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das Garantias. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a.46 n. 183, julho/set. 2009, p. 90.

1.1 SISTEMA INQUISITÓRIO

O sistema inquisitório está vinculado a um período histórico da sociedade, de origem romana, que avançou até a Idade Média por meio da Igreja Católica. O processo inquisitivo foi adotado em grande parte do continente europeu⁶.

Uma das principais características do processo inquisitório é a unificação das funções de produzir provas, acusar e julgar em uma única pessoa, no caso o juiz; seria a atuação de um só personagem, impondo seus fundamentos e vontades sem respeitar princípios como contraditório e imparcialidade. Não há as normas de igualdade e liberdade processual, de modo que quase nenhuma proteção é resguardada ao acusado.

O sistema inquisitivo é eminentemente sigiloso, não havendo publicidade, e o réu não passa de mero objeto da persecução, motivo pelo qual práticas como a tortura eram frequentemente admitidas como meio de obtenção de provas⁷.

Para Aury Lopes Jr, trata-se de uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado, uma espécie de duelo. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação⁸.

É evidente que o sistema inquisitório é profundamente indesejável no atual estágio de desenvolvimento a que chegamos, com a conquista de inúmeras garantias processuais explicitamente previstas na Constituição no bojo do Estado Democrático de Direito, uma vez que é incompatível com os princípios constitucionais que regem o processo penal, como o contraditório, ampla defesa, imparcialidade do juiz, juiz natural.

1.2 SISTEMA ACUSATÓRIO

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 78.

⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 81.

⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 98.

O sistema acusatório tem raízes na Grécia, em que os cidadãos participavam diretamente da função de acusar e de julgar. O sistema em vigor era o da ação popular para os delitos considerados graves, e acusação privada para os delitos menos graves⁹.

Esse sistema, antítese do inquisitório, exige a separação das funções processuais de modo a formar uma pirâmide, na qual o juiz detém a função de julgar com imparcialidade, garantindo assim os direitos fundamentais das partes, acusação e defesa, todos em pé de igualdade.

No sistema acusatório, as partes atuam em constante contraditório, o processo é público e passível de fiscalização pelo povo, as funções de acusar, defender e julgar estão atribuídas a pessoas distintas, e não sendo permitido ao juiz dar início à ação penal de ofício, ou seja, sem provocação da acusação ou do querelante¹⁰.

O sistema acusatório é o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, mesmo não sendo explicitamente previsto na Constituição Federal de 1988, segundo corrente doutrinária majoritária, tendo em vista os princípios e demais normas constitucionais e infraconstitucionais.

Nesse sentido, Julio Fabbrini Mirabete afirma que

No Brasil, a Constituição Federal assegura o sistema acusatório no processo penal. Estabelece “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art.5º, LV); a ação penal pública é promovida, privativamente, pelo Ministério Público (art.129, I), embora se assegure ao ofendido o direito à ação privada subsidiária (art.5º,LIX); a autoridade julgadora é a autoridade competente – o juiz constitucional ou juiz natural (arts. 5º,LIII, 92 a 126); há publicidade dos atos processuais, podendo a lei restringi-la apenas quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem¹¹ (arts. 5º, LX, e 93, IX).

O artigo 4º do projeto de lei nº 8.045 de 2010 dispõe 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”.

⁹ Op.cit, p. 93.

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 78.

¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 22.

A adoção do sistema acusatório é considerada um grande avanço em tema de garantias fundamentais, tendo em vista que o princípio acusatório é o que fundamenta a criação do juiz das garantias, conforme se verá adiante.

A intenção do novo Código de Processo Penal é a de preservação a imparcialidade do julgador, de modo que somente o Ministério Público e a polícia atuem na fase preliminar ao processo, e que outro juiz analise a legalidade das provas, bem como conclua pela presença ou não da justa causa penal.

1.3 SISTEMA MISTO

O sistema misto surgiu no ordenamento jurídico francês, ordenamento pioneiro na cisão das fases de investigação preliminar e judicial. Futuramente adotado por todo o mundo, é na atualidade o sistema mais utilizado na processualística penal de muitos países¹².

