

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito

A CONSTRUÇÃO DO JUIZ
DAS GARANTIAS NO BRASIL:
A Superação da Tradição Inquisitória

Larissa Marila Serrano da Silva

Belo Horizonte

2012

Larissa Marila Serrano da Silva

**A CONSTRUÇÃO DO JUIZ
DAS GARANTIAS NO BRASIL:
A Superação da Tradição Inquisitória**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Sérgio Luiz Souza Araújo.

**Belo Horizonte
Faculdade de Direito - UFMG
2012**

Larissa Marila Serrano da Silva

**A CONSTRUÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL: A Superação da
Tradição Inquisitória**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Componentes da banca examinadora:

Doutor Sérgio Luiz Souza Araújo (Orientador) - UFMG

Belo Horizonte, de agosto de 2012

À minha família, meu norte, meu alicerce.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Sérgio Araújo, que me instigou a ampliar os horizontes e buscar novas perspectivas para a realização deste trabalho.

Ao Fabio, a quem agradeço desde o meu primeiro trabalho acadêmico, ainda na graduação, e que até hoje me acompanha, me acolhe e me incentiva.

A meus amigos, Gabriela Dourado, Isolda Lins, Thiago Lauria, Leonardo Marino, Lucas Martins e Rodrigo Silveira, que dividiram comigo seus conhecimentos e contribuíram de maneira relevante para a elaboração deste trabalho.

À querida amiga Renata Furbino, que me mostrou a mágica relação entre a literatura, a história e o processo penal.

À Gisela Ceschin e Juliana Depieri, irmãs que a vida me trouxe.

À minha avó, tias e tios, que mesmo distantes fisicamente sempre me apoiaram.

A todos que transformaram meu lancinante solilóquio em um árduo debate acadêmico que culminou na apresentação desta dissertação.

RESUMO

O presente estudo explora os elementos que traçam os contornos da nova figura do juiz das garantias, prevista no Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Para tanto, examina-se o papel exercido pelo juiz na fase de investigação preliminar ao longo de toda a trajetória do processo penal brasileiro. Esta pesquisa permite identificar a herança legal e cultural legada pela tradicional figura do juiz inquisidor, presente em quase quatro séculos da nossa História. Conhecendo-se a tradição, procura-se superar a influência inquisitória e orientar a construção do novo juiz da investigação, compreendido como garantidor dos direitos fundamentais, atendo-se às premissas do modelo constitucional acusatório. Analisa-se, ainda, a base ideológica da nova figura que está, em grande medida, inserida nas legislações de países da Europa e da América Latina, que abandonaram o juiz da instrução e instituíram figura semelhante à apresentada pelo anteprojeto. Ao final, a dissertação avalia a proposta brasileira e enfrenta os principais argumentos teóricos favoráveis e contrários à implantação desse novo personagem no cenário processual pátrio.

Palavras-chave: Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Juiz das garantias. Modelo acusatório.

ABSTRACT

The present study explores the elements that highlight the contours of the new figure of the judge of guarantees provided for in the Bill of Reform of the Code of Criminal Procedure. To this end, the role of the judge in the preliminary investigation stage along the trajectory of the Brazilian criminal process is investigated. Such research allows for the identification of the legal and cultural heritage bequeathed to the traditional figure of the judge as inquisitor, present in almost four centuries of our history. Aware of such tradition, the study aimed to overcome the accusatory influence and to guide the construction of the new investigation judge, understood as guarantor of the fundamental rights, bound to the assumptions of the accusatory constitutional model. It also aimed at examining the ideological basis of the new figure which is, to a large extent, inserted in the legislations of European and Latin American countries, who have left the judge of instruction and have instituted a similar figure to the one presented by the Bill of reform. Finally, the thesis evaluates the Brazilian proposal and confronts the main theoretical arguments in favor and against the deployment of this new character in the procedural scenario of the homeland.

Keywords: Bill of Reform of the Code of Criminal Procedure. Judge of guarantees. Accusatory model.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

Art.	Artigo
Cap	Capítulo
CPP	Código de Processo Penal
PLS	Projeto de Lei do Senado
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
Tít	Título

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O JUIZ E A INVESTIGAÇÃO: DA INQUISITORIEDADE À ACUSATORIEDADE NA TRAJETÓRIA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	14
2.1 Das inquirições devassas.....	16
2.2 As Ordenações Afonsinas.....	18
2.3 As Ordenações Manuelinas.....	21
2.4 As Ordenações Filipinas.....	22
2.5 O Código de Processo Criminal do Império.....	28
2.6. A Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841, a primeira reforma do Código Criminal do Império.....	32
2.7 A Lei nº 2.033 de 1871, a segunda reforma do Código Criminal do Império.....	35
2.8 Código de Processo Penal em vigor: Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941.....	39
2.9 Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal.....	43
3 JUIZ DE INSTRUÇÃO E O JUIZ DAS GARANTIAS: UMA DELIMITAÇÃO NECESSÁRIA.....	45
3.1 O modelo de investigação preliminar judicial: o juiz de instrução.....	46
3.1.1 França.....	47
3.1.2 Espanha.....	49
3.2 O juiz como garantidor dos direitos individuais: a figura do juiz das garantias no modelo processual dos países da Europa e América Latina.....	51
3.2.1 Alemanha.....	52
3.2.2 Portugal.....	53
3.2.3 Itália.....	56
3.2.4 Paraguai.....	59
3.2.5 Argentina.....	61

4 ESTRUTURAÇÃO TEÓRICA E LEGISLATIVA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL.....	64
4.1 O juiz das garantias e o sistema acusatório.....	66
4.1.1 Sistema acusatório.....	67
4.2 Ausência de iniciativa investigatória do juiz.....	70
4.3 Preservação da máxima imparcialidade.....	72
4.3.1 Da imparcialidade do juiz.....	74
4.3.2 A imparcialidade do juiz na doutrina do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.....	76
4.3.3 Inconsistências do anteprojeto.....	82
4.3.3.1 A possibilidade de o juiz do processo decretar medida cautelar e não ser considerado imparcial.....	83
4.3.3.2 A exclusão da figura do juiz das garantias nos casos de competência dos juzizados especiais.....	85
4.3.3.3 Diferença de tratamento quanto à regra de impedimento no caso da ação penal originária.....	87
4.3.3.4 Problemática das instâncias recursais.....	87
4.3.3.5 Não previsão de competência do juiz das garantias para o recebimento da denúncia.....	89
4.4 Otimização da jurisdição criminal: o fator especialização.....	90
4.4.1 Problema estrutural nas pequenas comarcas.....	93
4.5 (Im)propriedade do nome proposto: terminologia equivocada?.....	101
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	104
REFERÊNCIAS.....	109

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história processual penal brasileira o juiz assumiu várias posturas de atuação na investigação preliminar¹.

Por quase quatro séculos prevaleceu no Brasil a figura do juiz inquisidor, ao qual se conferiu amplos e irrestritos poderes de investigação, no exercício promíscuo das funções policiais e judicantes.

Esse cenário só começou a ser mitigado em 1871, com a efetiva separação entre as aludidas funções, proposta pela Lei 2.033. Criou-se neste momento o inquérito policial atribuindo sua presidência à autoridade policial.

Essa divisão estrutural foi mantida e definitivamente delineada pelo Código de Processo Penal de 1941, vigente até os dias de hoje.

Apesar do juiz não mais comandar as investigações ainda lhe são facultados certos poderes que revelam a permanência de resquícios inquisitoriais como, por exemplo, a determinação, de ofício, da produção antecipada de provas (art. 156, I), do sequestro (art. 127, CPP) ou de buscas domiciliares (art. 242, CPP). Até bem pouco tempo ele poderia ordenar, também de ofício, a prisão preventiva em qualquer fase do inquérito policial.²

¹ Utilizar-se-á indistintamente as expressões investigação preliminar investigação criminal e instrução preliminar para designar a atividade investigativa prévia ao processo. Registra-se que Aury Lopes Júnior (2001, p. 30) entende que a expressão “instrução preliminar” é a que possui maior rigor científico. Justifica-se aduzindo que “o primeiro vocábulo – instrução- serve para aludir ao fundamento e à natureza da atividade levada a cabo, isto é, a apuração de dados fáticos e elementos de convicção que possam servir para formar a *opinio delicti* do acusado e justificar o processo ou não processo. Também reflete a existência de uma concatenação de atos logicamente organizados: um procedimento. Ao vocábulo instrução deve-se acrescentar outro - preliminar - para distinguir da instrução que também é realizada na fase processual.” Contudo, o próprio autor rende-se à tradição e utiliza no título de seu livro o termo investigação preliminar.

² Ressalte-se que ainda hoje não é raro encontrar juízes que participam ativamente da investigação policial, agindo como verdadeiros investigadores. Em 2009 o Superior Tribunal de Justiça anulou todos os atos realizados pelo juiz que promoveu o interrogatório do acusado ainda na fase pré-processual. A ministra Jane Silva afirmou que “permitir que o juiz se imiscua nas funções do Órgão Acusatório ou da Polícia Judiciária é entregar-lhe de vez a gestão da prova, é retornar ao sistema inquisitivo, responsável por tantas atrocidades contra o homem acusado da prática de crimes.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 23.945. Relatora: Ministra Jane Silva. Órgão julgador: Sexta Turma. Data da publicação da decisão: 16/03/2009.)

Para romper com o legado inquisitorial presente em nossa legislação e instituir de maneira definitiva o modelo acusatório está em discussão no Congresso Nacional, desde 2009, um novo Código de Processo Penal.

Como ponto central para adequação do Código de Processo Penal ao referido modelo o anteprojeto de reforma propõe a criação de um novo personagem na cena processual penal brasileira; o juiz das garantias.

É sobre esta nova figura que o estudo se debruçará.

Caso implantado, o juiz das garantias mudará sensivelmente a atual estrutura do judiciário. Cria-se um juiz que não tem competência para o julgamento da causa, restringindo-se sua atuação à fase de investigação criminal.³

Ele surge com a missão de zelar pela legalidade da investigação e tutelar de maneira plena a observância dos direitos e garantias fundamentais, sendo-lhe vetada qualquer iniciativa investigatória.

Contudo, por mais alvissareira que seja a criação do juiz das garantias, esta inovação vem sofrendo forte crítica por parte da doutrina⁴ que alega ser ela onerosa e desnecessária.

Mas afinal, a criação deste novo juiz representa uma necessidade para a afirmação do modelo acusatório, ou deve ser considerado mero “luxo”⁵ ou capricho dos idealizadores do anteprojeto?

Buscando elucidar tal questionamento realiza-se, no primeiro capítulo, uma imersão na história do processo penal averiguando-se como a figura do juiz se apresentou ao longo da investigação preliminar no Brasil com o propósito de identificar a herança legal e cultural legada à nova figura.

Apresentados os contextos históricos penal brasileiro passa-se a examinar a base ideológica do juiz das garantias promovendo-se uma sucinta análise do modelo de investigação de países europeus e latino americanos, como Alemanha, Itália, Portugal e Paraguai, que adotam figura semelhante em seu ordenamento processual penal.

³ Esta restrição de atuação à fase de investigação é fortemente criticada, afirmando alguns autores, como Mota (2011), que um juiz que não julga é um meio juiz.

⁴ Como Abel Gomes e Mauro Andrade.

⁵ Está é a expressão utilizada no artigo escrito por José Campos Borges (2011).

Essa análise permitirá, também, traçar a diferença entre o juiz das garantias e o juiz instrutor, esclarecendo-se as confusões que surgiram na doutrina logo que o anteprojeto foi aprovado.

Por derradeiro, detém-se ao estudo pormenorizado do juiz das garantias, apresentando-se os diversos posicionamentos teóricos manifestados desde a elaboração do anteprojeto.

Demonstra-se que o tripé de sustentação, para justificar a implementação desta figura no Brasil, está fundado nos seguintes argumentos: a adequação da figura do juiz à estrutura acusatória proposta pelo Código, manutenção da imparcialidade do juiz da causa com o seu distanciamento dos elementos colhidos na investigação e otimização da atuação jurisdicional criminal.

Esmiuçado cada argumento, identificam-se as inconsistências apresentadas pelo anteprojeto, bem como os empecilhos encontrados para a implementação do juiz das garantias no Brasil, apontam-se as possíveis soluções.

2 O JUIZ E A INVESTIGAÇÃO: DA INQUISITORIEDADE À ACUSATORIEDADE NA TRAJETÓRIA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Este capítulo inaugural promove o resgate crítico⁶ dos fatos históricos com o fito de se identificar a herança legada ao juiz das garantias, compreendendo-se que a proposta de sua implementação no Brasil advém da necessidade de se adequar a função desempenhada pelo juiz na fase de investigação aos postulados do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal, rompendo-se com os ranços inquisitoriais remanescentes.

Para tanto, analisa-se evolutivamente⁷ a investigação preliminar e o papel do juiz nessa fase, indicando-se a legislação que os regulamenta e o ambiente histórico-cultural no qual estão inseridos.

Não se pode olvidar que é preciso, de antemão, estabelecer um recorte espacial e temporal com o propósito de não se incorrer em erro metodológico, evitando-se a tentação do recuo, da digressão desnecessária ao processo criminal dos hebreus ou dos gregos⁸.

Fixa-se como ponto de partida, para análise da investigação preliminar no Brasil, o estudo da legislação portuguesa⁹, que regulamentou a matéria, uma vez que nosso direito origina-se das instituições lusitanas.

⁶ Tem-se em mente que “conhecer a história não é somente conhecer a sucessão dos fatos, mas encontrar o fio que os liga” (CARNELUTTI, 1995, p. 52).

⁷ A palavra “evolutivamente” não está empregada neste texto no sentido de desenvolvimento linear, progressivo e crescente. Compreende-se que a história é feita de progressos e retrocessos relacionados ao processo de transformação humana. Como ensina Jacques Le Goff (1992, p. 14), “a crença num progresso linear, contínuo, irreversível, que se desenvolve segundo um modelo em todas as sociedades, já quase não existe”.

⁸ A humanidade caminha impregnada da experiência angariada ao longo do tempo, por isso não se pretende menosprezar o estudo do direito hebraico ou grego antigo. Para análise destes temas sugere-se a leitura dos artigos *O Direito Hebraico antigo* de Marcos Antônio de Souza e *O Direito Grego Antigo* de Raquel de Souza, ambos encontram-se no livro *Fundamentos da História do Direito*.

⁹ Esclarece-se que se optou por secionar o presente capítulo tomando como base as leis publicadas que traçam contornos à investigação preliminar para facilitar a compreensão de qual é a base de sua atual estrutura. Contudo, a divisão a partir da sistematização positiva não demonstra um desprezo aos fatos históricos, ao contrário, servirá para demonstrar a estreita relação entre a lei e o momento histórico de sua publicação.

Inicia-se a perquirição com a reestruturação da monarquia portuguesa, que se iniciou no século XIII, pois a partir desse momento começaram-se a afastar as jurisdições senhoriais e a delinear a organização judiciária e as regras processuais que posteriormente foram transplantadas para o Brasil¹⁰.

Como bem menciona Pierangelli (1983, p. 45), o fortalecimento de monarquia portuguesa “já surge com D. Afonso II, mas aparece mais nitidamente sob D. Afonso III, que subiu ao trono em 1248, quando então a lei passou a ser expressão exclusiva da vontade régia”.

A lei emanada pela figura desse “rei legislador” vai, paulatinamente, substituindo os usos e costumes, verificando-se o aperfeiçoamento da justiça régia.

A partir de D. Afonso III, “procurou-se organizar o sistema judiciário, de maneira a facilitar a todos a provocação da justiça pública” (PIERANGELLI, 1983, p. 50).

Instituíram-se, na primeira instância, os juízes das terras da Coroa e os juízes municipais, que eram eleitos, mas dependiam da confirmação do rei para exercerem suas funções.

Com D. Afonso IV - o rei que emitiu as primeiras leis gerais para o processo criminal português -, surgiram os juízes de fora, nomeados pelo soberano e que tiraram a jurisdição dos juízes eletivos¹¹.

Como será pontuado, a figura do juiz de fora perdurou por vários séculos, sendo sacramentada pelas Ordenações do reino de Portugal, que vigoraram no Brasil em matéria processual penal até 1832.

Em relação ao processo, percebe-se que a forte influência do Direito Canônico e do Direito Romano recaía sobre os institutos processuais, alterando-lhes as formas, transformando-lhes a índole e conferindo-lhes novas feições à estrutura.

¹⁰ Antes desse período a autoridade régia estava desrespeitada e o poder central enfraquecido “pelos desmedidos privilégios concedidos à nobreza e ao clero, com que se possibilitava opressões e espoliações de toda ordem” (PIERANGELLI, 1983, p. 45). Não havia uma justiça institucionalizada, prevalecendo a aplicação dos costumes nas jurisdições senhoriais.

¹¹ Foi ele o rei que principiou a mandar juízes de fora para residirem no lugar certo tempo. Por presumir o direito que, sendo estranhos, sem na terra terem parentes nem amigos, compadres e companheiros, podiam resistir às prepotências dos poderosos, castigar seus excessos, sem ficarem expostos à vingança dos mesmos poderosos, e assim fazem melhor justiça que os naturais das terras” (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 88)

Para entender a influência da Igreja na formação dos institutos jurídicos e o sistema inquisitório que dominou o continente europeu nesses séculos, passa-se a analisar o instituto que representava o modo de investigação em Portugal; as inquirições devassas.

2.1 Das inquirições devassas

As devassas originam-se em linha direta do procedimento inquisitório e servem como base para análise desse sistema¹².

Pereira e Souza (1820, p. 20) ensina que “a devassa era ignorada dos Romanos, valia entre eles a regra *sine accusatore nemo condemnari partes*”.

Foi Inocêncio III quem, no princípio do século XIII, introduziu o processo inquisitório e indicou um novo meio de iniciar qualquer procedimento, a *inquisitio*, objetivando facilitar a pesquisa dos crimes de heresia e reparar os costumes do clero.

Pode-se observar tal disposição nos *Decretales*, V, tít. I, cap. XXI e cap. XXX, que estatuíam: “*Tribus modis procedi potest: per accusationem, per denuntiationem, per inquisitionem*” (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 20).

A inquirição era a “investigação do crime, feita pelo próprio juiz, em vista da notoriedade do crime ou qualquer insinuação clamorosa” (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 78).

Afirma-se que se transfere a ação das mãos das partes para o juiz, delegando a este não apenas a competência para julgar, mas também a capacidade de dirigir e iniciar, de ofício, os atos da instrução.

¹² Os principais elementos apresentados pelo sistema inquisitório, de acordo com Andrade (2011, p. 347), são: “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, *noticia criminis* ou de ofício; c) o 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 legal, com sua divisão em prova plena e semiplena; j) para obtenção da prova plena, admite-se a tortura do imputado e de 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”.

O processo das *inquisitiones* não tardou a passar para a justiça secular e foram as *Decretaes*, produzidas por Inocêncio III, adaptadas para o foro de Portugal no início da monarquia, dando origem às devassas.

A Lei de 2 de dezembro de 1325, promulgada por D. Afonso IV, traçou as normas das inquirições devassas, assim concebidas:

Dom Affonso pella graça de DEUS Rey de Portugal e do Algarve. A todallas Justiças de meos Regnos, que esta Carta virdes, saúde. Bem sabedes como per mim he mandado que em todollos feitos de morte, que acontecer em vossos Julgados, filhades inquirições devassas, tanto que essas mortes forem feitas, para se saber a verdade, per qualquer guisa que essas mortes forem feitas, e nom desperecer justiça per algum passamento de tempo, que se poderia fazer. E porque acontece, que alguns nom morrem logo das feridas, que recebem, nem parece a vós, que de taes feridas devem morrer, nom filhades porem inquirições devassa, como essas feridas forem dadas (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 98-99).

O processo poderia ter início com a investigação *ex officio*. O juiz¹³, ciente da prática de uma infração penal, devia determinar a instauração de inquirição devassa, ou seja, “inquérito público para apuração da autoria” (PIERANGELLI, 1983, p. 52).

Na inquirição devassa dispensava-se a presença do investigado, que era mero objeto da investigação, procedendo-se à apuração do fato em sigilo.

Frise-se que foi a inquirição devassa que:

*Favorecendo os progressos do processo secreto e o procedimento das justiças, constituiu, depois, o instrumento de todo procedimento *ex officio*. E a denúncia, introduzida desde a jurisprudência dos forais, fez também cessar a intervenção do arguente no processo da instrução, concentrada, assim, inteiramente nas mãos do juiz (MENDES DE ALMEIDA, 1973, p. 53).*

As devassas tornaram-se, assim, um importante instrumento de repressão e manutenção da ordem, propiciando o crescimento do poder secular e eclesiástico. Essa expansão do poder é assegurada pela gestão da prova pelo juiz inquisidor, pelo procedimento secreto e sem a presença do acusado.

¹³ Lembre-se que esse juiz era nomeado pelo monarca.

O fortalecimento do poder do monarca e o desenvolvimento legislativo prosseguiram culminando na primeira codificação das leis de Portugal, as Ordenações Afonsinas, que mantiveram o instituto das inquirições¹⁴.

As Ordenações Portuguesas assumiram relevante papel no estabelecimento das instituições processuais e na estruturação judicial luso-brasileira, vigendo por todo o período do Brasil Colônia.

Seu estudo é, portanto, fundamental para se compreender os contornos legais da investigação preliminar e as regras de administração judiciária, como se demonstra a seguir.

2.2 As Ordenações Afonsinas¹⁵

Os antigos *foraes*, o Direito Romano e Canônico, juntamente com os costumes, eram as leis que regiam Portugal naquela época. Sua multiplicidade e complicação tornavam imperiosa a reunião dessas normas em um Código (COELHO DA ROCHA, 1851)¹⁶.

Por tal razão, foi proposto ao Rei D. João I que determinasse a reformulação e a compilação das leis que mereciam permanecer em vigor¹⁷.

Foi nomeado para desempenhar essa tarefa João Mendes, sendo as Ordenações concluídas no ano de 1446 e publicadas em nome D. Affonso V.

14 O período da compilação das leis foi particular, “já que se caracterizou como um momento em que o poder régio buscava seu estabelecimento, sendo projetada em um tempo de maior resistência real em relação ao uso de prerrogativas pessoais, além de caracterizar a ideia de unificação do reino sob a égide de identidade única”. Ressalte-se que “as mudanças suscitadas pela intensificação da normatização no reino português entre os séculos XII e XV foram sentidas por diversos setores da sociedade, que viram seus privilégios e prerrogativas sendo cada vez mais definidos por normas, que se pretendiam abrangentes a todo reino, bem como a centralização nas mãos do rei da instância última da resolução dos conflitos de ordem jurídica e, conseqüentemente, sociais” (LOURO, 2010, p. 49).

15 No *site* da Universidade de Coimbra podem-se consultar as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas na íntegra: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>; <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>; <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/>.

16 “A organização judicial, em franca ascensão, juntamente com outros processos, concorria para melhor administração da justiça e, a partir das Ordenações Afonsinas, pode-se perceber com mais clareza essa nova diretriz na formação do “Estado” (LOURO, 2010, p. 52).

17 O jurista português Nunes Espinosa Gomes da Silva (1991, p. 248) afirma que “substancialmente, as Ordenações Afonsinas constituem uma compilação, actualizada e sistematizada, as várias fontes de direito que tinha aplicação em Portugal”.

As Ordenações Afonsinas, coleção sistemática de leis mais antiga de Portugal, eram compostas de cinco livros, dos quais se destacam o Livro I e o Livro V.

A matéria inaugural, dada a sua importância para o estabelecimento do poder régio, versava sobre o delineamento da administração judiciária.

O Livro I destinava-se à regulamentação de todos os magistrados, desde o regedor das justiças e desembargadores do paço até os juízes ordinários, vereadores e de seus oficiais subalternos.

Por todo o reino havia, em geral, juízes ordinários que eram eleitos pelos homens bons e confirmados pelo rei ou pelos donatários¹⁸.

Superiores aos juízes estavam os corregedores das comarcas de nomeação régia.

Essa chancela do rei na escolha do juiz e sua competência para a nomeação dos corregedores das comarcas revela que os magistrados representavam uma extensão do poder do monarca e agiam de acordo com os interesses da Coroa, tudo bem engendrado para permitir a perpetuação do poder.

Como bem entendido por Arno Wehling (1986, p. 154), a justiça continuava a ser “um dos principais elementos de afirmação do poder real, cumprindo seu papel de aliciador de apoio do soberano, transversalmente aos diversos estamentos da sociedade”.

Ressalte-se que os juízes podiam, promiscuamente, exercer funções administrativas e judiciais; investigavam e puniam o mesmo fato.

Nessa perspectiva, ensina Almeida Júnior (1959, p. 120) que:

A polícia administrativa era confiada aos juízes e vereadores, assim como aos almotacés; a polícia judiciária era confiada aos juízes, que tinham como auxiliares os meirinhos, os homens jurados (homens escolhidos que juravam perante os conselhos cumprir os deveres de polícia) e os vintaneiros (inspetores policiais de bairros). A polícia noturna estava a cargo do alcaide das vilas; e, de dia, o alcaide devia proceder às prisões sempre com mandado do juiz.

¹⁸ A magistratura era anual, competindo a eles tanto as matérias cíveis quanto as penais.

Assim, o cenário punitivo se delineia. O juiz inquisidor concentrava os poderes de investigação, acusação e julgamento, aplicando penas severas e cruéis a quem atentasse contra os interesses e os preceitos do rei.

As penas e os procedimentos para sua aplicação estão disciplinados no Livro V dessa compilação.

Sedimentou-se a influência do Direito Canônico no processo criminal, “que era considerado entre as matérias que envolvem o pecado”¹⁹ (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 112).

Não havia a preocupação com a finalidade da pena, buscava-se conter os homens por meio do terror e do sangue.

Na imposição da pena reconhece-se a desigualdade do sistema feudal: aos nobres impõem-se sempre penas mais brandas que as dos plebeus (COELHO DA ROCHA, 1851).

Para indagação dos crimes, admitiram-se três modos de proceder: a acusação, a denúncia e a inquirição.

A acusação inscrevia-se pelo auto de querela, a denúncia se dava por meio de delação secreta e da súplica dos fracos e a inquirição, em regra, procedia-se de ofício²⁰ (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 112).

Assim, permanecem as inquirições com o seu procedimento secreto e de ofício, a cargo do juiz inquisidor, que, como visto, agia atrelado aos interesses do monarca.

A partir dessa compilação o processo assumiu contornos mais claros e uma marcha processual começou a ser definida, sendo as Ordenações Afonsinas marco importante para evolução legislativa do país, servindo de base para as outras Ordenações que a sucederam²¹.

¹⁹ Frise-se que se houvesse uma lacuna ou se não existisse texto, valia-se do Direito Canônico para supri-los.

²⁰ Exceto nos casos de injúria e outros casos leves respeitava-se a ordem do processo Ordinário.

²¹ Neste sentido, o jurista português Nunes Espinosa (1991, p. 249), aduz que “têm as Ordenações Afonsinas lugar primacial na evolução do Direito Português; efectivamente, as posteriores Manuelinas e Filipinas conservam o plano sistemático das Ordenações Afonsinas e mesmo quanto ao conteúdo, têm nelas fundamento”.

2.3 As Ordenações Manuelinas

Após cinquenta e nove anos da publicação das Ordenações Afonsinas, D. Manuel²² determinou sua revisão²³.

Esse trabalho de revisão e atualização findou-se em 1521²⁴, quando então foram promulgadas as Ordenações que levam o nome do rei.

As Ordenações Manuelinas mantiveram a divisão e o espírito da legislação anterior.

As principais modificações recaíram sobre o Livro I, que, como visto, disciplina a organização judiciária.

Criou-se um regimento para o Tribunal do Desembargo do Paço e surgiu o promotor da justiça, com suas funções de Ministério Público tanto na esfera cível quanto na criminal bastante realçadas (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 123).

D. Manuel também aumentou o número de juízes de fora, reduzindo consideravelmente a existência dos juízes ordinários, estabelecendo a magistratura como espinha dorsal do governo português.

No que diz respeito ao direito material e processual penal, houve pouca mudança, pois os institutos e procedimentos criminais já estavam bem-delineados.

Estabelecia-se que o processo criminal tinha lugar depois das querelas juradas ou depois da devassa ou depois da denúncia, em virtude das quais era preso preventivamente o acusado.

Ainda, “a escrita já estava bastante difundida e os tabeliães, inquiridores e outros oficiais da justiça eram auxiliares da justiça real” (PIERANGELLI, 1983, p. 59).

No magistrado ainda convergiam os poderes de polícia e judiciais, ele permaneceu investigando e julgando os casos penais²⁵.

²² Foi no reinado de D. Manuel que se deu o descobrimento do Brasil.

²³ Pierangelli (1983, p. 58) sugere quatro razões e motivos que teriam levado o monarca a ordenar a reformulação da compilação, entre os quais se destacam: a descoberta da imprensa e a necessidade de modernização do estilo, “evitando-se a transcrição fastidiosa das leis antigas, muitas das quais já revogadas ou em desuso”.

²⁴ Pierangelli (1983) salienta que em 1514 a obra já estava completa e impressa, mas a reforma não agradou o rei que mandou inutilizar todos os exemplares, restando apenas uma cópia na Torre do Tombo.

²⁵ D. João III, sucessor D. Manuel, apresentou leis determinando que os ouvidores e juízes de fora tirassem por si as devassas de casos mais graves.

As formas canônicas iam, assim, se introduzindo cada vez mais.

E não poderia ser diferente.

Em 23 de maio de 1536²⁶ expediu-se uma bula pela qual se instituía definitivamente a Inquisição em Portugal, sendo o Tribunal do Santo Ofício vinculado ao rei²⁷.

Enfatize-se que nesse período Portugal tinha uma marinha respeitável, que havia descoberto o caminho marítimo para a Índia e um novo território: o Brasil.

É justamente sobre a colonização do Brasil e a promulgação de uma nova legislação, as Ordenações Filipinas, que aqui vigoraram até 1832, que se discorrerá.

2.4 As Ordenações Filipinas

Como visto, quando da descoberta do Brasil, em 1500, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, que tiveram breve vigência em território nacional, logo sendo sucedidas pelas Ordenações Manuelinas, em 1521.

Por sua vez, as Ordenações Manuelinas foram substituídas pelas Ordenações Filipinas, em 1603²⁸.

²⁶ Para aprofundar o estudo sobre a história da inquisição em Portugal, recomenda-se a leitura do livro "História da Origem e Estabelecimento da Inquisição em Portugal" (19--), de Alexandre Herculano. O livro ilustra com maestria as atrocidades e as monstruosidades da inquisição. É como se pudéssemos sentir a dor da mãe judia que tem seu filho arrancado dos braços, o calor da fogueira, o cheiro da intolerância, da hipocrisia e do fanatismo e também ouvir os murmúrios de misericórdia. É possível analisar todos os atores, seus anseios, suas paixões, ambições e o papel que assumiram no desenrolar na história da inquisição. Observa-se todo o jogo de influência e interesse (corrupção-tolerância obtida pelo ouro) que circundam a instauração do tribunal do Santo Ofício em Portugal.

²⁷ "Embora fosse instituição religiosa, a Inquisição desde o início prestou-se a objetivos políticos. Na perseguição aos hereges, o Santo Ofício precisava do apoio do Estado e este, a seu turno, recorria ao Santo Ofício em suas perseguições políticas. Formou-se, assim, um conluio entre o Estado e a Igreja para melhor consecução de seus objetivos da união do poder temporal com o poder espiritual e resultou um imbatível bloco monolítico, garantia da manutenção do absolutismo e dos privilégios da Coroa, da nobreza e do clero" (LEITE, 2007, p. 141). Assim, infere-se que a monarquia e a Igreja aliaram-se contra um inimigo comum. A instauração da inquisição se deu em face dos inimigos da fé que, em governo católico, eram também os grandes opositores do monarca. Assim, pode-se afirmar que o Santo Ofício emergiu como máquina de controle poderosa e eficaz a serviço da Igreja e dos poderes dos monarcas.

²⁸ Destaca-se que as Ordenações Afonsinas nem foram efetivamente aplicadas em território nacional, pois a colonização do Brasil só foi determinada por D. João III em 1530. Foram formadas as 14 capitânias e doadas a 12 donatários que detinham a jurisdição penal e civil. Apenas em 1548 foi instituído o Governo-Geral no Brasil, entregue a Tomé de Souza. A administração da

Foram as Ordenações Filipinas que tiveram mais aplicação no Brasil e, para explicitar quais são as influências políticas e culturais nelas refletidas, faz-se uma sucinta contextualização do cenário português.

Em 1581, com a queda da Dinastia de Avis, o Rei da Espanha, Felipe II, assumiu o trono lusitano sob o título de Felipe I.

Ressalte-se que o Rei espanhol que acabara de assumir o poder era um político sagaz, que mandou refundir as Ordenações a fim de “mostrar aos portugueses o respeito que lhe mereciam as leis tradicionais do país e o interesse verdadeiramente nacional que as inspirava” (CRUZ, 1955, p. 395).

Para Pierangelli (1983, p. 62), a nova compilação era necessária, pois:

Após a coleção de Duarte Leão, a legislação continuou a aumentar exuberantemente, tanto nos reinados de D. Sebastião e de D. Henrique, como no do próprio Felipe I, sobretudo neste, que promulgou dois importantes diplomas legislativos: O Regimento da Relação do Porto e a Lei de Reforma da Justiça.

A revisão foi concluída em 1595, mas as Ordenações Filipinas só vieram a ser definitivamente promulgadas em 1603, sob o reinado de Felipe II.

Nas Ordenações Filipinas observa-se a preocupação com a atualização, conservando-se os ideais contidos na legislação lusa, mas modernizando a linguagem. Portanto, infere-se que a legislação espanhola pouco influi nas Ordenações Filipinas.

Ademais, enfatize-se o forte influxo da Igreja, que já se fazia presente nas Ordenações anteriores, mas que se tornou mais cristalina nessa codificação.

Essa influência pode ser ainda mais vivenciada no Livro V da aludida Ordenação, que permanecia versando sobre a matéria penal.

Realça-se que o crime ainda era confundido com o pecado e com a ofensa moral, punindo-se severamente os hereges, apóstatas, feiticeiros e benzedores²⁹.

justiça colonial começou a assumir traços mais delineados, como se verá, a partir da criação do Tribunal de Relação da Bahia, em 1609, já sob a vigência das Ordenações Filipinas.

²⁹ Impede destacar alguns crimes disciplinados no Livro 5, que demonstram a confusão entre pecado e crime, tais como os contidos nos títulos: **Tit. 3:** Dos Feiticeiros; **Tit. 4:** Dos que benzem cães ou bichos sem autoridade do rei ou dos Prelados; **Tit. 5:** Dos que fazem vigílias em Igrejas ou vódos fora delas; **Tit. 13:** Dos que cometem pecado de sodomia e com alimárias; **Tit. 14:** Do Infiel, que dorme com alguma Cristã, e do Cristão, que dorme com Infiel ; **Tit. 15:** Do que entra em Mosteiro ou tira Freira ou dorme com ela ou a recolhe em casa; **Tit. 23:** Do que dorme com mulher virgem ou viúva honesta por sua vontade; **Tit. 24:** Do que casa ou dorme com parenta, criada ou escrava branca daquele com quem vive; **Tit. 25:** Do que dorme com mulher casada; **Tit. 34:** Do

As penas eram as mais cruéis e visavam a incutir o temor pelo castigo severo, traduzindo um direito penal e processual penal despótico, autoritário e sanguinário.

Como se apresentará, esse sistema normativo desumano continuava apresentando regras processuais inquisitivas, consubstanciadas, sobretudo, nas inquirições devassas.

Frise-se que o Livro V das Ordenações Filipinas demonstra a forma como se manifestava o poder do monarca nas colônias, assumindo expressivo valor para a compreensão da época do colonialismo³⁰.

A aplicação de penas cruéis implicava algo mais importante do que estabelecer e fixar a verdade: significava reafirmar e reforçar a rede hierárquica que ligava todos os súditos ao rei e ao lugar de cada um nesse emaranhado de poderes, alçadas e jurisdições (SILVA, 2011).

Destarte, era estreita a relação entre o poder secular, a Igreja e a aplicação da lei, ao passo que, com a fixação de penas cruéis aos crimes (repelindo-se indiretamente o pecado), o Rei reafirmava seu poder na colônia, permitindo, assim, melhor controle dos atos dos que aqui habitavam.

Infelizmente, a aplicação da justiça na colônia se mostra bastante semelhante à nossa atual, visto a existência de distinções claras entre as classes sociais perante a legislação e a Justiça.

Consta-se que as Ordenações consagravam amplamente essa disparidade de tratamento entre classes sociais distintas ao crime, devendo o juiz aplicar a pena de acordo com a gravidade do caso e a qualidade de pessoa: “os nobres, em regra, eram punidos com multas; aos peões ficavam reservados os castigos mais pesados e humilhantes” (NORONHA, 2001. p. 56).

Desse modo, atesta-se que “a experiência político-jurídica colonial reforçou uma realidade que se repetia constantemente na história do Brasil: a dissociação entre a elite governante e a imensa massa da população” (WOLKMER, 2000, p. 49).

homem que se vestir em trajos de mulher ou mulher em trajos de homem e dos que trazem máscaras.

³⁰ Por ser o Livro V, justamente por conter as disposições penais e processuais penais, constituía-se como uma forma explícita de afirmação do poder régio. Na sua abrangência e no seu detalhamento, esse código foi um poderoso instrumento para a ação política do monarca, tanto em Portugal como nas terras colonizadas pelos portugueses (LARA, 1999, p. 147).

No que se refere à fase que precedia a denúncia, as Ordenações Filipinas mantiveram e deram forma às inquirições devassas.

Assevera-se que com essas Ordenações as devassas foram formalmente reguladas, constituindo um “instrumento, agora institucionalizado, de exercício do poder de inspecionar o empreendimento colonial” (MARTINS, 2010).

As devassas se davam de duas formas: as devassas gerais e especiais.

As devassas gerais recaíam sobre delitos incertos³¹. Ocorriam no começo do ano indagando-se a respeito da compra, venda ou empenho dos bens da Igreja, dos daninhos, dos ladrões formigueiros, do uso indevido de dom, do incesto entre pessoas comprometidas para casamento e demais casos ilustrados por Pereira e Souza (1820, p. 22-24).

As devassas gerais também poderiam ocorrer em determinados tempos. Por exemplo, nos meses de junho e dezembro se indagava das caças e pescarias, em junho até agosto da passagem do gado, para fora do reino (PEREIRA E SOUZA, 1820, p. 24).