Fernando Capez leciona que há uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar com a produção probatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório¹³.

O sistema misto ou acusatório formal é aquele que se baseia na separação, em duas fases, do processo penal. Composto pela fase de investigação preliminar e posteriormente o processo judicial, representa a junção dos sistemas inquisitório e acusatório.

2. O DEVIDO PROCESSO PENAL SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

De acordo com o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, o Estado se obriga à prestação jurisdicional acessível a todos os cidadãos, com vistas à pacificação das relações sociais. No âmbito penal, a ação penal é a atividade que se desenvolve por meio do processo, instrumento técnico, ético, político e público de realização de justiça, com observância estrita das regras do devido processo penal.

¹² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 104.

¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 81.

O devido processo penal caracteriza-se como o conjunto de garantias fundamentais do acusado que devem ser observadas em todo o trâmite processual penal, tais como as do acesso à justiça, do juiz e do promotor natural e, especialmente, do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos pertencentes; tornar público os atos processuais penais; as decisões têm que ser motivadas; e a fixação de prazo razoável de duração do processo penal¹⁴.

Nesse sentido, a regra geral é a de que não haverá aplicação de pena sem o regular processo penal, que hoje deve ser entendido como uma verdadeira garantia do acusado de se defender das acusações contra ele formuladas, ou seja, dos fatos a ele imputados.

Desta forma, com a leitura das características do devido processo penal, conclui-se que ninguém poderá ter sua liberdade ou seus bens restringidos sem o devido processo penal.

Antes mesmo de sofrer qualquer sanção penal, o indivíduo tem direito a um processo criminal com a garantia de um juízo competente, independente e imparcial, correlação entre acusação e sentença, possibilidade de reexame, integral ou parcial, de atos decisórios desfavoráveis, ampla defesa, tanto material, como técnica e, principalmente, o não reconhecimento de culpabilidade senão quando transitada em julgado a sentença penal condenatória.

Importante destacar, nesse sentido, os ensinamentos de Aury Lopes Júnior, que acrescenta:

Quando se lida com o processo penal, deve-se ter bem claro que, aqui, forma é garantia. Por se tratar de um ritual de exercício de poder e limitação da liberdade individual, a estrita observância das regras do jogo 4 (devido processo penal) é o fator legitimante da atuação estatal. Nessa linha, os princípios constitucionais devem efetivamente constituir o processo penal. Esse sistema de garantias está sustentado – a nosso juízo – por cinco princípios básicos que configuram, antes de mais nada, um esquema epistemológico que conduz à identificação dos desvios e (ab) usos de poder¹⁵.

Nesse cenário, é certo que as regras do devido processo penal são autênticas garantias constitucionais e democráticas, referindo-se a direitos fundamentais das partes

¹⁴TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 67.

¹⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 154.

do processo penal, ou seja, o magistrado antes de aplicar qualquer pena tem o dever de garantir todos os direitos estabelecidos pela Constituição Federal para o acusado.

Por todo o exposto, deve-se entender a importância da forma para que se efetivem as garantias constitucionais da defesa, daí decorrendo a relevância do juiz das garantias que se pretende instituir no novo Código.

2.1 O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Os princípios informam o conteúdo das normas que regem o processo em seu conjunto, e em matéria processual penal estes são de suma importância, pois está em jogo a liberdade individual dos acusados em juízo. Na Constituição Federal de 1988 estão previstos vários princípios processuais penais, não havendo hierarquia entre estes. No âmbito da presente discussão, destaca-se o princípio do juiz natural.

O princípio do juiz natural não é apenas uma característica do juiz, e sim um verdadeiro requisito para sua atuação, que reflete no direito que cada cidadão tem de conhecer, com antecedência, a autoridade competente que irá processá-lo e julgá-lo, caso pratique conduta definida como crime pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro¹⁶.