Eram competentes para instaurar as devassas gerais os juízes de fora e ordinários, que poderiam instaurá-las ao seu alvedrio, sem provocação de outrem.

Por sua vez, as devassas especiais supunham a existência do delito de que só era incerto o agressor e se davam nos seguintes casos: homicídio, fogo posto, fuga de preso, arrombamento de cadeia, resistência, cárcere privado, furto de valia de marco de prata ou na estrada ou no ermo, entre outras³².

Lembra-se de que as devassas especiais deveriam terminar no prazo de 30 dias após o cometimento do delito, tendo seu início dentro de oito dias depois do sucesso, salvo nos casos de incêndio e no caso de prisão em flagrante. Neste último caso, a devassa teria seu início no mesmo dia da prisão.

A atribuição para instauração pertencia principalmente aos juízes do território onde o delito foi cometido.

Descreve-se o papel fundamental que as devassas assumiram no cenário jurídico do Brasil Colônia.

³¹ Como ensina Pereira e Souza (1820, p. 21), as “devassas geraes são perigosas, porque podem abrir a porta a calúnia e sacrificar à vingança victimas inocentes”.

³² Nas páginas 25 e 26, Pereira e Souza transcreve todas as hipóteses nas quais se admitia que as devassas especiais fossem tiradas.

Com um território extenso, com instrumentos de comunicação precários:

Onde notoriamente reinavam a arbitrariedade e o pouco respeito pelas leis, a única forma de se manter certo controle era realizar inspeções anuais, ou mesmo pontuais, como, por exemplo, no momento da substituição de um juiz de fora por outro. Este caráter espacial e temporal demonstra bem a aplicação das devassas gerais: em um extenso território (espaço) e com dificuldades de locomoção e comunicação (tempo) que, se ultrapassadas, poderiam encurtar o lapso temporal, as devassas só poderiam ser realizadas de forma não frequente, em períodos longos (30 dias) e com um largo tempo entre uma e outra (um ano, geralmente) (MARTINS, 2010).

Nota-se que no início da colonização as Ordenações Filipinas não chegaram a ser eficazes, em razão das peculiaridades reinantes no Brasil³³.

Os homens que detinham o poder estatuíam o direito a ser aplicado, o poder do governo findava-se na porteira das grandes fazendas.

Coadunando-se com a assertiva feita, destaca-se:

Em primeiro lugar, a constatação de baixa percentagem de conflitos resolvidos pelo sistema judicial oficial, tanto *ao nível* das primeiras instâncias, como *ao nível* das instâncias de recurso; o que apontava para a alargada vigência e eficácia social de outros sistemas de resolução de conflitos. Em segundo lugar, as disparidades regionais e epocais no recurso da justiça oficial, indiciando que este recurso estava condicionado por factores sociais que tanto encontravam no sentido do recurso aos tribunais como no sentido de uma redução dos conflitos no seio de instâncias autônomas de composição social. Finalmente a distinção, que se ia tornando clara, entre a litigiosidade formal e a conflitualidade social; o que contribuiu para ir estabelecendo a idéia de que uma forte conflitualidade social pode ser absorvida por processos autônomos de composição e não obter tradução nas estatísticas dos tribunais oficiais (HESPANHA, 1994, p. 441) (grifo nosso).

Sobre o poder desses potentados e de seus chefes políticos, discorre José Murilo de Carvalho (2002, p. 53), *verbis*:

³³ “Sem dúvida, a sistematização das leis representada pelas Ordenações, longe de significar uma estratégia de imposição de limites ao poder monárquico – como poderiam sugerir as Constituições escritas na monarquias constitucionais – correspondia antes a um processo de afirmação do poder real. Embora tal afirmação não tenha se dado de forma eficaz e imediata sobre todo o território do Reino e seus domínios ultramarinos, havia, de fato, por parte da Coroa, uma vontade nesse sentido. O próprio monarca carecia de instrumentos imediatos para uma brusca imposição de seu poder, pelo menos ao longo dos séculos XVI e XVII. Faltavam-lhe os meios institucionais, os meios humanos, o domínio efetivo do espaço e, inclusive, o monopólio dos próprios aparelhos de justiça. Para obter esse monopólio era necessário enfrentar, ou submeter, dois ou três polos concorrentes no seu exercício: o comunitarismo das justiças populares, baseadas nos usos e costumes das terras, e o corporativismo dos juristas; além, é claro, das formas de justiça senhorial” (BICALHO, 2000, p. 228).

A justiça do Rei tinha alcance limitado, ou porque não atingia os locais mais afastados das cidades ou porque sofria oposição da justiça privada dos grandes proprietários ou porque não tinha autonomia perante as autoridades executivas ou, finalmente, por estar sujeita à corrupção dos magistrados. Muitas causas tinham que ser decididas em Lisboa, consumindo tempo e recursos fora do alcance da maioria da população. O cidadão comum ou recorria à proteção dos grandes proprietários ou ficava à mercê do arbítrio dos mais fortes

Denota-se que o Poder Judiciário era considerado uma instituição longínqua para a maioria dos brasileiros, o que levava a classe dominada a buscar uma jurisdição privada, sob a proteção dos “homens bons” ou, em algumas hipóteses, abdicavam de qualquer forma de ordem e poder, partindo para a criminalidade³⁴.

Mas a Portugal não interessava o fortalecimento da jurisdição privada e, com o propósito de firmar sua posição no Brasil, em 1609 instalou o primeiro Tribunal de Relação no Brasil, na Bahia.

Como refere Silveira (2006, p. 102), a magistratura figurava como “importante insígnia metropolitana, fazendo com que a figura da Coroa se tornasse cada vez mais presente em seu território, conquistado com a definitiva instalação de uma corte judicial na localidade”.

Tornou-se a magistratura colonial “um aliado indissociável da Coroa para a manutenção do poder político na colônia” (SILVEIRA, 2006, p.102).

No transcorrer das décadas³⁵, com a vinda do rei de Portugal³⁶ para o Brasil, incrementou-se a estrutura jurídica nacional, passando as Ordenações Filipinas a serem cada vez mais impostas.

³⁴ Ademais, não era raro encontrar juízes absolutamente displicentes quanto à ciência legal, deparando-se os habitantes com um magistrado “ignorante e muito pobre, o que muitas vezes faz fazer aos homens o que não devem” (SCHWARTZ, 1979, p. 24).

³⁵ Em 1696 foram nomeados os primeiros juízes de fora do Brasil, designados para Bahia, Rio de Janeiro e Pernambuco. Em 1751 foi instalada a Relação do Rio de Janeiro, que era composta por 10 desembargadores, divididos em quatro Câmaras de dois ou três juízes. “Antes de começar a sessão, celebrava-se missa, pedindo luzes a Deus para que as decisões a serem tomadas fossem presididas pelo ideal de Justiça” (MARTINS FILHO, 1999).

³⁶ Temendo a invasão francesa, o Príncipe Regente D. João e a família real partiram de Portugal rumo ao Brasil, aqui ancorando em janeiro de 1808. D. João abriu os portos brasileiros às nações amigas. Expediu alvarás, entre os quais se destaca o de 26 de novembro de 1815 regulando o tempo e a jurisdição de cada um dos juízes ordinários das vilas. E em 16 de dezembro de 1815 elevou o Brasil à condição de reino, estabelecendo a mais completa autonomia das justiças (PIERANGELLI, 1983).

Ressalte-se que com a vinda da família real ao Brasil, em 1808, a Relação do Rio de Janeiro foi transformada em Casa da Suplicação para todo o Reino, com 23 desembargadores, criando-se, então, as Relações do Maranhão, em 1812, e de Pernambuco, em 1821 (MARTINS FILHO, 1999).

Mas não se pode esquecer que, ainda no período colonial, “sob o influxo das ideias liberais que se propagavam na Europa, tentou-se uma reforma do Livro V das Ordenações” (MARQUES, 1961, p. 95).

Um importante passo em direção aos anseios humanitários propalados pela Revolução Francesa é a extinção das devassas gerais, que foram abolidas pela Lei de 12 de novembro de 1821.

Em 1822, D. Pedro I proclamou a independência do Brasil e inaugurou um novo período histórico com grandes reflexos normativos, como a promulgação da Constituição do Império de 1824.

Abriu-se para o processo penal pátrio uma fase³⁷ de oposição às leis opressoras da monarquia portuguesa e aos perversos métodos do sistema inquisitivo.

2.5 O Código de Processo Criminal do Império

Como se viu, foi promulgada em 25 de março de 1824 a Constituição Política do Império, que transbordava os ideais humanitários que pulsavam no coração da nação, assentando as “garantias mais caras ao espírito liberal do século” (MARQUES, 1961, p. 96).

Era salutar criar leis inspiradas nesse anseio humanitário, pois não existia qualquer codificação no Império do Brasil, persistindo em matéria penal o obscuro Livro V das Ordenanças Filipinas.

E assim foi feito.

Diversas medidas processuais foram tomadas e o ato 81, de 2 de abril de 1824, impediu que o juiz da devassa julgasse o crime (PIERANGELLI, 2004, p. 87 e 347)³⁸.

A primeira alteração acentuada foi a publicação do Código Criminal do Império, em 16 de dezembro de 1830.

³⁷ Esse período, que só terminou em 1841, é marcante e decisivo na formação e história de nossas instituições penais. Graças a ele, perdurou, nas leis nacionais, um acentuado espírito anti-inquisitorial que nos preservou o processo pena de certos resíduos absolutistas, que ainda existem nos códigos europeus (MARQUES, 1961, p. 96).

³⁸ Essa decisão do governo assim dispunha: [...] “sem que jamais possa ser o Juiz da diligência que não é nem pode ser o competente para julgar “[...]. (PIERANGELLI, 1983, p. 342).

Logo após, em 1832, foi publicado o festejado Código de Processo Criminal³⁹, que representou um imenso salto do Livro V das Ordenações Filipinas.

Esse código modificou sensivelmente os contornos que o processo criminal assumira até então.

As devassas desaparecem definitivamente⁴⁰, sendo substituídas por um juizado de instrução sob o comando de um juiz de paz leigo e eleito⁴¹ (MENDES, 2008).

As querelas, assumindo nova forma, “passam a ser denominadas de queixas e a competir somente ao ofendido, seu pai, mãe, tutor, curador; a denúncia passa ou a ser o meio de ação do Ministério Público ou da ação pública de qualquer do povo” (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 175).

Realça-se que o procedimento penal ainda poderia ser instaurado mediante atuação *ex officio* do juiz.

De cunho liberal, a primeira legislação que versa sobre o processo penal no Brasil inclinava-se à:

Descentralização do judiciário com mais autonomia das províncias ao mesmo tempo em que buscava o ordenamento processual integrado regido pelo Estado Imperial, para, com isso, centralizar o aparato policial repressivo sob uma mesma estrutura legislativa como forma de impedir a fragmentação territorial do Império (ALMEIDA, 2007, p. 18).

Extinguiram-se os juízes de fora, as ouvidorias das comarcas e os juízes ordinários, bem como toda a jurisdição criminal que não fossem a do Senado, a

³⁹ A autoria do Código de Processo Criminal é de Manuel Alves Branco.

⁴⁰ Não se pode negar que esses quase quatro séculos de vigência da devassa no Brasil, de tortura, de estratificação social e de relações de dominação, promovidas pelo ordenamento jurídico, deixaram como herança uma marca indelével no processo penal e no inconsciente cultural brasileiro. Como bem realça Darcy Ribeiro (1995, p. 120): “A doçura mais terna e a crueldade mais atroz aqui se conjugaram para fazer de nós a gente sentida e sofrida que somos e a gente insensível e brutal, que também somos. Descendentes de escravos e de senhores de escravos seremos sempre servos da malignidade destilada e instalada em nós, tanto pelo sentimento da dor intencionalmente produzida para doer mais, quanto pelo exercício da brutalidade sobre homens, sobre mulheres, sobre crianças convertidas em pasto de nossa fúria. A mais terrível de nossas heranças é esta de levar sempre conosco a cicatriz de torturador impressa na alma e pronta a explodir na brutalidade racista e classista”.

Esclarece-se que o termo "inconsciente cultural" empregado neste texto é fruto da concepção de Joseph Henderson. Ele assinala que muito daquilo que Jung considerava pessoal hoje é percebido como culturalmente condicionado. Reconhece-se que muito do que era considerado coletivo é também culturalmente condicionado. “A cultura é assim resgatada, considerando-se sua influência tanto sobre os conteúdos mais subjetivos, quanto sobre aqueles compartilhados no campo social” (ARAUJO, 2012).

⁴¹ Como o voto era censitário, esses cargos acabaram sendo controlados pelos grandes proprietários locais.

do Supremo Tribunal de Justiça, a do Tribunal das Relações, as dos juizes militares e da Justiça eclesiástica (MENDES, 2008).

Nos termos dos artigos 151 a 164 da Constituição do Império⁴², o poder judicial contava com os juizes de direito⁴³ (que substituíram os juizes de fora), os juizes municipais, os juizes de paz⁴⁴, promotores de justiça e jurados⁴⁵.

O Código de 1832 regulamentou e complementou a estrutura.

Como mencionado, os juizes de paz⁴⁶ tiveram principalmente função investigativa como juizes de instrução, tanto na fase do oferecimento da denúncia ou queixa para o júri de acusação como na fase de instrução no procedimento ordinário.

Destarte, a investigação dos fatos, à qual se dava o nome de formação de culpa, foi entregue a um membro do Poder Judiciário, que era leigo e eleito e, portanto, além de ser alguém inserido na cultura local, ocupava esse cargo temporariamente respaldado pela legitimidade das urnas (MENDES, 2008, p. 159).

Frise-se que juizes ainda exerciam função investigativa que se imiscuía na função judicial.

Percebendo a necessidade de separação entre as funções judiciais e policiais, o próprio autor do referido Código, em sessão da Câmara dos

⁴² O Título 6º da Constituição do Império disciplinava o Poder Judicial que em seu capítulo único versava sobre os “Juizes e Tribunaes de Justiça”.

⁴³ Art. 153 Os Juizes de Direito serão perpetuos, o que todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros Logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar.

⁴⁴ Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum. Art. 162. Para este fim haverá juizes de paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei.

⁴⁵ Art. 152. Os jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei.

⁴⁶ Nos termos do art. 12 do Código de Processo Criminal competia os juizes de paz: § 1º Tomar conhecimento das pessoas, que de novo vierem habitar no seu Districto, sendo desconhecidas, ou suspeitas; e conceder passaporte ás pessoas que lh'o requererem. § 2º Obrigar a assignar termo de bem viver aos vadios, mendigos, bebados por habito, prostitutas, que perturbam o socego publico, aos turbulentos, que por palavras, ou acções offendem os bons costumes, a tranquillidade publica, e a paz das familias. § 3º Obrigar a assignar termo de segurança aos legalmente suspeitos da pretensão de commetter algum crime, podendo cominar neste caso, assim como aos comprehendidos no paragrapho antecedente, multa até trinta mil réis, prisão até trinta dias, e tres mezes de Casa de Correção, ou Officinas publicas. § 4º Proceder a Auto de Corpo de delicto, e formar a culpa aos delinquentes. § 5º Prender os culpados, ou o sejam no seu, ou em qualquer outro Juizo. § 6º Conceder fiança na fórmula da Lei, aos declarados culpados no Juizo de Paz. § 7º Julgar: 1º as contravenções ás Posturas das Camaras Municipaes: 2º os crimes, a que não esteja imposta pena maior, que a multa até cem mil réis, prisão, degredo, ou desterro até seis mezes, com multa correspondente á metade deste tempo, ou sem ella, e tres mezes de Casa de Correção, ou Officinas publicas onde as houver. § 8º Dividir o seu Districto em Quarteirões, contendo cada um pelo menos vinte e cinco casas habitadas.

Deputados do dia 9 de setembro de 1835, propôs uma reforma legislativa parcial, assim se manifestando:

O Código de Processo Criminal determinou, no art. 6, que um dos juizes de direito das cidades populosas, e por isso das capitais do Império, seja chefe de polícia. Mas sendo tão distintas as funções judiciárias e policiais, e exigindo em tais cidades cuidados e desvelos os mais assíduos, nem a razão nem a experiência abonam semelhantes disposições. E é esta a razão por que eu proponho que, nelas pelo menos, sejam separadas as duas funções (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 177).

Pontua-se que o Código do Processo Criminal configurou-se como estatuto legal imprescindível na representação do pensamento político do período regencial.

Ao contrário das tendências existentes, esse corpo legislativo fortaleceu os poderes locais, concentrando-os nas mãos dos juizes de paz, que, como visto, é eleito e não mais nomeado pelo rei, como o extinto juiz de fora.

Além disso, o Código foi responsável por fixar e harmonizar ideias e princípios próprios concernentes à aplicabilidade da justiça (ALMEIDA, 2007, p. 28).

Do ponto de vista político, o sistema adotado pelo Código de Processo Criminal de 1832 representou uma ameaça para os magistrados letrados e advogados da Corte, que tinham forte influência política no Império, e sua tendência de descentralização criou uma tensão entre o poder local e o poder central.

O Código evidenciou:

A política de Estado de cunho federalista dos regentes, porém, com instrumentação centrada numa única legislação. O debate atravessara todo o primeiro reinado e o período regencial, contrapondo liberais e conservadores de todos os matizes, entre as propostas de descentralização administrativa e a de concentração de poderes pelo governo central, com o cerne da questão voltado para reforma e reestruturação do sistema judiciário (ALMEIDA, 2007, p. 29).

Por outro lado, no cenário social passava-se por um período de intensos conflitos regionais. Em várias províncias eclodiram revoltas separatistas, como a

Cabanagem no Pará, a Sabinada na Bahia e a Farroupilha no Rio Grande do Sul.⁴⁷

Esses movimentos insurgentes demonstravam a “ineficácia do aparato jurídico e policial como instrumento de contenção de conflitos internos, quando à mercê de interesses e disputas em nível local”, traduzido na política regencial de concessão de poder às províncias (ALMEIDA, 2007, p. 16).

Evidenciando as disputas políticas entre os liberais e os conservadores e em resposta aos conflitos regionais, foi feita a primeira alteração substancial no Código Criminal de 1832, que se deu com a publicação da Lei de 3 de dezembro de 1841.

Essa lei propiciou ao governo imperial meios para refrear a desordem e fixar a sua autoridade em todo o território nacional.

2.6 A Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841, a primeira reforma do Código Criminal do Império

Como já narrado, diante da conjuntura política e social, em 3 de dezembro de 1841 foi aprovada a Lei de Reforma do Código do Processo Criminal, que foi idealizada e redigida por Bernardo Pereira de Vasconcelos.

A Lei de 3 de dezembro de 1841 e seu Regulamento 120 de janeiro de 1842 representaram uma vitória do partido conservador e imprimiram novos contornos à organização policial e judiciária do Império.

A lei impulsionou o movimento centralizador do Império, evidenciando mais controle por parte do poder central sobre o regional⁴⁸.