O princípio do juiz natural está previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, especificamente em seu artigo 5º, inciso LIII, que dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

No mesmo sentido ensina Paulo Rangel¹⁷:

A constituição é clara em afirmar: ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, pois, assim dizendo, exige que todos os atos processuais (postulatórios, ordinatórios, instrutórios e decisórios) sejam presididos pelo juiz natural da causa.

¹⁶ Op.cit, p. 451.

¹⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 196.

Assim, o cidadão eventualmente envolvido numa persecução penal deve ser devidamente processado e julgado pelo juiz ou tribunal regularmente investido no exercício da jurisdição penal, que será selecionado por critérios de organização judiciária previamente estabelecidos.

O juiz natural não pode ser definido apenas após o oferecimento da denúncia ou queixa-crime, e sim no momento da prática do crime o juiz já tem que ser determinado. Sendo assim, vedado ao Estado manipular os critérios de competência, uma vez que a definição após o início do processo influenciaria na imparcialidade do julgador¹⁸.

Tradicionalmente, o princípio do juiz natural é estudado sob dois enfoques: objetivo e subjetivo. Pelo primeiro aspecto, reconhece-se a vedação de tribunais de exceção, bem como a exigência de regras de fixação de competência anteriores ao fato criminoso em si¹⁹.

Nesse contexto, eventuais modificações de competência em razão de normas posteriormente editadas, também as modificações previstas em lei, como o desaforamento e prorrogação da competência, são questões que não ferem o princípio do juiz natural, desde que se realizem seguindo devidamente o que foi previamente estabelecido em lei²⁰.

Os vedados tribunais de exceção não devem ser confundidos com os juízos especiais, determinados em virtude da natureza da ação penal, como a justiça eleitoral ou o juizado especial criminal, que apura delitos de menor potencial ofensivo, mas em qualquer das circunstâncias predomina o rigoroso princípio do juiz natural.

Quanto ao enfoque subjetivo, este consiste na imparcialidade em si do julgador, que não deve atuar no processo para o qual foi designado quando se considerar suspeito ou impedido.

3. A PERSECUÇÃO PENAL E AS GARANTIAS DO INVESTIGADO

¹⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 451.

¹⁹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 114.

²⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 114.

O Estado tem o direito-dever de iniciar a persecução penal (*persecutio criminis*) de indivíduos suspeitos da prática de conduta criminosa, a fim de solucionar casos concretos. Ao cabo da investigação, se existirem elementos que comprovem a materialidade delitiva, bem como indícios suficientes de autoria, ou seja, a justa causa, terá início a persecução penal em juízo.

A atividade do Estado denominada persecução penal apresenta duas fazes diversas, o da investigação e o da ação penal. A investigação preliminar, primeiro momento da persecução penal, é realizada precipuamente pela polícia judiciária, nos termos do art. 144 da Constituição Federal de 1988, mas hoje se reconhece a competência para o desempenho da atividade investigatória também do Ministério Público e demais órgãos, como se verifica nas Comissões Parlamentares de Inquérito, que são órgãos colegiados do Poder Legislativo.

No âmbito da investigação preliminar ao processo, em que pese o caráter inquisitório do procedimento, é fundamental que sejam preservados os direitos e garantias fundamentais do investigado, como os da dignidade da pessoa humana, contraditório diferido.

Inclusive, é possível na primeira parte da persecução penal o direito ao contraditório como primeiro momento de informação, no interrogatório policial, o investigado poderá exercer sua autodefesa positiva, expondo os fatos ou até mesmo permanecer calado (autodefesa negativa) e acompanhado de advogado, fazendo valer a defesa técnica. Poderá, também, postular diligências e juntar documentos como previsto no Código de Processo Penal, ou até mesmo impetrar remédios constitucionais como o habeas corpus e o mandado de segurança²¹.

3.1 O INQUÉRITO POLICIAL

Está previsto o inquérito policial no Código de Processo Penal em seu artigo 4º, que dispõe: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

²¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 337.

O inquérito policial pode ser definido como um conjunto de diligências efetuadas pela Polícia Judiciária para investigação de uma infração penal e sua autoria, para que executor do crime responda criminalmente em ação penal²².

Por conseguinte, deve-se observar as considerações de Fernando de Almeida Pedroso, que dispõe:

Cometido um fato definido na lei penal como crime, e tão logo lhe chegue a *notitia criminis*, instaura a Polícia Judiciária as investigações preliminares, através de inquérito, para que se colijam os primeiros elementos de prova que transluzem e dão contornos materiais ao delito perpetrado²³.

O inquérito policial, assim, é um procedimento administrativo pré-processual, tendo em vista o sujeito e a natureza dos atos praticados, cuja principal finalidade é apurar suspeita de práticas criminosas, com fornecimento de elementos probatórios.

As principais características do inquérito policial são: procedimento escrito, não pode existir uma investigação verbal; a autoridade policial garantirá o sigilo necessário à compreensão dos fatos; é uma atividade feita por órgãos oficiais, não concebendo a particulares; a instauração do inquérito não depende de provocação; é exigido por lei autoridade competente para presidir o inquérito; uma vez instaurado não pode ser arquivado de ofício pela autoridade policial e por derradeiro o inquérito policial caracteriza-se como inquisitivo, já que as atividades persecutórias concentram-se em uma única autoridade²⁴.

É válido dizer que o inquérito não é somente policial. É o que menciona o parágrafo único do artigo 4º do CPP, determinando que a competência da polícia não obsta a que outras autoridades administrativas; à vista disso, é permitido que outra autoridade administrativa em sindicâncias e processos administrativos apure os fatos ocorridos, e baseado nessas informações, seja oferecida a denúncia pelo Ministério Público²⁵.

²² SILVA, José Geraldo da. **O inquérito policial e a polícia judiciária**. 2 ed. São Paulo: Direito LTDA, 1996, p. 55.

²³ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal, o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.54.

²⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 118.

²⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 279.

Quando chamado para atuar no inquérito policial, o juiz não deve orientar a investigação e nem presenciar os atos praticados²⁶. Portanto, entende-se que o juiz na fase pré-processual tem uma atuação limitada, não podendo investigar e nem instruir a investigação, mas controlar a atuação da polícia judiciária e eventualmente do Ministério Público, bem como autorizar medidas cautelares pré-processuais.

O grande problema consiste em que o juiz, após a denúncia, terá contato com tais elementos de informação colhidos na fase de investigação preliminar, pois os autos de inquérito acompanham os autos do processo criminal, aqui residindo a principal crítica à sistemática atualmente adotada.

Ademais, caso alguma medida cautelar tenha sido autorizada pelo magistrado na fase pré-processual, é razoável questionar o potencial de parcialidade desse juiz quando, posteriormente, for julgar o caso.

3.2 DIFERENÇAS ENTRE ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO E PROVA

Os elementos de informação representam o conteúdo das investigações, constituindo-se em documentos e demais materiais²⁷. Neste norte, pode-se afirmar que os elementos de informação não se referem a uma certeza, mas sim a uma possibilidade; não está destinado à sentença, mas a fundamentar o recebimento da ação penal²⁸.

Desta forma, conclui-se que o inquérito policial em regra só produz elementos de informação, com reduzido valor probatório, tendo em vista ser um ato a que não se exige respeito ao contraditório ou oportunidade de ampla defesa.

A prova, por outro lado, é todo elemento fruto de atos praticados pelas partes, pelo juiz ou por terceiros, com o propósito de transmitir ao juiz a convicção em relação à existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação²⁹.

Urge destacar que as provas estão destinadas a convencer o juiz da veracidade de uma afirmação; fazem parte do processo penal; dirigem-se a formar um juízo de certeza,

²⁶ Op.cit, 281.

²⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.63.

²⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 323.

²⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 367.

servem à sentença; é obrigatório o respeito aos postulados da publicidade, contraditório e imediação e são praticados frente ao juiz que julgará o processo³⁰.