⁴⁷ “Apesar de terem se desenrolado mais ou menos na mesma época, as revoltas que explodiram em quase todas as províncias do Brasil, entre 1830 a 1850, não se enquadram em uma mesma moldura”. A Cabanagem, explosiva insurreição popular contra a nomeação dos presidentes da província impostos pelo poder central, ocorreu entre janeiro de 1835 a abril de 1836 na cidade de Belém, espalhando-se pelo Baixo Tocantins e até pelo Amazonas. A Sabinada foi uma revolta urbana e separatista, de inspiração republicana que ocorreu na cidade de Salvador entre novembro de 1837 a março de 1838. Por fim, destaca-se que a Revolução Farroupilha, também conhecida como guerra dos Farrapos, foi a mais duradoura e violenta. O conflito iniciou-se em setembro de 1835, com a tomada de Porto Alegre pelos rebeldes e terminou apenas em 1845, com um tratado de paz. Há várias versões sobre as razões que impulsionaram a eclosão dessa revolução. Para a maioria ela foi provocada “pelo centralismo rapinate do Império, que sobretaxa o principal produto gaúcho, o charque. (BUENO, 2010, p. 194 -199)

O discurso conservador de necessidade de centralização prevalece em detrimento das garantias conquistadas na Constituição do Império.

As principais inovações por ela introduzidas, com reflexo direto na investigação preliminar, foram: a) criação de um chefe de polícia, com delegados e subdelegados necessários, os quais, sob proposta, seriam nomeados pelo Imperador; os chefes de polícia seriam escolhidos entre os desembargadores e juizes de direito e os delegados e subdelegados entre quaisquer juizes e cidadãos; b) restrição de todas as atribuições dos juizes de paz, outorgando às autoridades policia funções não só policiais como judiciárias (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 192).

Instalou-se, assim, um policialismo arbitrário, pois a lei conferiu à polícia atribuições judiciárias. Nota-se que a investigação é atribuída não mais ao juiz de paz, e sim a delegados do chefe de polícia⁴⁹.

A investigação penal passou a ter “uma fase pré-judicial preliminar para a ‘formação da culpa’ que servirá como base à propositura da ação penal (MENDES, 2008, p. 161).

No dia 31 de janeiro de 1842 foi baixado o regulamento nº 120 para execução da parte policial e criminal da Lei de 3 dezembro de 1941. Esse regulamento apresentou a diferenciação entre a polícia administrativa e a judiciária.

Hélio Tornaghi (1977) adverte que essa distinção só se fez por meio de regras dispostas nos artigos 2º e 3º, que tratavam, respectivamente, da polícia administrativa e judiciária, porque quando o regulamento trata das atribuições de cada funcionário o faz de maneira promíscua⁵⁰.

⁴⁸ Naquele momento histórico o fortalecimento do aparato policial repressivo foi medida reacionária centralizadora (COSTA, 2002, p. 27).

⁴⁹ “Isso levou Duarte Azevedo dizer que, enquanto na França eram dadas atribuições de policiais aos juizes de instrução, no Brasil se davam atribuições de judicatura a funcionários policiais” (MARQUES, 1961, p. 99).

⁵⁰ O Regulamento nº 120 estabeleceu funções de polícia administrativa e de polícia judiciária. Quanto à polícia administrativa, nos termos do artigo 2º, os delegados assumiam atribuições da Câmara Municipal, como as de higiene, assistência pública e viação pública, além daquelas de prevenção do crime e manutenção da ordem. Na função judicante, prevista no artigo 3º, tinha competência para conceder mandados de busca e apreensão, proceder a corpo de delito, julgar crimes com penas até seis meses e multa até cem mil-réis.

Com seu policialismo exagerado, a Lei de 3 de dezembro de 1841 “foi além do que realmente exigia a situação do país, fortalecendo, com isso, o reacionarismo político” (MARQUES, 1961, p. 98).

Não tardaram às críticas e objeções do partido liberal ao caráter autoritário da lei e quanto ao acúmulo de poderes na aplicação da justiça por parte das autoridades policiais, independentemente de serem bacharéis e/ou magistrados.

Mesmo antes da aprovação da referida lei, foram travados célebres debates entre os conservadores e liberais na Câmara dos Deputados. Tais discursos podem ser encontrados no livro de João Mendes de Almeida Júnior e estampam a ideologia política da época.

Parte da argumentação dos partidos, que apesar de datarem do século XIX, se mostram extremamente relevantes e estranhamente atuais.

Os conservadores, representados nessa oportunidade pelo Ministro da Justiça Paulino de Souza⁵¹, entendiam que o projeto vinha “dar um remédio a esse estado de coisas” (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 186).

Do gabinete liberal, Álvares Machado (*apud* ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 179-180), discordando do projeto da referida lei, assim se manifestou:

Não é necessário lei mais severa do que temos; com as leis atuais se pacificaram as desordens do Pará, de Pernambuco, do Maranhão, da Bahia, etc.; e isso no tempo das regências, quando o governo não tinha prestígio da Coroa, que se achava em minoridade. [...] **Parece que meus colegas entendem que, restringindo liberdades, evita os crimes e desordens. Porventura, o Livro V das Ordenações, apesar das penas e dos castigos horroroso, evitou aquele caso da tentativa de morte contra a pessoa sagrada Del Rei D. José? Evitou a prática de crimes comuns? Evitou a nossa Independência e nosso sistema liberal?** ⁵²(grifo nosso).

Nesse sentido, o deputado Ferreira Souto (*apud* ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 180) de maneira sagaz, aduz:

O projeto instaura, e para pior, a legislação antiga. [...] cria-se um chefe de polícia com jurisdição em toda a província, dá-se-lhe o direito de

⁵¹ Paulino José Soares de Souza, o Visconde do Uruguai.

⁵² Interessante notar que este discurso, conclamado no século XIX, revela-se extremamente atual. Ainda se brada por punições severas e restrições dos direitos fundamentais, como forma de reprimir o crime e conter os “facinoras”. Busca-se estender os tentáculos do poder punitivo sem se atentar para a ineficácia desta atitude e o perigo e a insegurança que a redução dos direitos individuais gera.

pronunciar, de correr por suspeitas, de avocar processos em qualquer parte da província, de fazer *sair para fora* dela que lhe parecer, e o mesmo, em menor extensão, podem fazer os delegados e subdelegados. A legislação antiga, já revogada, não permitia tanto!

Para expor o pensamento liberal, é mister, por fim, transcrever a manifestação de Moura Magalhães (*apud* ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 181):

Um código firmando em princípios da sã filosofia, um código esclarecido pelos princípios da razão e da humanidade, exige que as funções da polícia estejam separadas das funções da formação da culpa e estas das funções de julgamento.

Em suma, a lei ficou famosa por representar um retrocesso e instalar o policialismo judiciário.

Ela reduziu toda a liberalidade do ordenamento processual ao subtrair dos juízes de paz a atribuição de investigar, para entregá-la aos chefes de polícia e seus delegados. Não se pode perder de vista que os chefes de polícia eram designados pelo governo, e não eleitos pelo povo como eram os juízes de paz.

O repúdio à nova legislação se intensificou e a partir de 1845 acentuaram-se os debates para a reforma da legislação.

Entre as propostas, o Deputado Álvares Machado (*apud* ALMEIDA, 2007, p. 32) manifesta-se:

Enviara às Comissões de Constituição e Justiça um projeto visando à reforma das leis do processo penal. Em 12 de julho do mesmo ano houve um trabalho realizado pelo Instituto dos Advogados, em que se devolviam as atribuições judiciárias aos juízes de paz. Em agosto, foi pleiteado o arquivamento desse projeto. [...] Nos anos de 1848, 1849 outros projetos foram intentados sem grandes sucessos, no entanto, todas essas propostas acirraram as discussões sobre o papel da polícia e do judiciário.

No entanto, a reforma operou-se apenas em 1871, a ministério de Rio Branco.

2.7 A Lei nº 2.033 de 1871, a segunda reforma do Código Criminal do Império

A Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulada pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro do mesmo ano, veio reformar a Lei de 3 de dezembro

de 1841, separando a polícia da judicatura⁵³, extinguindo qualquer jurisdição das autoridades policiais para julgamento, bem como a competência para formação da culpa e pronúncia nos crimes comuns (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 210).

Percebe-se que o intento da lei era esvaziar o poder dos corpos policiais e amenizar o Estado policialesco que havia se instalado.

A reforma de 1871 mantém a tendência centralizadora da reforma de 1841 e traz inovações, como a criação do inquérito policial⁵⁴, que perduram até os dias atuais.

O Decreto nº 4.824 de 1871 dedicou a seção 3ª do capítulo 3º ao inquérito policial, que, pela primeira vez, aparece com esse nome.

O artigo 42 disciplina que o inquérito policial “consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices; deve ser reduzido a instrumento escrito”.

Segundo o sistema adotado, a investigação realizada pela autoridade policial transforma-se em um instrumento público dotado de fé pública e produzido em cartório da polícia judiciária.

Bajer (2002, p. 28) preleciona que “a apuração preliminar do crime voltava para os juízes, que eram auxiliados pela polícia. Acreditava-se, com isso, resolver o impasse criado com a dificuldade de separação entre as funções da polícia e judicatura”.

Percebe-se que se começa a demarcar a distinção entre as funções da polícia e do juiz, afastando-se cada vez mais o magistrado da incumbência de comando da investigação preliminar.

Insta assinalar que a lei de 1871, além da reestruturação da investigação, apresentou reformulações no instituto da prisão preventiva⁵⁵, nos recursos e no *habeas corpus*⁵⁶, abrindo uma nova fase na história processual pátria, pois sobre ela se estruturou o processo penal durante grande parte do período republicano, que se iniciou em 1889.

⁵³ Estabeleceu também regras para a prisão preventiva, fiança, extensão do *habeas corpus*, etc.

⁵⁴ Embora o sistema de investigação já existisse, é em 1871 que aparece com esse nome e vinculado à atividade policial (COSTA, 2002).

⁵⁵ Cuidou das hipóteses da prisão preventiva em seu artigo 13.

⁵⁶ Nos artigos 18 a 20 disciplinou o *habeas corpus*, inclusive o preventivo, não podendo a concessão deste pôr fim ao processo.

A proclamação da República foi:

O epílogo de um longo processo histórico, que já se apresentara na Conjuração Mineira, de 1789, na Revolução Bahiana, de 1789 e que ressurgira um século depois, com o lançamento do Manifesto do Clube Republicano de 1870 e ganharia maior ênfase com a organização do Partido Republicano Paulista, em 1873. Aliado a estes fatores há o interesse da classe militar, principalmente após a Guerra do Paraguai, em participar das decisões nacionais (PIERANGELLI, 1983, p. 157).

Ao contrário do que possa se imaginar, a proclamação da República não trouxe para debate questões efetivamente republicanas, como, por exemplo, a construção de uma sociedade igualitária.

Com a proclamação da República, o Estado brasileiro tornou-se uma federação e não uma república no sentido igualitário do termo. Portanto, “a cidadania brasileira continuou a padecer da falta de garantias civis e da desigualdade jurídica” (MENDES, 2008, p. 163).

A primeira Constituição da República foi publicada em 1891 e trouxe o federalismo e a descentralização.

Cumprir salientar que o poder dos estados foi dilatado, podendo estes organizar suas próprias leis. Assim, foi facultado a cada estado estabelecer seu próprio Código de Processo Criminal.

Alguns estados⁵⁷ não fizeram sua própria legislação e continuavam aplicando o Código Criminal do império e suas alterações.

Contudo, a maioria dos estados publicou suas próprias leis processuais penais e, postos em vigor esses vários códigos estaduais, os mais diversos princípios foram adotados. Enquanto alguns códigos conservavam os postulados jurídico-processuais que vigoravam até então, outros deles se afastavam, ou porque tornassem a formação de culpa secreta ou porque suprimissem o inquérito policial ou porque configurassem sob a forma contraditória plena toda a formação de culpa (MARQUES, 1961).

Mas, em termos gerais, com a proclamação da República, o procedimento do inquérito permaneceu inalterado, porém sua competência foi transferida do Poder Judiciário para os Poderes Executivos estaduais, de acordo com a estrutura federalista vencedora (MENDES, 2008).

⁵⁷ São Paulo, Alagoas, Mato Grosso e Pará.

Esse golpe na unidade processual não ofertou vantagem alguma para nossas instituições jurídicas, ao contrário, produziu um sistema pluralista que acentuou a diversidade dos sistemas, o que prejudicou a aplicação da lei penal (MARQUES, 1961).

Foi a Constituição de 1934 que restabeleceu o regime da unidade processual, delegando à união a competência privativa para legislar sobre o processo penal.

Foram nomeados três juristas⁵⁸ para a elaboração do projeto para Código de Processo Penal, que em 1935 foi apresentado ao Presidente da República. Esse projeto ficou conhecido como Projeto Vicente Ráo.

A inovação mais relevante nele contida é criação do juizado de instrução, com a abolição do inquérito policial, continuando a polícia judiciária com a função investigatória, mas sob a batuta do juiz instrutor.

O chamado Estado Novo⁵⁹ e sua Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937 impediram a discussão do projeto, mas mantiveram a unidade processual (PIERANGELLI, 1983).

Permanecia a missão de se promulgar um Código de Processo Penal.

Essa tarefa foi concretizada em outubro de 1941, fruto do pensamento de Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz, Roberto Lyra, Florêncio de Abreu e Cândido Mendes de Almeida.

É esse Código que ainda vige em nosso país, propagando as aspirações autoritárias do regime ditatorial no qual foi criado, como se demonstra a seguir.

⁵⁸ Bento de Faria, Plínio Casado e Gama Cerqueira.

⁵⁹ Estado Novo é como ficou conhecido o período da história republicana brasileira, que começa com o golpe revolucionário de Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937 e se estende até 29 de outubro de 1945. Ressalte-se que Vargas disse que “a revolução fora feita para restituir a liberdade do povo, mas a liberdade começou a ser suprimida oito dias depois do golpe”, assumindo progressivamente “as facetas mais autoritárias de sua personalidade”. (BUENO, 2010, p. 340)

2.8 Código de Processo Penal em vigor: Decreto-lei 3.689 de 3 de outubro de 1941

O Código de Processo Penal de 1941 foi inspirado na reforma processual penal italiana, promovida na década de 30, em pleno regime fascista⁶⁰, pelo Ministro Rocco.

Certamente, essa matriz fascista se adequou ao regime centralizador e autoritário implementado por Getúlio Vargas, nesse período conhecido como Estado Novo.

Como se verifica na exposição de motivos do Código de Processo Penal, o que se privilegia é segurança pública em detrimento dos direitos individuais, ali denominados pseudodireito, refletindo o pensamento totalitário do período histórico no qual foi concebido:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social.

No tocante à investigação preliminar, o Código de 1941 manteve o instituto do inquérito policial, justificando tal conservação em detrimento do juizado de instrução também em sua exposição de motivos:

IV – Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. [...] há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime

⁶⁰ O estado fascista, diferentemente do estado democrático-liberal, não considera a liberdade individual um direito preeminente, mas sim uma concessão do Estado acordada no interesse da coletividade. (MANZINI, apud FERRAJOLI, 2010, p. 582)

ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas.

Por mais perspicaz e circunspecta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos *a priori*, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido.

Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única?

Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena.

Esse código não se afastou de nossas tradições legislativas, preservando o inquérito policial tal como herdado do Império a partir da reforma de 1871 (MARQUES, 1961).

Manteve-se a distinção entre as funções judiciárias e policiais, fixando-se a autoridade policial⁶¹ como gestora do inquérito.

Contudo, em sua redação inicial, o Código de Processo Penal dá funções investigatórias ao juiz criminal nos casos de contravenções penais, conforme antiga redação do art. 553.

Ademais, o juiz continua com grande ingerência nessa fase, podendo determinar de ofício, por exemplo, a busca domiciliar e ordenar o sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração⁶².

Ressalte-se que a permanência do inquérito policial com traços inquisitoriais nos rendeu um procedimento regido pela autoridade policial, com permissão de atuações do juiz de ofício, secreto, escrito que serve de base para a formação da *opinio delicti* do titular da ação penal.

Esse ranço inquisitorial e despótico foi ainda mais explorado durante o período de ditadura militar, que se instaurou no país com o golpe militar de 31 de março de 1964 e perdurou até 1985⁶³.

É evidente que a ideologia inquisitorial arraigou-se em nossa cultura processual.

⁶¹ Frederico Marques (1961, p. 150) afirma que a “polícia judiciária não tem mais do que função investigatória”, sendo aquele órgão da administração do Estado encarregado de colher os elementos que serão utilizados para justificar a acusação ou a exclusão do processo.

⁶² Não se pode esquecer que até julho de 2011 o juiz podia decretar, *ex officio*, a prisão preventiva na fase de investigação.

⁶³ De se lembrar que os regimes de exceção sempre se interessaram por instrumentos de poder e o inquérito nada mais é do que uma forma de gestão, de exercício de poder, que se difundiu na cultura ocidental, como forma de autenticação da verdade (FOUCAULT, 1999, p. 78).

A onda policesca do Código do Processo Penal:

Produziu uma geração de juristas e de aplicadores do direito que, ainda hoje, mostram alguma dificuldade em se desvencilhar das antigas amarras - na balança entre a tutela da segurança pública e a tutela da liberdade individual, prevalece a preocupação quase exclusiva com a primeira, com o estabelecimento de uma fase investigatória agressivamente inquisitorial, cujo resultado foi uma consequente exacerbação dos poderes dos agentes policiais (OLIVEIRA, 2008, p. 6).

Contudo, esse pensamento autoritário não pode prevalecer hodiernamente, pois essa estrutura inquisitorial entra em conflito com os postulados do Estado Democrático de Direito⁶⁴, instituído pela Constituição da República.

A Constituição da República de 1988 buscou romper com a ideologia repressiva que norteou a legislação processual penal e o período ditatorial, passando a garantir o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores soberanos de uma sociedade fraterna e plural⁶⁵.

Deste modo, não é admissível sustentar a predominância do interesse público sobre o interesse individual.

A necessidade de publicação de um novo Código de Processo Penal fica ainda mais evidente⁶⁶, dado o descompasso entre ditames constitucionais e os regidos pelo Código de 1941⁶⁷.

⁶⁴ “A marca indelével do Estado Democrático de Direito é a tutela dos direitos fundamentais, competindo ao Estado a missão árdua de contemplar os diversos projetos individuais e coletivos que marcam uma sociedade plural” (OLIVEIRA, 2004, p. 157).

⁶⁵ Insta destacar o ensinamento de Sérgio Luiz Souza Araújo (1999, p. 26-27), que explicita que “no Estado Democrático de Direito as garantias dos indivíduos estão dentro do próprio Estado. Elas limitam a atuação dos órgãos estatais, protegendo a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial, pois ‘são prescrições constitucionais’ que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para imporem o respeito e a exigibilidade desses direitos”.

⁶⁶ Frise-se que meras reformas pontuais no Código de Processo Penal não são suficientes para edificar nosso processo no modelo acusatório, tornando-se salutar a publicação de um novo *codex*. Nesse sentido, Santiago Neto (2011, p. 20) afirma que, apesar das “inúmeras reformas sofridas pelo Código de Processo Penal até hoje, principalmente aquelas posteriores à Constituição de 1988 que buscaram sua adequação constitucional, o referido diploma mantém seu caráter social e sua alma autoritária, visto que o vício está arraigado em sua base e somente uma reforma integral conseguirá modificá-lo”.

⁶⁷ Como bem lembra Aury Lopes Júnior (2006, p. 40) “o processo penal é uma das expressões mais típicas do grau de cultura alcançado por um povo no curso de sua história, e os princípios de política processual de uma nação não são outra coisa que segmentos da política estatal em geral. Nessa linha, uma Constituição Democrática deve orientar a democratização substancial do processo penal, e isso demonstra a transição do direito passado ao direito futuro. Num Estado

Importante lembrar que “o Brasil resiste como um dos poucos Estados da América do Sul a ter ultrapassado a fase de transição democrática sem ter editado um novo Código de Processo Penal em seguida à sua constituição” (PRADO, 2005, p. 141).

Assim, atento a essa necessidade, o Senado da República, em março de 2008, instituiu uma comissão para elaborar o anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal⁶⁸.

Integraram a comissão responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal os seguintes juristas: Hamilton Carvalhido (coordenador); Eugênio Pacelli de Oliveira (relator); Antônio Correa, Antônio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Félix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

A comissão terminou os trabalhos preliminares em nove meses⁶⁹, sendo, portanto, o anteprojeto apresentado em 2009.

Democrático de Direito, não podemos ter um processo penal autoritário, típico de um Estado policial, pois o processo penal deve adequar-se à Constituição, e não vice-versa”.

⁶⁸ Destaca-se que essa não foi a primeira comissão instituída após a entrada em vigor do Código de Processo Penal, em 1941. Em várias oportunidades o Poder Executivo nomeou juristas para propor anteprojetos, que em geral passaram por consulta pública. A primeira comissão de juristas foi instituída no governo Jânio Quadros. Coube a Hélio Tornaghi a elaboração do anteprojeto do Código de Processo Penal. O texto, finalizado em 1963, foi entregue ao Ministro da Justiça, João Mangabeira, mas não chegou a ser apresentado ao Poder Legislativo, por questões de sucessão política. A segunda tentativa de se propor reformulações aos Códigos se deu em 1967. Nessa data instituiu-se uma comissão para “rever e coordenar os diversos projetos já elaborados, neles introduzindo as modificações que se fizessem necessárias ou convenientes, tendo em conta a unidade do sistema jurídico nacional e a atualização dos vários institutos. O Prof. José Frederico Marques foi incumbido de elaborar estudos visando à reforma processual. Marques apresentou o Anteprojeto de Modificação do Código de Processo Penal”. Em 1975, o anteprojeto, depois de passar por inúmeras avaliações, foi remetido ao Congresso Nacional pelo Presidente Ernesto Geisel, por intermédio da Mensagem nº 159/1975 e converteu-se no PL 633/1975. Em fevereiro de 1978, foi enviado ao Senado Federal, mas logo depois a proposição foi retirada pelo autor, por meio da Mensagem nº 179, de 30 de agosto de 1978. Mais três tentativas são identificadas. O Projeto de Reforma de 1983 – PL 1655/1983, o Anteprojeto Sálvio de Figueiredo Teixeira e Comissão Ada Pellegrini Grinover, que se formou no final de 1999. Esta última comissão era composta por Ada Pellegrini Grinover (presidente), Petrônio Calmon Filho (secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (substituído por Rui Stoco), Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti. Ela tinha como ponto de partida a apreciação do anteprojeto apresentado pela comissão anterior. Ao final essa comissão encaminhou sete “anteprojetos sobre os seguintes temas: a) investigação criminal; b) procedimentos, suspensão do processo e efeitos da sentença penal condenatória; c) provas; d) interrogatório do acusado e defesa efetiva; e) prisão, medidas cautelares e liberdade; f) júri; g) recursos e ações de impugnação”. Todos foram apresentados ao Congresso, sendo que alguns foram transformados em leis que em 2008 deram novos contornos ao Código de Processo Penal (PASSOS, 2008).

⁶⁹ O trabalho foi realizado entre agosto de 2008 a abril de 2009.

De forma quase imediata, tornou-se ele o Projeto de Lei do Senado número 156, de 2009⁷⁰.

Com o encerramento do trâmite no Senado, agora o projeto do novo Código de Processo Penal encontra-se na Câmara dos Deputados, onde se converteu no Projeto de Lei 8.045/10.

Passa-se a analisar a ideologia estampada nesse anteprojeto, bem como as inovações por ele apresentadas.

2.9 Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal

Assim como a história do homem, a história do processo penal não é composta somente do passado, mas também do seu futuro⁷¹, sendo imprescindível a análise das propostas do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal⁷².

O anteprojeto surge, como visto, com a missão de ajustar a legislação processual penal ao sistema acusatório, compatibilizando-o com a Constituição Federal.

A própria exposição de motivos deixa clara a necessidade da reforma normativa:

[...], há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada; e práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção estatal. O Código de Processo Penal atualmente em

⁷⁰ Silveira (2011, p. 249) afirma que o anteprojeto “veio ao mundo mais rápido do que imaginávamos. De versão beta transforma-se, sem demora, no PLS nº 156 de 2009. Coisas, afinal, que só a velocidade mundana da política pode explicar. Não era o ideal, mas o apito soou. Se de um lado o texto não estava totalmente pronto para enfrentar intempéries que se anunciavam, tínhamos, todavia, certeza da sua honestidade no que refere ao principal objetivo de subsidiar a tão aguardada reforma do CPP brasileiro”.

⁷¹ Carnelutti afirma que “um homem é, porém, em si a sua história. E sua história é composta não somente do seu passado, mas também do seu futuro. Eu sou não só aquilo que tenho sido, mas também aquilo que serei”.

⁷² A análise da proposta de mudança se torna ainda mais relevante depois que se expôs que as legislações preservaram, em maior ou menor grau, a estrutura inquisitória da investigação preliminar, em que pese os diferentes momentos políticos nos quais foram promulgadas e aplicadas.

vigor – Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 –, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado. A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei nº 3.689, de 1941, e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. É essencial. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional. (BRASIL, 2009, p.12)

Ele introduz importantes e necessários avanços no modelo processual penal brasileiro, sendo uma de suas principais inovações a criação do juiz das garantias.

Essa nova figura nasce com o propósito de diminuir o hiato existente entre a investigação preliminar e o sistema acusatório, aumentando o nível de eficácia dos direitos e garantias fundamentais nessa fase⁷³.

No entanto, é fundamental analisar se esse novo sujeito processual, de fato, se apresenta como um ajuste acusatório tão necessário. Essa reflexão será feita nos próximos capítulos, pontuando-se a referência ideológica⁷⁴ do juiz das garantias e pormenorizando os porquês de sua implementação.

⁷³ Ele será “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” (BRASIL, 2009, p. 24).

⁷⁴ Apresentando-se breve estudo da legislação de alguns países da Europa e América Latina que serviram de fonte de inspiração para esta proposição.

3 JUIZ DE INSTRUÇÃO E O JUIZ DAS GARANTIAS: UMA DELIMITAÇÃO NECESSÁRIA

Como explanado, em 2009 o anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal veio ao mundo.

Logo, começaram a surgir textos e artigos que buscavam debater suas proposições. Indubitavelmente, a figura polêmica do juiz das garantias foi analisada.

Alguns autores, como Mário Leite de Barros Filho (2009), já o rejeitaram de pronto. Ele afirma que, “na prática”, a proposta de instituição do juiz das garantias “extinguiria o inquérito policial, presidido pelos delegados de polícia, na medida em que” esse novo juiz “controlaria as investigações realizadas pelos policiais civis e presidiria a instrução criminal”, instituindo-se de forma velada um “juizado de instrução⁷⁵” (BARROS FILHO, 2009).

Contudo, atesta-se, de antemão, que o anteprojeto não visa a extirpar o inquérito policial e muito menos atribuir a presidência da instrução criminal ao juiz das garantias, transformando-o em verdadeiro juiz de instrução.

Para evitar confusões, é relevante a análise dos modelos de atuação jurisdicional na fase pré-processual, identificando-se as diferenças entre o juiz de garantias e o juiz instrutor na legislação processual penal estrangeira.

Essa compreensão será de grande valia, pois também permitirá identificar a influência do direito estrangeiro na formação da figura do juiz das garantias delineado pelo anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal.

⁷⁵ Antônio Álvares da Silva (2009) entende que o que se pretende com a nova figura do juiz das garantias “é uma combinação entre o sistema atual e o juizado de instrução criminal da França, com ramificações em toda a Europa”.

3.1 O modelo de investigação preliminar judicial: o juiz de instrução

Como visto no capítulo anterior, durante grande parte da Idade Média⁷⁶ houve o predomínio do sistema inquisitivo, sendo o juiz inquisidor símbolo máximo dessa estrutura⁷⁷.

A partir da Revolução Francesa, o sistema inquisitivo foi perdendo sua força, em razão da implementação do sistema misto.

Nesse sistema permanece na fase primária⁷⁸ a supremacia de elementos e princípios encontrados no sistema inquisitivo. O juiz assume, nessa fase, o papel de investigador, em vez de garante, tal como atualmente se conhece, a figura do juiz das garantias (ANDRADE, 2008; 2011).

Destaca-se que o sistema misto influenciou sobremaneira os ordenamentos jurídicos da Europa.

Fixou-se, assim, em quase todo o continente europeu a figura do juiz instrutor, titular da instrução preliminar judicial, encarregado da investigação⁷⁹ e incompetente para formulação da acusação⁸⁰.

Essa figura foi gradualmente extirpada de quase todos os ordenamentos jurídicos europeus, restando albergada apenas na legislação francesa e

⁷⁶ Jacques Le Goff (2007, p. 14; 2008, p. 29) afirma que a Idade Média começou “por volta do ano 500, portanto, durante o século V depois de Cristo. O último imperador romano foi expulso de Roma e substituído por um rei bárbaro, Odoacro, em 476. É o fim do império romano e o fim da Antiguidade”. E só teve fim com a Revolução Francesa e Revolução Industrial, no final do século XVIII.

⁷⁷ Como visto, na figura do juiz inquisidor se aglutinavam as funções de investigação, acusação e julgamento. Esse acúmulo de funções gerava uma disparidade de poderes entre esse juiz e o acusado, que era tratado com mero objeto na investigação. Os seus poderes eram amplos, ele detinha iniciativa probatória e poderia, de ofício, dar início a uma investigação, que na maioria dos casos era secreta.

⁷⁸ O modelo processo presente no *Code d’Instruction Criminelle* de 1808 está estruturalmente dividido em duas fases: a primeira era destinada à investigação criminal e a segunda era destinada ao julgamento propriamente dito. Apenas na segunda fase, que tinha início com uma acusação apresentada por pessoa distinta do juiz, é que vigoravam princípios característicos do sistema acusatório (ANDRADE, 2008, p. 401).

⁷⁹ “Como protagonista, o juiz instrutor detém todos os poderes para realizar as investigações e diligências que entenda necessárias para aportar elementos de convicção que permitam ao Ministério Público acusar e a ele decidir, na fase intermediária, pela admissão ou não da acusação” (LOPES JÚNIOR, 2001, p. 63).

⁸⁰ Aury (2001, p. 64 e 74) afirma que originariamente a figura do juiz instrutor estava intimamente ligada ao juiz inquisidor, pois, inicialmente, o juiz instrutor “atuava como parte, investigando, dirigindo, acusando e julgando”. Contudo, hodiernamente, não se pode indicá-lo como puro inquisidor, principalmente porque ele não mais acusa. “Mas não se pode negar que ainda permanecem rasgos da figura inquisidora, inerente à própria posição de investigador”.

espanhola. Para entender e analisar a permanência dos juízes de instrução nesses países, é relevante o estudo dos respectivos mecanismos de investigação preliminar.

3.1.1 França

A figura do juiz de instrução remete-nos, de pronto, ao ordenamento jurídico da França.

Como bem trata Fauzi Choukr (1995, p. 38), o juizado de instrução, de sólidas raízes históricas⁸¹ e associado ao sistema processual penal, “é um símbolo da repressão criminal” naquele país.

Em França, a investigação preliminar⁸² é realizada pelo juiz de instrução, “a quem corresponde a tarefa de averiguar e comprovar o fato e a participação do sujeito passivo” (LOPES JÚNIOR, 2001, p. 217).

O *juge d'instruction* atuará quando for provocado pela vítima ou quando o Ministério Público, na sua manifestação introdutória, demandar a abertura dessa fase “acerca de fatos precisos contra uma pessoa certa ou ainda incerta” (DERVIEUX, 2005, p. 177).

Nos termos do artigo 81⁸³ do Código de Processo Penal francês, esse juiz deverá proceder de acordo com a lei, recolhendo todas as informações que considere relevantes para a manifestação da verdade, “inclusive os necessários para informar sobre a personalidade do sujeito passivo e aqueles elementos que possam servir para a defesa. Investiga sobre os fatos materiais e também sobre a personalidade do autor” (LOPES JÚNIOR, 2001, p. 219).

⁸¹ As raízes ficaram-se desde a entrada em vigor do Código napoleônico e se espalharam, nesse período, por quase toda a Europa.

⁸² “O processo penal francês se desenrola em três estágios: primeiro, investigação e instauração dos procedimentos; depois, segue-se a instrução; e, finalmente, o julgamento. A fase investigativa é aberta a partir da notícia da infração, uma provocação da vítima ou por informações das polícia ou do Ministério Público. No caso de um crime ou delito existe o flagrante, e inúmeros poderes são conferidos à polícia. O estágio de instrução difere caso se trate de um delito ou um crime (situação na qual ela é obrigatória)”. Se for um crime, o Procurador da República invoca o juiz de instrução por meio de um requerimento formal no qual se pleiteia a investigação precisa dos fatos. Nos casos de delito a instrução é facultativa e nas contravenções é excepcional (DERVIEUX, 2005, p. 171 e 174)

⁸³ “Article 81: “Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge”.

Ele deve investigar equanimemente em favor da acusação e da defesa, pessoalmente ou por meio de um oficial da polícia⁸⁴ que age como seu agente em comissão rogatória, nos termos do artigo 151⁸⁵.

De acordo com Dervieux (2005, p. 164), o juiz de instrução desenvolve duplo papel, como investigador e como juiz:

Como investigador ele está encarregado de recolher as provas da infração, de elucidar a autoria e formalizar os autos. Como juiz, ele pode requisitar o emprego da força pública e decide sobre a realização de exames, mas, eventualmente, da colocação de pessoa investigada em detenção provisória ou sob o controle judiciário. Uma vez que os autos estejam formalizados, ele determina as imputações e decide, à vista dos requerimentos do Ministério Público, seja pelo encaminhamento da pessoa a jurisdição de julgamento, seja pela decisão de não processar.

Outro personagem que passou a atuar na fase preliminar é o juiz das liberdades e da detenção, criado pela Lei 200-516, em junho de 2000.

Apenas o *juge des libertés et de la détention* é competente para determinar a custódia ou sua prorrogação, caso ela já tenha sido decidida. Ele “divide com o juiz de instrução o poder de ordenar medidas de controle judiciário e de libertar as pessoas previamente custodiadas” (DERVIEUX, 2005, p. 164).

Assim, atesta-se que ao juiz das liberdades e da detenção cabe a última palavra quanto à restrição da liberdade na fase pré-processual, em nítido contraponto aos poderes do juiz de instrução (SILVEIRA, 2011, p. 252).

Apesar da forte influência histórica do juiz instrutor, existe uma tendência na França a se diminuir e até mesmo extinguir seus poderes.

A Comissão *Justice Pénal et Droits de l'Homme*, presidida por Delmas-Marthy, nos finais da década de 80, apresentou propostas de mudanças severas no processo penal, “as quais previam a eliminação do juiz de instrução, passando a instrução a ficar a cargo do Ministério Público”.

⁸⁴ A polícia judiciária está sob a supervisão do Procurador-Geral e é encarregada, nos termos do artigo 14, de constatar as infrações à lei penal reunir as provas e procurar os autores enquanto uma investigação não esteja instaurada. Esses poderes são exercidos seja após instrução do Procurador da República ou ainda sob a direção do juiz de instrução após o início da investigação (DERVIEUX, 2005).

⁸⁵ Article 151: “Le juge d'instruction peut requérir par commission rogatoire tout juge de son tribunal, tout juge d'instruction ou tout officier de police judiciaire, qui en avise dans ce cas le procureur de la République, de procéder aux actes d'information qu'il estime nécessaires dans les lieux où chacun d'eux est territorialement compétent.” [...]

O ex-presidente Nicolas Sarkozy, em 2009, prosseguindo na mesma linha, anunciou a intenção de suprimir o juiz de instrução, tendo o comitê, presidido pelo magistrado Philippe Léger – **Comité Léger** –, apresentado uma proposta formal nesse sentido (JACINTO, 2009, p. 22).

Tal proposição ainda é objeto de intenso debate, permanecendo o juiz de instrução “atuante em destacada minoria dos casos, nada obstante os mais importantes” (CHOUKR, 2011, p. 274).

Não se pode negar que a supressão dessa figura mudaria sobremaneira a arquitetura do sistema francês, desenhada desde o Código Napoleônico de 1808.

3.1.2 Espanha

O processo penal espanhol é regido pela *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882, que desde sua entrada em vigor sofreu várias alterações, principalmente após a promulgação da Constituição da Espanha, em 1978⁸⁶.

De acordo com a lei espanhola, a primeira fase da persecução penal é a instrução preliminar, sendo o órgão responsável pela presidência dessa fase o juiz instrutor. Esse juiz possui todos os poderes necessários para investigar, buscando sempre indicar os elementos necessários ao processo ou não processo.

Portanto, no modelo espanhol, o juiz de instrução se comporta como um investigador, colhendo elementos de convicção, “atuando de ofício e sem estar submetido ou vinculado a petições do Ministério Público ou da defesa, que são meros colaboradores” (LOPES JÚNIOR, 2001, p. 208).

Ademais, o juiz instrutor não atua na fase intermediária⁸⁷ e não atuará na fase do *juicio oral*. Essa segregação de atuação justifica-se, pois o juiz está

⁸⁶ Tantas transformações pontuais criaram “*un texto desarticulado, en el que conviven con excesiva dificultad normas redactadas en tres siglos distintos que han de ser reinterpretadas constantemente por la jurisprudencia, lo que genera gran inseguridad jurídica*” (EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DO ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL - <http://www.ub.edu/dpenal/LECRim.pdf>)

⁸⁷ Com a conclusão da fase de instrução preliminar, decidindo o juiz que há elementos suficientes, (auto de *conclusión del sumario*), ele o remeterá para o tribunal competente para processar e julgar, comunicando o Ministério Público e o acusado. Com a conclusão do *sumario* dá-se início à fase intermediária que não mais se desenvolve junto ao juiz instrutor e poderá levar à abertura do juízo oral ou ao *sobreseimiento* (arquivamento) (LOPES JÚNIOR, 2001).

diretamente envolvido com a produção da prova e não teria a isenção suficiente para julgar o caso que investigou.

Os poderes do juiz de instrução vêm sendo mitigados, como ocorrido na França.

As alterações legislativas implementadas no sistema processual penal espanhol buscaram intervenção mais significativa do Ministério Público na instrução preliminar⁸⁸, todavia, os poderes instrutórios do juiz ainda persistem, sendo este o principal personagem nessa fase.

A Espanha passa por um período de proposta de reformulação da lei que regulamenta seu processo penal. Em maio de 2010, constituiu-se, no Ministério da Justiça, um grupo de trabalho⁸⁹ com o encargo de elaborar uma proposta de uma nova *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

O *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento criminal* prevê a existência de um juiz de garantias (que controla a investigação do promotor), um juiz da audiência preliminar (que determina se existem elementos suficientes para apoiar a acusação) e o juiz do tribunal, que finalmente julgará a causa.