É viável ressaltar que a principal diferença entre elementos de informação e prova está no valor probatório que os dois atos possuem, como dispõe o artigo 155 do Código de Processo Penal:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

3.3 LIMITES AO CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ

No momento da sentença, o magistrado, respeitando princípio do contraditório, faz a sua análise das alegações das partes, bem como de todas as provas produzidas em juízo, elegendo os significados que lhe parecem válidos; o resultado nem sempre corresponde à verdade real, mas sim apenas ao seu convencimento, criado nos limites do contraditório e do devido processo penal³¹, e que obrigatoriamente deve ser motivado.

Pode-se afirmar que o juiz tem autonomia para constituição de seu convencimento, não ficando adstrito a critério de valoração prévia da prova, uma vez que poderá eleger livremente aquela que lhe parecer mais convincente³².

Porém, a liberdade no que se refere ao convencimento não o desobriga da fundamentação da decisão; embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá fundamentar as razões que o levaram a optar por determinada prova.

Ocorre que a liberdade de convicção motivada do juiz não é absoluta, tendo em vista que o convencimento do juiz não pode substituir a prova. Por mais honesta que seja sua opinião, a decisão deve ser considerada justa, com isso não se legitimando o mero decisionismo. A íntima convicção do magistrado deve respeitar o tempo do

³⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 322.

³¹ Op.cit, p. 589.

³² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 353.

processo, considerar o tempo da acusação, da defesa, da prova e do próprio ato decisório³³.

Portanto, conclui-se que o livre convencimento do juiz sofre algumas limitações que devem ser observadas, atuando como controle, para evitar abuso de poder.

4. O PROJETO DE LEI nº 8.045/10 E A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS

Apesar dos avanços observados na evolução legislativa em matéria processual penal no Brasil, é indiscutível que, em alguns aspectos, nossa processualística ainda careça de maior adequação aos preceitos constitucionais do sistema acusatório, na perspectiva de um processo que proporcione eficiência à aplicação da lei penal³⁴.

Para isso, uma comissão foi especialmente designada para elaborar o Projeto de Lei do Senado 156/2009, que tem a finalidade de reformar o Código de Processo Penal em seu todo, adaptando, com isso, a legislação aos atuais padrões democráticos originários da Constituição Federal de 1988.

Encerrado o trâmite legislativo no Senado Federal, atualmente o projeto do novo Código de Processo Penal encontra-se na Câmara dos Deputados, onde se converteu no Projeto de Lei 8.045/10. Assim, haverá a oportunidade de se debater verdadeiramente a principal inovação do projeto proposto, o polêmico juiz das garantias, sendo que na casa legislativa anterior só foi abordado aspectos secundários³⁵.

No vigente sistema processual penal brasileiro, muitos magistrados estão desviando o foco da sua correta função constitucional na primeira fase da persecução penal; alguns juízes atuam de forma ativa na investigação criminal, fazem reuniões com policiais antes de operações, decretam de ofício medidas assecuratórias, até chegam a sugerir que se requeiram prisões cautelares, não respeitando em momento algum os direitos fundamentais do investigado³⁶.

³³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 576.

³⁴ CASAGRANDE, Renato. A urgência de um novo Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 189-192, jul./set. 2009, p. 189.

³⁵ ANDRADE FONSECA, Mauro. **Juiz das Garantias**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 19.

³⁶ GOMES, Luiz Flávio. **O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2057647/o-juiz-de-das-garantias-projetado-pelo-novo-codigo-de-processo-penal>. Acesso em: 12 jul 2018.

Sendo assim, com o intuito de eliminar esses inconcebíveis desajustes, o projeto de Lei 8.045/10 prevê a figura do juiz das garantias, que terá como principal função a de fiscalizar o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais do investigado, na investigação criminal, preservando também o direito do Estado de investigar o fato e processar o autor do crime, nos termos do devido processo legal.

O legislador, com a criação do juiz das garantias, pretende distanciar o juiz que julgará o processo dos elementos de informação produzidos no inquérito policial, evitando assim a provável contaminação do magistrado diante de informações que não foram produzidas com o contraditório necessário e com ampla defesa. Com isso, o julgador não terá mais acesso aos autos do inquérito policial, garantindo a preservação do princípio acusatório e a otimização da atuação jurisdicional³⁷.