O anteprojeto explica a proposta dessa nova figura:

La regulación inicial y separada del órgano judicial obedece a la idea compartida de que el juez no debe ser en adelante contemplado como el impulsor de la actividad pública investigadora sino como el garante de los derechos individuales. Precisamente para subrayar esa nueva posición del juez se inicia la regulación legal con la clara determinación de las funciones jurisdiccionales. De ahí que se dediquen los primeros artículos del texto a la llamada garantía judicial y a su distinta significación en las diversas fases del procedimiento. [...]

Se opta, por ello, por un juez singularmente llamado a controlar el curso de las actuaciones. Se ha preferido utilizar la denominación con la que suele conocerse a esta figura y que constituye ya un lugar común entre teóricos y prácticos. Se alude, por tanto, a un Juez de Garantías, aunque en puridad este nombre sólo designa una faceta determinada de las diversas tareas que son encomendadas a la autoridad judicial (grifo nosso) (ESPANHA, 2011).

⁸⁸ Como no procedimento abreviado (pena máxima de até nove anos), que prevê a participação mais ativa do Ministério Público nas *diligencias previas* (nomenclatura da fase pré-processual), que ainda estão a cargo do juiz.

⁸⁹ Juan José López Ortega, Vicente Guzmán Fluja, Pedro Crespo Barquero, Ignacio Sánchez Yllera, Ignacio Rodríguez Fernández, Ángel Núñez Sánchez, Lorena Álvarez Taboada, Fernando Benítez Pérez-Fajardo e Amaya Arnáiz Serrano.

Percebe-se que, assim como na França, existe um movimento na Espanha para extirpar a figura do juiz de instrução.

Esse já foi o caminho traçado pela Alemanha, que se apresenta como a primeira nação daquele continente a romper com o sistema misto e extinguir a figura do juiz instrutor, delegando ao Ministério Público a direção da fase de investigação criminal.

Como se passa a expor, começa-se a delinear os contornos da atuação do juiz na fase de investigação preliminar como garantidor dos direitos fundamentais, e não mais como investigador.

3.2 O juiz como garantidor dos direitos individuais: a figura do juiz das garantias no modelo processual dos países da Europa e América Latina

Verifica-se nas legislações europeias, a partir da década de 70 do século passado, uma tendência a se repassar ao Ministério Público o controle da investigação, afastando-se o magistrado da atividade de colheita de elementos informativos destinados a embasar a propositura da ação penal.

Esse deslocamento de funções redefiniu o papel desempenhado pelo juiz nessa fase e sinalizou a retomada do caminho rumo ao sistema acusatório⁹⁰ (ANDRADE, 2011).

⁹⁰ No Brasil há o paulatino abandono do sistema inquisitório a partir da promulgação da Constituição do Império de 1824 e posterior edição do Código do Processo Criminal do Império de 1832 (apesar de se verificar alguns retrocessos após a publicação deste *codex*, como visto no capítulo anterior). Pierangelli (1983, p. 103/105) assevera que o Código do Processo Criminal do Império “dotou o procedimento misto, embora o submetesse à regra de inquisitividade. O nosso legislador de 1832 ficou, portanto, num meio-termo entre o procedimento acusatório, então vigente na Inglaterra, e o misto, adotado pela França, este inquisitivo na fase instrutória e acusatório na fase de julgamento [...]”. Como já visto, esse Código previu que os juízes de paz teriam “atribuições de polícia administrativa e polícia judiciária, além das atribuições judiciais propriamente ditas”. Contudo, em 1841, o juiz de paz deixa de ter atribuições policiais que são transferidas a delegados e subdelegados, nomeados e demitidos pelo governo. Assim, denota-se que se inicia um caminho inverso do previsto na França e Espanha, a legislação brasileira retira os poderes dos juízes na fase de investigação preliminar e os desloca para os delegados e subdelegados. Prevalece essa transferência até os dias atuais.

3.2.1 Alemanha

O Código de Processo Penal alemão, *Strafprozeßordnung (StPO)*, data de fevereiro de 1877. Mas, desde sua publicação já sofreu várias alterações e atualizações, o que tornou necessária uma nova publicação em 1975 (ALEMANHA, 2012).

Entre as reformas ligadas à investigação, destaca-se a realizada em 1974, que atribuiu ao Ministério Público a direção da investigação preliminar.

A fase preliminar no processo penal alemão está delineada pelos § 151 até o § 177 do *Strafprozeßordnung*⁹¹, que determina que o promotor averigue as circunstâncias de fato contidas na notícia crime, com o fito de decidir se exercerá ou não a ação penal.

Na atividade investigativa, “o promotor deverá verificar não só as circunstâncias que sirvam para demonstrar a responsabilidade penal, mas também aquela que esculpe o sujeito passivo” (LOPES JÚNIOR, 2001, p. 228).

Nessa tarefa o promotor é auxiliado pela polícia, ordenando a esta que “*investigue los hechos aparentemente delictivos (S 163 StPO), conforme a sus técnicas propias, siendo en la práctica la Policía la verdadera instructora de las causas criminales*”⁹² (GÓMEZ COLOMER, 2012).

Aury Lopes Júnior (2001) afirma que essa reforma veio para sacramentar o que já ocorria na prática, pois, ainda que houvesse a figura do juiz instrutor, era o Ministério Público e a polícia judiciária quem efetivamente realizava as funções investigatórias.

Sem que o Ministério Público seja alijado da direção da investigação, a lei prevê a figura do juiz, “a quem o promotor requer as medidas investigativas que reputa necessárias. Ao magistrado reserva-se a função de zelar pelos direitos

⁹¹ Section 160. [Investigation Proceedings] (1) As soon as the public prosecution office obtains knowledge of a suspected criminal offense either through a criminal information or by other means it shall investigate the facts to decide whether public charges are to be preferred. (2) The public prosecution office shall ascertain not only incriminating but also exonerating circumstances, and shall ensure that such evidence is taken the loss of which is to be feared (http://defensewiki.ibj.org/images/c/c0/Criminal_Procedure_Code_Germany.pdf)

⁹² Section 163. [Duties of the Police] (1) The authorities and officials in the police force shall investigate criminal offenses and shall take all measures where there should be no delay, in order to prevent concealment of facts (http://defensewiki.ibj.org/images/c/c0/Criminal_Procedure_Code_Germany.pdf)

individuais dos averiguados tismados pela atividade investigativa”⁹³ (PIMENTEL, 2011).

Nesse prisma, Juy-Birmann (2005, p. 19) afirma que o Ministério Público é “encarregado do inquérito” e conduz as investigações necessárias. Entretanto, determinados atos investigativos que afetem a liberdade individual devem ser autorizados pelo juiz “encarregado de verificar a regularidade jurídica do ato sem, contudo, adentrar no seu mérito”.

Não há no ordenamento alemão uma regra que impeça o juiz que atuou na fase de investigação de participar do julgamento. O que pode haver é a recusa do juiz, sob o argumento de suspeita de parcialidade (§ 24.1), “havendo necessidade de um exame caso a caso” (ANDRADE, 2011, p. 47).

Infere-se que esse juiz (*ermittlungsrichter*) não tem mais o poder de comandar as investigações, entrando em cena para realizar o controle de legalidade da investigação.

3.2.2 Portugal

A reforma processual penal em Portugal é concretizada com a entrada em vigor de um novo Código de Processo Penal, em 1987, de matriz nitidamente acusatória.

O Código de Processo Penal português seguiu o modelo alemão e também foi influenciado pelo projeto e pelas discussões em torno do Código de Processo Penal italiano (LOPES JÚNIOR, 2001, p. 235).

⁹³ Acrescenta Gómez Colomer (2012) que o “*Ministerio Público es órgano instructor de las causas penales (SS 160 y ss. StPO), pudiendo intervenir el Juez sólo para adoptar resoluciones que impliquen restricciones de derechos fundamentales, principalmente de la libertad (v. por ejemplo los SS 65, 114, 126a, 161a, etc. StPO)(7); el Ministerio Público es, ante todo, el dueño del proceso penal, porque es la única parte acusadora en el mismo, gozando del monopolio de la acción penal (S 243, ap. 3 SpPO); el Ministerio Público dispone de amplias facultades derivadas del principio de oportunidad, pudiendo ofrecer medidas alternativas a ka persecución penal, que se configuran como excepción al principio de legalidad penal y procesal (SS 153 y ss. SpTO), introduciéndose en la práctica además y siendo admitida por la necia la negociación con el imputado (Absprache)(8); al ser la única autoridad, pública o privada, que puede ejercer la acción penal, el derecho al recurso adquiere para él su sentido más absoluto (SS 296 y ss StPO); finalmente, el Ministerio Fiscal es en Alemania también la autoridad principal de la ejecución penal (S 451 StPO).*”

O Código de 1987 introduziu uma delimitação de funções entre o Ministério Público, o juiz de instrução e o juiz do julgamento, no decurso de todo o processo⁹⁴.

O inquérito policial, termo escolhido pelo legislador português para designar a investigação criminal, está disciplinado no Título II, do Livro VI, Parte II de seu Código de Processo Penal de 1987.

A direcção do inquérito fica a cargo do Ministério Público, como órgão autónomo de administração da justiça, constitucionalmente incumbido do exercício da acção penal, nos termos do artigo 53⁹⁵ desse *codex*, sendo este assistido pelos órgãos da Polícia Judiciária⁹⁶.

Compete ao juiz de instrução “proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer todas as funções jurisdicionais até a remessa do processo para julgamento”, nos termos do artigo 17 do Código de Processo Penal português.

Os atos praticados exclusivamente pelo juiz instrutor estão definidos no artigo 268, que assim estabelece:

“a) Proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido; b) proceder à aplicação de uma medida de coacção ou de garantia patrimonial, à excepção da revista no artigo 196º, a qual pode ser aplicada pelo Ministério Público; c) proceder a buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário, nos termos do nº 3 do artigo 177.º, do nº 1 do artigo 180º e do artigo 181º; d) tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida, nos termos do nº 3 do artigo 179º; e) declarar a perda, a favor do Estado, de bens apreendidos, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito nos termos dos artigos 277º, 280º e 282º; f) praticar quaisquer outros actos que a lei expressamente reservar ao juiz de instrução.

2 - O juiz pratica os actos referidos no número anterior a requerimento do Ministério Público, da autoridade de polícia criminal em caso de urgência ou de perigo na demora, do arguido ou do assistente”.

⁹⁴ Frise-se que, “em obediência à estrutura acusatória do processo penal, o Código de Processo Penal encontra para cada uma daquelas fases – inquérito, instrução e julgamento – um distinto e diverso órgão com competência para lhe presidir” (JACINTO, 2009).

⁹⁵ Art. 53 - Compete ao Ministério Público, no processo penal, colaborar com o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito, obedecendo em todas as intervenções processuais a critérios de estrita objectividade. Compete em especial ao Ministério Público: a) Receber as denúncias, as queixas e as participações e apreciar o seguimento a dar-lhes; b) dirigir o inquérito; c) deduzir acusação e sustentá-la efectivamente na instrução e no julgamento; [...]

⁹⁶ a) Compete aos órgãos de polícia criminal coadjuvar as autoridades judiciárias com vista à realização das finalidades do processo; b) compete em especial aos órgãos de polícia criminal, mesmo por iniciativa própria, colher notícia dos crimes e impedir quanto possível as suas consequências, descobrir os seus agentes e levar a cabo os actos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova.

Aury Lopes Júnior (2001, p. 237) esmiúça bem o dispositivo legal. Segundo o autor, os atos estabelecidos são praticados pessoalmente pelo juiz da instrução, mas dependem de prévia petição do Ministério Público, da autoridade de polícia criminal, do arguido ou do assistente da acusação. Assim, há intervenção pessoal do juiz, como investigador, mas este não pode agir de ofício.

O artigo 269 ainda complementa os atos de competência do juiz de instrução:

“a) A efectivação de perícias, nos termos do nº 2 do artigo 154º; b) a efectivação de exames, nos termos do nº 2 do artigo 172º; c) buscas domiciliárias, nos termos e com os limites do artigo 177º; d) apreensões de correspondência, nos termos do nº 1 do artigo 179º; e) interceptação, gravação ou registro de conversações ou comunicações, nos termos dos artigos 187º e 189º; f) a prática de quaisquer outros actos que a lei expressamente fizer depender de ordem ou autorização do juiz de instrução” (grifo nosso).

Percebe-se que esse artigo traz uma conotação distinta, o juiz não está mais na posição de investigador, e sim age como um garante, analisando a legalidade e determinando os limites da restrição de direitos fundamentais do arguido.

Essa dualidade de funções faz Aury Lopes (2001, p. 237) classificar a atuação do juiz em dois grupos – investigação e garantia –, destacando que, “apesar da aparente atividade instrutória do juiz, na verdade o protagonismo é do promotor e que não existe a figura do juiz instrutor”, prevalecendo “a postura garantista”⁹⁷.

Nesse sentido, Pimentel (2011) afirma que “nada obstante à sua existência, o juiz de instrução atua como verdadeiro juiz das garantias, pois sua função é reconhecidamente passiva, eis que atua como garantidor de direitos e sem iniciativa processual própria”.

⁹⁷ Para corroborar esse posicionamento, é relevante apresentar um recente acórdão do Porto Acórdão do Tribunal da Relação do Porto Ac. TRP de 16-03-2011: I. A direcção do inquérito cabe ao Ministério Público, pelo que só haverá lugar à intervenção do juiz de instrução criminal nos casos excepcionais previstos na lei e que se prendam com a defesa dos direitos, liberdade e garantias dos cidadãos. II. Assim, é da competência do juiz de instrução a declaração de perda, a favor do Estado, de bens apreendidos, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito. [...] Acórdão do Porto Acórdão do Tribunal da Relação do Porto 16/03/2011 Proc. nº 551/08.9GBV LG-A.P1 (grifo nosso) Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/fcf8a67d786b743280257865002de0b2?OpenDocument>. Acesso em: 03 fev. 2012.

Logo, o juiz da instrução criminal português é um juiz das liberdades, o juiz que, na fase preparatória, controla o respeito pelos direitos individuais do investigado.

Vale destacar, ainda, que nos termos do artigo 40⁹⁸ do Código de Processo Penal português, o juiz instrutor está impedido de julgar.

Aury Lopes (2001, p. 238) concorda com esse impedimento e assevera que esse juiz não “poderá atuar na fase processual e, seguindo a doutrina do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, por haver praticado atos ou decidido sobre questões incidentais do inquérito, está prevento e tem sua parcialidade comprometida”.

Assim, o juiz português, influenciado pela legislação alemã, tem competência para participar da fase de investigação preliminar como garantidor, mas diverge do juiz alemão no tocante à sua impossibilidade de atuação posterior na fase processual.

Como se verá, essa regra de impedimento de atuação do mesmo no juiz em fases sucessivas da persecução penal foi acolhida pelo anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal.

3.2.3 Itália

A Itália passou por uma reforma processual em 1987/1988, entrando em vigor seu *Codice di Procedura Penale* em 1889, deixando de lado a ideologia fascista estampada no Código Rocco de 1930.

Como afirma Ferrajoli (2010, p. 677), o Código de Processo Penal de 1989 adotou o sistema acusatório, configurando o novo processo como uma “relação trigonal entre juiz, acusação e defesa, em antítese ao processo do Código Rocco,

⁹⁸ Artigo 40.º Impedimento por participação em processo - Nenhum juiz pode intervir em julgamento, recurso ou pedido de revisão relativos a processo em que tiver: a) aplicado medida de coacção prevista nos artigos 200º a 202º; b) presidido a debate instrutório; c) participado em julgamento anterior; d) proferido ou participado em decisão de recurso ou pedido de revisão anteriores; e) recusado o arquivamento em caso de dispensa de pena, a suspensão provisória ou a forma sumaríssima por discordar da sanção proposta. A legislação está disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis> Acesso em: 24 jan. 2012.

que era baseado, no tocante à fase instrutória, na confusão entre juiz e acusação e na relação diádica inquisidor/inquirido⁹⁹.

A principal inovação estrutural oferecida foi a supressão da figura do juiz instrutor e sua substituição pelo *giudice per le indagini preliminari*, que não realiza atos instrutórios, e sim zela pela legalidade da investigação.

Para entender quais as funções assumidas por essa nova figura, passa-se a explicar o que é e como funciona a primeira etapa do processo penal italiano, a *indagini preliminari*.

Nos termos do art. 326¹⁰⁰ do Código de Processo Penal, a fase preliminar é concebida como as investigações realizadas pelo Ministério Público e pela polícia judiciária necessárias ao exercício da ação penal.

Como se denota, o Ministério Público passa a desenvolver atividades instrutórias, sendo o responsável pela direção da investigação, tendo à sua disposição a polícia judiciária¹⁰¹.

É o Ministério Público que delimita os contornos da investigação e a direciona, devendo o juiz intervir nos limites postulados por esse órgão¹⁰².

Ao *giudice per le indagini preliminarari*, que é rotulado como juiz garante¹⁰³, compete o controle da adoção e realização das medidas restritivas de direito fundamentais do investigado, tais como as cautelares e interceptações

⁹⁹ “En Italia la reforma del CPP de 1989 se decantó por una clara aproximación al sistema acusatorio “puro” sustentado en dos pilares: la estricta separación entre las funciones del fiscal y del tribunal, propiciando un auténtico “proceso de partes”, y la clara diferenciación entre fase previa al juicio y fase judicial” (DEU, 2007).

¹⁰⁰ Art. 326 (*Finalità delle indagini preliminari*) 1. Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale.

¹⁰¹ Art. 327 (*Direzione delle indagini preliminari*) 1. Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria che, anche dopo la comunicazione della notizia di reato, continua a svolgere attività di propria iniziativa secondo le modalità indicate nei successivi articoli

¹⁰² Nesse sentido: Nel nuovo sistema processuale penale, di tipo acusatorio, il giudice per le indagini preliminari può conoscere dei fatti processuali, unicamente nei limiti del l'invetitura ricevuta dal pubblico ministero (GAITO; BARGI, 2007, p. 1230). Dal principio secondo cui unico titolare delle indagini è il pubblico ministero che le dirige, discende che il giudice rimane durante tutta la fase, estraneo ad esse ed interviene per provvedere, sulle richieste delle parti e della persona offesa, solo nei casi previsti dalla legge (APRILE; SILVESTRE, 2011, p. 10).

¹⁰³ “En orden a equilibrar las diferentes fuerzas del fiscal y el imputado como partes opuestas, salvaguardando los derechos del acusado, se ha reintroducido la figura del juez como garante” (DEU, 2007).

telefônicas; controle da duração da investigação preliminar e a função de garantia da formação antecipada da prova¹⁰⁴.

A ele também compete analisar o pedido de arquivamento encaminhado pelo promotor. Nessa atividade ele deve se deter no mérito da conduta investigada e, se não concordar com o pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público, poderá determinar a continuidade da investigação ou, ainda, determinar que o promotor ajuíze sua acusação.

Andrade (2011, p. 49) adverte que, ao agir desse modo, o juiz se afasta da posição de garante e se assemelha ao juiz instrutor, na primeira hipótese; e corre o risco de ser mais acusador que o próprio Ministério Público, na segunda.

Assim, esse ponto da legislação italiana está em desacordo com a lógica que se pretendeu implantar, qual seja, afastar-se do juiz instrutor e suas características e implementar o sistema acusatório.

É importante, ainda, destacar que nos termos do artigo 34, 2-bis do *Codice di Procedura Penale*¹⁰⁵, a regra é que o juiz que atua na fase de investigação está impedido de atuar na fase processual.

Aury Lopes (2001, p. 224) afirma que o juiz que atua na investigação preliminar, ainda que somente tenha decretado a prisão cautelar, está prevento¹⁰⁶, ou seja, sua imparcialidade está comprometida e, por isso, não pode julgar. Ele cita a sentença da *Corte Costituzionale* nº 432 de setembro de 1995 para confirmar sua posição¹⁰⁷.

Em suma, depreende-se que o *giudice per le indagini preliminari* atua fundamentalmente como garante dos direitos individuais, participando no curso das investigações sem ser o titular das funções de investigação, as quais se encontram encomendadas ao Ministério Público, que é auxiliado pela polícia judiciária.

¹⁰⁴ *Durante la fase delle indagini, il giudice per le indagini preliminari interviene in funzione di garanzia in tema di diritti fondamentali, di speditezza del procedimento, di obbligatorietà dell'azione penale e di assunzione anticipata della prova, laddove, invece, nella fase processuale svolge anche funzione decisionali* (APRILE; SILVESTRI, 2011, p. 13).

¹⁰⁵ 2 bis. *Il giudice che nel medesimo procedimento ha esercitato funzioni di giudice per le indagini preliminari non può emettere il decreto penale di condanna, né tenere l'udienza preliminare; inoltre, anche fuori dei casi previsti dal comma 2, non può partecipare al giudizio.*

¹⁰⁶ Destaca-se que Aury Lopes entende que a prevenção é causa de exclusão de competência.

¹⁰⁷ *“È incompatibile a partecipare al dibattimento il gip che ha adottato nel procedimento una misura cautelare (sentenza Corte Costituzionale 15 settembre 1995 n. 432) Consiglio Superiore della Magistratura* (http://www.csm.it/circolari/1014_6.pdf. Acesso em: 20 jan. 2012).

Enfatiza-se que os reflexos das reformas processuais dos países europeus projetaram-se na América Latina, impulsionando uma onda de reformulações, como se passa a expor¹⁰⁸.

3.2.4 Paraguai

O processo de reforma judicial e de transformação institucional começou no Paraguai com a aprovação de sua Constituição Nacional, no ano de 1992.

A Constituição instituiu vários direitos processuais, conforme leitura do artigo 17, que se transcreve:

“Artículo 17 - DE LOS DERECHOS PROCESALES

En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a:

- 1. que sea presumida su inocencia;*
- 2. que se le juzgue en juicio público, salvo los casos contemplados por el magistrado para salvaguardar otros derechos;*
- 3. que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales;*
- 4. que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho. No se pueden reabrir procesos fenecidos, salvo la revisión favorable de sentencias penales establecidas en los casos previstos por la ley procesal;*
- 5. que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección;*
- 6. que el Estado le provea de un defensor gratuito, en caso de no disponer de medios económicos para solventarlo;*
- 7. la comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación;*
- 8. que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas;*
- 9. que no se le opongán pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas;*
- 10. el acceso, por sí o por intermedio de su defensor, a las actuaciones procesales, las cuales en ningún caso podrán ser secretas para ellos. El sumario no se prolongará más allá del plazo establecido por la ley, y a*
- 11. la indemnización por el Estado en caso de condena por error judicial”.*

¹⁰⁸ Na América Latina, principalmente a partir dos anos 80, sentiu-se a necessidade de reformulação das legislações processuais penais buscando ajustá-las ao sistema acusatório. Andrade (2011, p. 50) afirma que na América Latina a retomada do sistema acusatório pela Alemanha “serviu como verdadeira certificação internacional quanto à necessidade de reforma das legislações processuais penais que não se ajustavam aos ideais daquele sistema”. Neste sentido, Cabezón (2010) afirma que “*la justicia en América Latina ha estado sometida en los últimos años a un proceso intenso de transformación institucional y procesal. Quizás si el caso más paradigmático ha sido la reforma procesal penal implementada en la gran mayoría de los países de la región por medio de la cual se sustituyeron diversas formas de sistemas inquisitivos por nuevos modelos de enjuiciamiento acusatorios.*”

Essa reforma rumo a um sistema mais garantista obrigou o Paraguai a editar um novo Código de Processo Penal.

A sanção do Novo Código de Processo Penal se deu em novembro de 1997, entrando em vigor, depois de um período de transição, em março de 2000.

As garantias estampadas nessa Constituição serviram de base para o Código de Processo Penal e em muitos pontos o Código é uma cópia literal da Constituição.

Entre os institutos e procedimentos mais significativos introduzidos com a reforma do Código de Processo Penal, destaca-se:

Asignación al Ministerio Público de importantes facultades en la investigación del delito y en la dirección de la policía durante la etapa preparatoria; introducción de mecanismos procesales que garanticen al ciudadano el pleno derecho a disfrutar de una defensa efectiva; aplicación de mecanismos de control relativos a la duración del proceso, incorporación del juicio oral como acto central del procedimiento (DUARTE, 2011, p. 173).

Observa-se que esse código adotou a etapa preparatória como meio de investigação, sendo esta de responsabilidade do órgão encarregado de promover a ação penal, ou seja, o Ministério Público. Este órgão dirige a investigação por meio de seus “*agentes fiscales, asistentes fiscais e otros funcionarios junto a sus órganos auxiliares que son la Policía Nacional y la Policía Judicial, de necesaria creación*” (DUARTE, 2011, p. 178).

Nessa etapa preparatória, o *juez penal de garantías* não tem intervenção direta na investigação, não possui iniciativa probatória e, consoante tendência europeia, controla a legalidade dessa investigação.

Como bem menciona o referido autor paraguaio:

En la etapa preparatoria se espera que el juez penal asuma una posición de garante de los derechos del imputado, contra cualquier posibilidad de abuso o violaciones por parte de los acusadores o sus órganos auxiliares; nunca debe asumir funciones persecutorias o de investigación (DUARTE, 2011, p. 177).

Assim, o juiz “*debe constituirse en el último garante y refugio de los imputados*” (DUARTE, 2011, p. 177).

O juiz das garantias paraguaio está impedido, por expressa determinação legal, de atuar como julgador do fato a que teve contato na fase de investigação, salvo no caso de procedimento abreviado¹⁰⁹ (ANDRADE, 2011).

Conclui-se que o *juez penal de garantías* em muito se assemelha ao juiz que atua na fase de investigação preliminar em países europeus, como Itália e Portugal.

3.2.5 Argentina

Toma-se como base para o estudo do processo penal argentino o Código de Processo Penal da Província de Buenos Aires, em razão de seu peso determinante na estrutura econômica, política e social daquele país¹¹⁰.

Em 1988, foi concretizada na província de Buenos Aires uma série de reformas processuais. As principais inovações foram:

a) El establecimiento de un sistema procesal acusatorio en el que se diferencié claramente la función de acusar y de juzgar; b) la Investigación Penal Preparatoria (IPP) a cargo del ministerio Público, con el control del juez de garantías; c) un sistema de coerción procesal sobre el imputado basado en el riesgo procesal d) el procedimiento oral y público para todos los procesos; e) la imposición de plazos procesales fatales para la terminación del proceso instituciones procesales tendientes a su abreviación y salidas alternativas como la conciliación; f) y el fortalecimiento de la defensa pública gratuita (PALMIERI, 2004).

Observa-se que a investigação também é repassada para o Ministério Público.

Em relação ao juiz das garantias, este foi “erigido à condição de figura-chave de seu novo sistema processual penal” (ANDRADE, 2011, p. 56).

¹⁰⁹ Nos casos de crime cuja pena seja inferior a cinco anos de prisão ou cuja sanção não estabeleça privação de liberdade, o Ministério Público pode, em conjunto com o defensor e o acusado, requerer a aplicação antecipada de pena, quando haja confissão. Logo, o juiz das garantias paraguaio pode aplicar a pena, ainda que tenha participado da investigação (ANDRADE, 2011, p. 55).

¹¹⁰ *La provincia cuenta con una población de aproximadamente 13.827.203 habitantes, de la que el 8.684,437 (62,81 %) se ubica en el Gran Buenos Aires (datos del censo 2001, INDEC, página web). Densidad de población en los partidos del Gran Buenos Aires: 2.394,4 hab/km² (dato del INDEC) (PALMIERI, 2004).*

Referindo-se à posição *do juez de garantía* na reforma do processo penal da província de Buenos Aires, Bertolino (2000, p. 11) atesta que:

La aparición del juez de garantías en el proceso bonaerense responde a la necesidad de adecuar el procedimiento al sistema acusatorio, en donde las funciones de investigar y perseguir penalmente y las de juzgar o aun decidir sobre el mérito de las investigaciones previas debe deslindarse física y conceptualmente.

Esse magistrado tem competência para atuar na fase de investigação e na fase intermediária (de recebimento/rejeição da acusação ou exame de pedido de arquivamento da investigação pelo Ministério Público)¹¹¹ (ANDRADE, 2011, p. 56).

Também recai sobre o juiz das garantias bonaerense o impedimento de atuação no julgamento do processo, revelando-se a preocupação com a manutenção da máxima imparcialidade do juiz, como se explicará no capítulo que se segue.

Destaca-se que outros países da América Latina também apresentaram reformulações em seus sistemas penais, tais como Chile¹¹², Peru, Bolívia e Colômbia, mas os dois países analisados, Paraguai e Argentina (província de Buenos Aires), são comumente invocados para justificar a implantação do juiz das garantias no Brasil (ANDRADE, 2011).

Nesses termos, a proposta de implantação do juiz das garantias no Brasil surge para:

Aproximar o modelo brasileiro daquele existente, por exemplo, na Itália ou acompanhar a larga tendência identificada nas reformas latino-americanas, as quais, em sua marcante maioria, edificaram mecanismos idênticos àqueles reformados na Europa para afastar o juiz do domínio matéria da investigação e destinar sua atuação ao controle da legalidade das investigações e a eventual necessidade de mitigarem-se direitos fundamentais da pessoa suspeita (CHOUKR, 2011, p. 275).

¹¹¹ O sistema bonaerense desenvolve-se em três etapas, com as seguintes características: “a) una etapa de investigación escrita y con pretensiones de ser menos formalizada que la existente en el marco del código anterior, conducida por el Ministerio Público bajo el control jurisdiccional del juez de garantías y controlado, a su vez, por la cámara de garantías; b) el control de la acusación por parte del juez de garantías y la cámara, a requerimiento de la defensa y una posterior audiencia de preparación del juicio ya en la etapa de debate, efectuada por el mismo tribunal que entenderá en la causa. c) y una etapa de debate oral o juicio abreviado” (PALMIERI, 2004).

¹¹² Com a reforma processual chilena, implantada entre 2000 e 2005, criou-se figura do *juez de garantía*, também responsável por salvaguardar os direitos fundamentais na fase de investigação e impedido de atuar na fase processual.

Destarte, como se passa a examinar no próximo capítulo, o anteprojeto da reforma do Código de Processo Penal brasileiro elegeu características e elementos semelhantes aos apresentados nos países estudados, para criar a figura do juiz das garantias, tais como: inspiração para nomenclatura, preocupação com a efetivação do sistema acusatório¹¹³ e garantia da máxima imparcialidade do juiz.

¹¹³ Ressalte-se que, ao contrário dos países europeus e latino-americanos analisados, a implementação do juiz das garantias no Brasil não marca uma transição efetiva do sistema misto para o sistema acusatório. Não há em nossa legislação a previsão da figura do juiz instrutor e nossa fase de investigação preliminar não tem natureza jurisdicional, estando a cargo da polícia judiciária. Contudo, a figura do juiz das garantias vem reforçar as características do sistema acusatório que se pretende assegurar, ajustando nosso Código de Processo Penal aos preceitos constitucionais, como se denotará da exposição feita no capítulo que segue.

4 ESTRUTURAÇÃO TEÓRICA E LEGISLATIVA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL

Como explanado no primeiro capítulo, por várias vezes foram propostas reformulações no Código de Processo Penal. As principais mudanças recaíam comumente sobre a investigação, os sujeitos processuais e seus papéis.

O anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal apresentado em 2009 ao Senado não fugiu desse contexto; a inovação que mais causou alvoroço foi certamente a proposta de criação de um novo personagem na cena processual brasileira, o juiz das garantias.

Essa novel figura surge, nos termos do anteprojeto, como o baluarte do modelo acusatório, salvaguardando os direitos fundamentais do acusado na investigação criminal¹¹⁴.

Pretende-se claramente sacramentar o papel do magistrado na fase de investigação, estabelecendo os limites de sua atuação, evitando-se desvios que eventualmente ocorrem no atual sistema criminal brasileiro¹¹⁵.

Ele desponta, também, como medida adequada para afastar a possível parcialidade do juiz que teve contado com a colheita da prova na fase pré-processual, uma vez que, como se explicitará, o juiz das garantias tem sua competência limitada à fase de investigação, sendo impedido de atuar na fase processual.

Com sua implementação intenta-se aperfeiçoar e agilizar a atuação jurisdicional criminal, em razão da especialização da matéria.

¹¹⁴ Artigo 14 do anteprojeto disciplina que: "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 [...]"

¹¹⁵ Como bem alerta Pitombo (2009), "a experiência tem mostrado que certos magistrados adotam ativismo excessivo na investigação criminal, ao fazerem reuniões com policiais antes de operações, ao decretarem, de ofício, medidas assecuratórias e ao chegarem a sugerir que se requeiram prisões cautelares. Longe da proteção dos investigados contra a arbitrariedade, passam eles a tratar com aparência de normalidade práticas policiais em desconformidade com a ordem jurídico-constitucional, tais como o uso indevido de algemas, a exposição pública de pessoas presas, a apreensão desmensurada de documentos e a interceptação telefônica sem restrição temporal, entre outros abusos. Em simples palavras, perdem tais juízes de direito a equidistância necessária ao exercício da jurisdição, para se tornarem algozes dos investigados - em casos de repercussão, especialmente. [...] Torna-se o magistrado um escudeiro da pretensa legitimidade da investigação criminal, em vez de juiz imparcial capaz de enxergar as aberrações que se deram no procedimento investigatório".

Sendo assim, é de extrema valia a transcrição de parte da Exposição de Motivos do Anteprojeto (BRASIL, 2009, p. 17), pois permite compreender os motivos justificadores da criação dessa figura processual:

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

Evidencia-se, assim, que há três principais argumentos para justificar e motivar a implementação do juiz das garantias no Brasil: adequação da figura do juiz à estrutura acusatória proposta pelo Código, manutenção da imparcialidade do juiz da causa com o seu distanciamento dos elementos colhidos na investigação e otimização da atuação jurisdicional criminal¹¹⁶.

Contudo, por mais promissora que seja a criação dessa nova figura, é necessário trazer à baila alguns questionamentos: o juiz das garantias representa o ajuste acusatório tão necessário em nosso sistema processual? Em que medida essa nova figura representa um avanço legislativo?

Afinal, quais são os obstáculos para sua implementação no Brasil?

Buscando respostas a essas indagações, será possível averiguar a validade dos argumentos para criação do juiz das garantias e sua necessidade de implantação.

¹¹⁶ Nesse sentido, Andrade (2011) analisa o texto da exposição de motivos e assevera que as justificativas apresentadas para a criação do juiz das garantias são distribuídas em três argumentos distintos, embora um ou outro possa apresentar certo grau de conexão: princípio acusatório; otimização da atuação jurisdicional criminal; e distanciamento do juiz.

4.1 O juiz das garantias e o sistema acusatório

Como visto no primeiro capítulo, a proposta de reformulação do Código de Processo Penal surgiu da necessidade de se criar um *codex* no qual convergissem todos os princípios e garantias fundamentais estampados na Constituição Federal¹¹⁷ de 1988, adequando-se nossa legislação processual penal ao sistema acusatório¹¹⁸.

Como peça-chave para essa adequação, tem-se a figura do juiz das garantias¹¹⁹.

Nas palavras de Fabiano Silveira (2011, p. 250), um dos membros da comissão redatora do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal do anteprojeto:

O juiz das garantias está na essência do sistema acusatório desenhado no PLS nº 156 de 2009. Um é a imagem refletida do outro. Chego a dizer que a separação e a especialização do agente judicial no tocante às fases da investigação e do processo representam a etapa de maior refinamento e de afirmação do sistema acusatório (grifo nosso).

O texto do anteprojeto, em seu artigo 4º, revela claramente a adoção do modelo acusatório pelo novo Código de Processo Penal, nos termos dos limites e diretrizes por ele projetados¹²⁰.

¹¹⁷ Acentua-se que, ao contrário da Constituição Portuguesa de 1978, nossa Constituição da República não se filiou expressamente ao modelo acusatório como sistema de processo penal no país. Contudo, apesar de não existir expressa eleição do sistema acusatório, a Constituição da República de 1988 apresenta um rol de direitos e garantias fundamentais que acenam sua opção de princípios compatíveis com o sistema acusatório. Nesse sentido, Prado (2005, p.195) afirma que se “aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou”.

¹¹⁸ O “salto em direção ao sistema acusatório” é citado por Jacinto Coutinho (2010) como a “mais relevante mudança trazida no Código de Processo Penal (CPP) que está vindo. Ora, o sistema do código atual é inquisitório e dele é que todos nós queremos nos livrar: ele deu no que está aí e só um hipócrita poderia dizer que está bom com esta”.

Ele afirma que a Comissão que elaborou o anteprojeto “partiu da ideia de que para se fazer um novo código seria imprescindível compatibilizar a estrutura toda com a Constituição”.

¹¹⁹ Como já visto, a exposição de motivos informa que a instituição do juiz das garantias “era de rigor” para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório.

¹²⁰ De acordo com Andrade (2011), a fixação do sistema acusatório, como sistema de processo a ser seguido pelo Brasil, foi um significativo passo no sentido de unificar nossa cultura processualista em torno de uma só concepção.

Reforçando esse posicionamento, Schneider (2010) afirma que:

A intenção do legislador, ao criar a figura do juiz das garantias, foi de assegurar, primordialmente, o sistema acusatório. Não é coincidência que, já no art. 4º do projeto de reforma do CPP, tal referência é estabelecida expressamente: “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”.

Nota-se que a questão central gira em torno do sistema acusatório e a posição do juiz na fase pré-processual.

Logo, para se alcançar a exata compreensão da possível ligação entre o juiz das garantias e o sistema acusatório, é necessário, inicialmente, delimitar conceitualmente esse sistema.

4.1.1 Sistema acusatório

Sem dúvida a elaboração ou alteração de um Código de Processo Penal “depende, antes de tudo, da eleição do sistema processual. Tanto a fase de investigação como a judicial seguem os princípios do sistema adotado, possibilitando o encadeamento lógico-normativo” (BORGES, 2003, p. 47).

Assim, feita a opção pelo sistema acusatório, todas as novas propostas devem se amoldar aos preceitos desse sistema para ter validade.

Por tal razão, deve-se examinar a adequação do juiz das garantias à estrutura acusatória.

Pontua-se que não existe, entre os doutrinadores, consenso sobre o conceito do sistema¹²¹ acusatório, sendo árdua a tarefa de delimitá-lo histórica e conceitualmente¹²².