O juiz das garantias não atuará de ofício, mesmo que essa atuação for para beneficiar o acusado, exercendo assim a restrita função de terceiro entre as partes na investigação preliminar, atuando exclusivamente para garantir os direitos fundamentais mínimos durante a investigação, e também controlando a legalidade da própria investigação criminal³⁸.

Com fundamento nos motivos expostos, está regulado o instituto do juiz das garantias no capítulo II do projeto de Lei que reforma o Código de Processo Penal, começando com o art. 14, que traz um rol exemplificativo das principais atribuições, desenvolvidas com o objetivo de tutelar a legalidade da investigação preliminar e de monitorar os direitos individuais³⁹.

Em seguida, o art. 15 dispõe sobre dois pontos importantes, na primeira parte afirma que a competência do juiz das garantias não abrange as infrações penais de menor potencial ofensivo. Ademais, no mesmo dispositivo legal menciona-se que a competência do juiz das garantias cessa com a propositura da ação penal.

Merece ressaltar o que diz o art. 16 do projeto, do qual se conclui que o exercício das funções do juiz de garantias é causa de impedimento do magistrado para

³⁷ ANDRADE FONSECA, Mauro. **Juiz das Garantias**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2015, p.84.

³⁸ Op.cit, p. 86.

³⁹ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência do juiz das garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 204.

segunda fase da persecução penal, sendo o inverso a regra da prevenção, adotado pelo sistema processual penal vigente⁴⁰.

Portanto, com as adequações necessárias, o juiz das garantias aparentemente é de extrema importância para a solução referente à incompatibilidade entre a regra da prevenção e a garantia da imparcialidade do juiz no processo penal, sendo o responsável pelo controle da legalidade da investigação penal e garantidor dos direitos individuais.

Apesar dos aspectos positivos, parte da doutrina critica a recepção do juiz das garantias em nossa sistemática processual, especialmente no que tange à forma de sua implementação, especialmente devido à incoerência na segunda parte do caput do art. 15, que exclui da competência do juiz das garantias as infrações penais de menor potencial ofensivo⁴¹.

Outro ponto alvo de críticas importa ao que dispõe o § 1º do art. 15, que as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo, fica claro a possibilidade de contaminação do juiz pelos elementos de convicção produzidos no inquérito policial, uma vez que é o oposto a finalidade da figura criada pelo projeto.

Para evitar a contaminação do juiz do processo, as questões devem ser analisadas pelo juiz das garantias, somente depois de concluídas as diligências investigatórias é que seria o momento oportuno para o juiz decidir sobre o recebimento da denúncia⁴².

Vale destacar a questão das pequenas comarcas, nas quais existe apenas um juiz: o art. 748, I, do projeto destaca que não se aplica o impedimento do magistrado que atuar na investigação de ser o mesmo na seguinte fase do processo, enquanto a respectiva lei de organização judiciária não dispuser sobre a criação ou substituição.

Ocorre que, enquanto não regulada a situação pelos Códigos de Organização Judiciária dos Estados, continuará o mesmo procedimento do atual sistema, perdendo-se, assim, o principal efeito do juiz das garantias no projeto do novo Código Processo Penal.

⁴⁰ Op. cit, p. 206.

⁴¹ ANDRADE FONSECA, Mauro. **Juiz das Garantias**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 114.

⁴² MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência do juiz das garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 206.

Por derradeiro, merece comentário a problemática das instâncias recursais, tendo em vista que o art. 53 e seguintes do projeto arrolam situações que impedem o magistrado de atuar no processo; ocorre que, em nenhum momento, consta a situação do magistrado de segunda instância; após atuar no julgamento de recurso de questão incidente no inquérito policial, sendo assim, ele não estará impedido para atuar em eventual recurso na fase processual⁴³.

Assim, a dúvida recai sobre qual é o critério usado pelo legislador ao optar pelo juiz das garantias somente em primeira instância. Nesse sentido, o projeto é omissivo e trata de forma diferenciada juízes de primeira e segunda instância, garantindo assim a proteção ao princípio acusatório somente em primeiro grau.

4.1 MODELOS ESTRANGEIROS

O legislador pátrio, na formulação do projeto de lei em discussão no presente artigo, inspirou-se na legislação estrangeira de países como a Alemanha, Espanha, Portugal, França, Argentina e Itália, destacando-se este último⁴⁴.

É válido mencionar a reforma do Código de Processo Penal italiano em 1989, que até então era regido pelo fascista Código Rocco de 1930, o novo código adotou o sistema acusatório, separando as funções no processo, configurando uma relação triangular entre juiz, autor e réu, em antítese ao Código Rocco⁴⁵.

A principal inovação oferecida pelo código italiano se refere à figura do juiz instrutor, uma vez ele é substituído pelo juiz das garantias que não tem mais a função de realizar atos instrutórios e sim zelar pela legalidade da investigação e garantir os direitos fundamentais do acusado. Na Itália, o juiz das garantias é chamado de “juiz da investigação”⁴⁶.

Também a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos é de grande influência para a recepção do juiz das garantias no Brasil, sendo que há mais de 20 anos

⁴³ ANDRADE FONSECA, Mauro. **Juiz das Garantias**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 117.

⁴⁴ ANDRADE FONSECA, Mauro. **Juiz das Garantias**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 128.

⁴⁵ SILVA, Larissa Marila Serrano da. **A construção do juiz das garantias no Brasil: A superação da Tradição Inquisitória**. 2012. 118 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, p.56.

⁴⁶ Op. cit, p. 57.

vem se posicionando em sentido oposto ao do instituto da prevenção em vigor no sistema brasileiro⁴⁷.

Por tudo isso, nota-se que a proposta de implantação da figura do juiz das garantias no Brasil é fruto de legislações avançadas em matéria de processo penal, e se inspira em modelos estrangeiros que tiveram êxito ao afastar o juiz do processo dos elementos de informação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou a figura do juiz das garantias, uma das inovações mais controvertidas do Projeto de Lei nº 8.045/10, que nada mais é do que um juiz com competência exclusiva para atuar na fase da investigação preliminar ao processo.

Já tendo sido concluída a tramitação no Senado Federal, o referido projeto de lei atualmente está em andamento na Câmara dos Deputados, onde seguirá o trâmite legislativo até sua provável conversão em lei.

Fica evidente que o instituto em estudo precisa de modificações para melhorar sua implantação, principalmente no que tange aos juízes de segunda instância, onde se manteve a regra da prevenção. Em razão disso, há a necessidade de um avanço no projeto, que deveria estender o juiz das garantias também à segunda instância.

Os Tribunais, principais críticos da inovação, alegam razões de ordem orçamentária como dificuldades a serem vencidas na implantação do novel instituto. Contudo, mesmo com todas as dificuldades para a implantação dessa novel figura em nosso sistema penal, todo o esforço é válido para que ela se concretize em todas as comarcas do Brasil, bastando para isso apenas uma gestão orçamentária responsável e criativa, que aproveite os juízes em comarcas próximas, por exemplo.

Sendo assim, conclui-se que o juiz das garantias representa uma verdadeira evolução em nosso sistema processual penal, pois possibilita maior eficácia, ou seja, em processo penal, imparcialidade do juiz, cumprindo com isso a principal finalidade do processo penal: a de ser precipuamente uma garantia ao acusado.

⁴⁷ ANDRADE FONSECA, Mauro. **Juiz das Garantias**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 20.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vademecum acadêmico de direito Rideel**. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASAGRANDE, Renato. A urgência de um novo Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 189-192, jul./set. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2057647/o-juiz-de-das-garantias-projetado-pelo-novo-codigo-de-processo-penal>. Acesso em: 12 jul 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência do juiz das garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal, o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, José Geraldo da. **O inquérito policial e a polícia judiciária**. 2 ed. São Paulo: Direito LTDA, 1996.

SILVA, Larissa Marila Serrano da. **A construção do juiz das garantias no Brasil: A superação da Tradição Inquisitória**. 2012. 118 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das Garantias. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a.46 n. 183, julho/set. 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.