¹²¹ Percebe-se que sequer há delimitação do conceito da palavra “sistema” e ora os doutrinadores usam a palavra sistema acusatório, ora modelo, ora princípio. Para Andrade (2008, p. 30), o termo sistema jurídico pode ser inicialmente definido como a reunião, conscientemente ordenada, de entres, 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. Os sistemas processuais penais seriam subsistemas do sistema jurídico, que se caracterizam pela reunião e organização de elementos de ordem processual penal, permitindo sua investigação e aperfeiçoamento constantes.

Os juristas impõem o estudo desse sistema em dois momentos históricos distintos, quais sejam, o período clássico e a atualidade¹²³.

A análise desses períodos permite que se detectem os principais elementos e princípios que identificam e regem o sistema acusatório, delimitando seus contornos¹²⁴.

Para Maier (2004, p. 444), a característica fundamental do sistema acusatório reside:

En la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros: su principio fundamental que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo, y, por otra parte a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye.

De acordo com Vázquez (1984, p.95) a adoção do sistema acusatório implicaria:

a) La existencia de un acusador que reclame en Juicio ante un Juez imparcial, totalmente ajeno a los hechos; b) La existencia de un acusado frente al cual el juicio se pide, acusado que podrá ser uno o varios pero en todo caso determinados e identificados como destinatarios o sujetos pasivos de la acusación y del juicio; c) que el juez o tribunal encargado del juicio y de dictar sentencia no haya tenido previamente intervención en la instrucción o preparación de La causa y ni siquiera se haya pronunciado sobre la procedencia de conceder el juicio (resolviendo en este sentido el llamado 'juicio de acusación', previo al de fondo), a fin de que el juez que va juzgar se mantenga con absoluta imparcialidad; d) que el tribunal no extienda el juicio más Allá del hecho justiciable o

¹²² “Se fizéssemos um pequeno levantamento entre os principais autores de diversos países – e de diversas ideologias – que, de alguma maneira, dedicaram seu tempo à abordagem dos sistemas de processo penal, sem grandes esforços chegaremos à constatação de que, de 10 autores consultados, 10 apresentarão conceitos diferentes para os sistemas acusatório, inquisitivo e misto” (ANDRADE, 2012)

¹²³ No sistema acusatório clássico, promove-se, de acordo com Andrade (2008), um estudo do direito ateniense e romano. Já ao apresentar a manifestação do sistema acusatório na atualidade, debruça-se sobre as características do processo penal adotado nos seguintes países: Inglaterra, Estados Unidos da América do Norte, Alemanha, Portugal e Itália. Aury Lopes (2006) também analisa o sistema acusatório em dois momentos históricos, remontando à origem do sistema acusatório no direito grego e sua lenta retomada depois da Revolução Francesa, identificando suas características.

¹²⁴ Andrade (2008, p. 111) afirma que todas as descrições encontradas no meio doutrinário se referem a tipos ideais do sistema acusatório, pois não se pode dizer que exista um conceito de sistema acusatório que se aplique integralmente tanto em sua realidade histórica, como em sua realidade atual.

hechos con él conexos, según las acusaciones se los hayan sometido, para evitar que respecto a hechos no comprendidos en la acusación se venga a 'proceder de oficio' con vulneración de lo que es piedra angular de todo el sistema: Nemo iudex sine actore [...]

Lopes Júnior (2006, p. 164) afirma que, na atualidade, a forma acusatória caracteriza-se pela:

a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes; c) mantém-se o juiz como terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à colheita de prova, tanto de imputação quanto 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 sentença 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 duplo grau de jurisdição.

Partindo-se dos conceitos apresentados, observa-se que, em relação ao magistrado, o sistema acusatório apresenta as seguintes características: a) a separação entre a figura do juiz e da acusação como nota principal desse sistema; b) a atuação do juiz como terceiro imparcial e alheio ao trabalho de investigação; c) ainda para Vázquez, que o juiz que seja encarregado de proferir a sentença não tenha previamente intervenção na fase de investigação.

Em nosso processo penal, como pontuado no primeiro capítulo, observa-se a separação das funções de acusar e julgar, o que indica que já se marcha rumo à consolidação do sistema acusatório.

Contudo, precisa-se caminhar a passos mais delineados e certos para que nossa legislação, e quiçá alguns doutrinadores, se afastem cada vez mais dos ranços inquisitoriais que os perseguem.

A comissão redatora do anteprojeto foi sensível a essa necessidade e, observando as características do sistema acusatório, aqui descritas, deu um passo adiante e estipulou como norma no Código de Processo Penal a vedação da iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Preocupou-se, principalmente, em assegurar a máxima imparcialidade do juízo, como a seguir demonstrado.

4.2 Ausência de iniciativa investigatória do juiz

O anteprojeto, buscando manter a lógica do sistema acusatório, coíbe a participação do magistrado em tarefas puramente investigatórias, nos termos de seu artigo 4º¹²⁵.

Sabe-se que no “sistema acusatório ideal, com o órgão julgador passivo diante das partes, não deve o juiz praticar atos de colheita preliminar de provas” (ABADE, 1997, p. 12)¹²⁶.

Assim, a vedação prevista no artigo 4º do anteprojeto de fato demonstra que se pretende romper com a matriz inquisitória que formata o processo penal brasileiro desde as Ordenações¹²⁷.

Se assim for aprovado, o anteprojeto põe termo “à tradição inquisitória da produção da prova de ofício pelo juiz, que se iniciou no período das Ordenações com a adoção das inquisições-devassas do Direito Canônico” e que se perpetuou em nossas legislações, mantendo-se viva, inclusive, no Código de 1941¹²⁸ (MARQUES, 2009, p. 152).

Nesse prisma, a instituição do juiz das garantias reafirma o papel do juiz como “guardião da legalidade e dos direitos individuais no curso da investigação, afastando-o de uma concepção fortemente inquisitória que o focava como ator

¹²⁵ Ressalte-se que, como visto na introdução, nos termos do ordenamento jurídico atual (artigo 156, I, com redação dada pela Lei 11.690/08), o juiz pode ordenar de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas. Ademais, também se prevê a possibilidade do magistrado, *ex officio*, decretar a prisão preventiva, no curso da ação penal (art. 311, CPP); decretar busca e apreensão (art. 242, CPP) e sequestro de bens (art. 127, CPP). Essa iniciativa do juiz recebe inúmeras críticas. Lopes Júnior (2011, p. 131) afirma que a redação do artigo 156 “consagrou o juiz-instrutor-inquisidor com poderes para, na fase de investigação preliminar, colher de ofício a prova que bem entender, para depois, no processo, decidir a partir de seus próprios atos. Decide primeiro, a partir da prova que ele constrói, e depois, no golpe de cena, se transforma o processo, formaliza essa decisão”.

¹²⁶ Nesse sentido, Zilli (2010) afirma que a filiação do sistema brasileiro à cartilha acusatória e o equacionamento dos papéis dados aos atores processuais foram solucionados a contento pelo projeto do novo CPP que se encontra tramitando no Congresso Nacional. Com efeito, pela proposta, a estrutura acusatória, além de ser reafirmada, galga o terreno dos princípios fundamentais. Trata-se de importante sinal que conduz a várias consequências, entre as quais a expressa inadmissibilidade de atuações investigatórias do juiz.

¹²⁷ Insta aclarar que com a queda do sistema inquisitório e a conseqüente divisão de tarefas entre três sujeitos distintos, a função acusatória deve ser exercida exclusivamente pelo Ministério Público, não dispondo mais o juiz de poderes amplos para investigar a verdade (MARQUES, 2007).

¹²⁸ Lembre-se de que nosso Código de Processo Penal concede ao juiz a oportunidade de produzir prova antes de proferir a sentença e também ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, nos termos do art. 156, incisos I e II do CPP.

interessado no resguardo do sucesso da própria atividade investigatória” (ZILLI, 2010, p. 19).

Não se pode olvidar que a inserção desse artigo no anteprojeto traz implicações claras. O magistrado que atua na fase de investigação (juiz das garantias) é impedido de determinar a produção antecipada de prova¹²⁹, de ordenar a realização de buscas e apreensões, interceptações telefônicas e prisões temporárias, de ofício. A ele cabe decidir tais questões, sempre que provocado¹³⁰.

De acordo com Zilli (2010, p. 20), o fato de o juiz não mais poder decretar a interceptação das comunicações telefônicas sem requerimento prévio do sujeito legitimado para fazê-lo, é prudente em face da natureza eminentemente investigativa da medida. Afinal:

O juiz que determina a interceptação, independentemente de provocação, se antecipa aos sujeitos que seriam naturalmente interessados nos resultados de tal meio de busca de prova, assumindo ele próprio o papel do investigador. É justamente isso que o projeto procura coibir¹³¹.

¹²⁹ Ao contrário do que se prevê hoje, o juiz não irá mais determinar a produção antecipada de provas, e sim “decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa”, como dispõe o artigo 14, inciso VII do anteprojeto – redação final.

¹³⁰ Os incisos I a XVII do artigo 14 relatam, de maneira não exaustiva, quais são as competências do juiz das garantias: I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555; III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal; V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI – decidir sobre os pedidos de: 5 a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado. XII – julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º; XIV – arquivar o inquérito policial; XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37; XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo.

¹³¹ Nos ensinamentos de Choukr (2011, p. 273), o juiz das garantias “não é um juiz investigador”, não tendo qualquer semelhança funcional com o juiz instrutor.

Infere-se que o anteprojeto busca firmar quais os papéis desempenhados pelos sujeitos processuais, afastando o juiz do domínio material da investigação e evitando qualquer comparação entre o juiz das garantias e o juiz instrutor, como observado no capítulo anterior.

Consolida-se o conceito de que o juiz não exerce o papel de investigador, e sim de garantidor dos direitos fundamentais, assegurando-se também sua imparcialidade, como se passa a analisar¹³².

4.3 Preservação da máxima imparcialidade

O juiz das garantias surge com o compromisso de garantir o “distanciamento do juiz responsável pela decisão de mérito do processo em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão de acusação” (BRASIL, 2009, p. 17).

Esse distanciamento do juiz do processo dos elementos colhidos na fase de investigação é assegurado pela “regra de ouro”¹³³ do juiz das garantias, que consiste no impedimento segundo o qual o magistrado que participou na fase de investigação não poderá atuar no processo (SILVEIRA, 2011, p. 256).

Afirma-se, assim, que haveria separação entre os órgãos judiciais que atuam na fase da investigação e na fase processual, sendo que a participação do juiz na fase de investigação passaria a ser interpretada como um critério de exclusão de competência¹³⁴, impedindo a atuação desse mesmo magistrado em relação à futura fase processual.

¹³² Ressalte-se que Aury Lopes (2011, p. 130) considera que “a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É o contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e outro, de inércia”.

¹³³ A “regra de ouro” citada por Fabiano Silveira está insculpida no art. 16 do projeto, a qual se transcreve: “art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14, ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748”. Assim, se o juiz praticar qualquer conduta como receber o auto da prisão em flagrante estará impedido de atuar na fase processual.

¹³⁴ E não mais de atração, que é o que leva à existência do instituto da prevenção, como ocorre no Código Processual Penal em vigor, nos termos do art. 83.

Essa separação de atuação causada pela implementação da figura do juiz das garantias representa um mecanismo jurídico de proteção à imparcialidade do juiz da causa, impedindo que este atue contaminado por sua atuação anterior.

Explicitando tal afirmação, Maya (2011, p. 219) atesta que a efetiva aproximação do magistrado “do material informativo colhido no inquérito policial lhe retira a imparcialidade exigida para a posterior condução do processo e emissão de uma decisão de mérito”¹³⁵.

Sob esse ponto de vista, essa regra de impedimento evitaria o “inegável comprometimento de resultado e vinculação psicológica que o magistrado que atuou na investigação carrega para dentro da ação penal”¹³⁶ (MORAES, 2010, p. 22).

É o que se extrai também dos ensinamentos de Aury Lopes, que foi o precursor da defesa dessa separação de competências entre os juízes que atuam ao longo da persecução penal¹³⁷.

Esse autor (2004, p. 10) propõe a reformulação da prevenção, afirmando que ela deve ser interpretada como uma causa de exclusão da competência¹³⁸ (e não de fixação, como se tem hoje):

Pois em nenhum caso esse juiz da fase pré-processual poderá ser o mesmo que irá instruir e julgar o processo. Juiz preventivo é juiz contaminado e, pois, jamais poderá julgar. Essa é a lição de mais de 20 anos de jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (grifo nosso).

¹³⁵ O autor concorda com a regra de impedimento e afirma “que a máxima efetividade do princípio da imparcialidade exige que o juiz que proferiu alguma decisão no âmbito da investigação preliminar não seja o mesmo competente para presidir a instrução processual e proferir a sentença de mérito”.

¹³⁶ Nesse sentido, Silveira (2011, p. 260) aduz que, prevalecendo o texto aprovado pelo Senado Federal, o juiz ingressaria na fase processual sem o peso de já ter decidido a favor ou contra uma das partes e, além disso, despido de vínculos pessoais com as decisões tomadas na fase anterior. Contudo, Abel Gomes (2010, p. 101) rebate essa afirmação, questionando: mas de onde se retirou empiricamente a conclusão de que isso se passa na psique dos juízes? Sobretudo, quando se deve levar em conta que, em nosso sistema jurídico, o juiz não toma parte de investigação alguma; não é ele um membro do Ministério Público chamado de magistrado; não é o executor da coleta do material cujo meio de prova a Constituição o obriga a examinar apenas no cabimento formal.

¹³⁷ Mauro Fonseca de Andrade (2011, p. 19) afirma que “a porta de entrada do juiz das garantias no Brasil passa, indiscutivelmente, pelas mãos de Lopes Jr., que nada menos de uma década vem pregando uma revisão da atuação do juiz na fase de investigação e, por decorrência, também do instituto da prevenção”.

¹³⁸ O autor repisa em seu livro *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional* (2011, p. 323), que o juiz garante não julga o processo, “até porque a prevenção deve excluir a competência por claríssimo comprometimento da imparcialidade” (nisso reside um dos grandes equívocos do nosso sistema).

Infere-se que um dos sustentáculos de defesa da implementação dessa novel figura está centrado na necessidade de separação das competências dos juízes que atuam na fase pré-processual e na fase processual de modo a garantir a imparcialidade do juiz que atuar na fase processual, evitando sua contaminação pelos dados colhidos na investigação preliminar. Invocam-se precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos para embasar tal posicionamento.

Portanto, para se depreender se tal argumentação é válida para justificar a criação do juiz das garantias, é preciso destrinchar o conceito de imparcialidade, analisar as decisões do Tribunal Europeu sobre o assunto.

4.3.1 Da imparcialidade do juiz

A reflexão sobre a delimitação conceitual de imparcialidade se impõe neste momento do estudo.

Inicialmente, é importante destacar que essa garantia processual não está inserida expressamente no catálogo de direitos fundamentais apresentados pela Constituição Federal de 1988. Contudo, a ausência de previsão expressa não pode ser interpretada como fator de exclusão dessa garantia do processo penal pátrio.

Como bem lembra Badaró (2011, p. 344), a imparcialidade do juiz é “elemento integrante do devido processo legal”, uma vez que não é “devido, justo ou équo um processo que se desenvolva perante um juiz parcial”. E isso bastaria para que se “afirmasse que a Constituição tutela o direito de ser julgado por um juiz imparcial”.

Ademais, não se pode olvidar que o direito de julgamento por um juiz imparcial está garantido nos principais tratados internacionais de direitos humanos¹³⁹, traduzindo-se em condição essencial da atividade jurisdicional e ponto crucial para a efetivação de todas as garantias constitucionais¹⁴⁰.

¹³⁹ O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966, bem como a Convenção Americana sobre Direito Humanos, em 1969, que foram promulgados pelo Brasil por meio dos Decretos 592/92 e 592/92, respectivamente, prevê o direito do julgamento por um tribunal/juiz imparcial.

¹⁴⁰ Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 132) aduz que sem imparcialidade não há efetivo contraditório.

Nesses termos, não resta dúvida de que a todo acusado é garantido o julgamento por um juiz imparcial. Assim, ante a ausência de um conceito legal, é preciso voltar o olhar para as construções doutrinárias que lapidaram o conceito de imparcialidade e de juiz imparcial.

É preciso destacar que não se pode confundir imparcialidade com neutralidade¹⁴¹.

A aspiração por um juiz neutro, que no exercício do julgamento abdicasse de seus valores desvencilhando-se de experiências passadas e da forma como observa o mundo que o cerca, foi deixada de lado.

Seria apenas quimera bradar por uma atuação jurisdicional neutra do magistrado e associar essa neutralidade à imparcialidade.

Como bem cita Maya (2011, p. 68):

Tanto a compreensão do juiz como homem inserido em um dado contexto social quanto os vieses psicanalíticos propostos por Jung e Freud conduzem à impossibilidade de pensá-lo como ser isolado do mundo, isento de valores e emoções, apto a colocar-se diante das controvérsias jurídicas sem experimentar, diante delas, nenhuma sensação emotiva.

Jacinto Coutinho (2001) acrescenta que o magistrado deve abandonar a máscara da neutralidade para assumir uma postura ideológica, desempenhando o papel de sujeito do conhecimento ativo, e não mais passivo. O juiz não pode ser visto como simples boca da lei¹⁴².

Assim, denota-se que ser imparcial não significa ser neutro.

Destaca-se que essa confusão entre neutralidade e imparcialidade não foi seguida pelo anteprojeto.

Não se tem, com a proposta de implementação do juiz das garantias, o anseio utópico de criar juiz despido de valores e ideologia, mas sim intentam-se

¹⁴¹ "O contato do julgador com a atividade persecutória torna promíscua sua relação com os fatos. Compromete a neutralidade do juiz. E, sem um juiz neutro, toda a atividade jurisdicional resta comprometida... Assim, qualquer contato prévio do juiz com as diligências tomadas no inquérito policial, por comprometer seu envolvimento psicológico com os fatos, além de eticamente reprovável, é inconstitucional" (ABADE, 1997, p. 12).

¹⁴² Sublinha-se que Recaséns Siches (1973) já sinalizava a necessidade de se abandonar a concepção formal de mera subsunção do fato à norma, que expunha o magistrado como um mero robô na aplicação das leis. Para ele, o juiz, diante de um caso particular, decide por meio da intuição do justo e do injusto, e não por meio do silogismo. Ele destaca que a função judicial é necessariamente valorativa. O juiz sempre valorava e, portanto, a sentença sempre conteria valorações (juízos axiológicos).

identificar situações em que possa pairar alguma incerteza sobre a imparcialidade do julgador que previamente praticou atos na fase de investigação.

Assim, rompe-se com a ilusão da neutralidade e caminha-se para um conceito mais concreto de imparcialidade.

Nesse ângulo, Maya (2011, p. 113) afirma que imparcialidade pressupõe a exata compreensão do julgador sobre sua formação subjetiva, sobre sua função, “para, com isso, adotar uma postura efetivamente distante (alheia) em relação aos interesses das partes envolvidas na controvérsia judicial, sem se deixar contaminar por eles”.

Nos ensinamentos de Gomes Filho (2001, p. 37), a imparcialidade pode ser concebida como:

Um valor que se manifesta, sobretudo, no âmbito interno do processo, traduzindo a exigência de que na direção de toda a atividade processual o juiz se coloque sempre *super partes*¹⁴³, conduzindo-se como um terceiro desinteressado, acima, portanto, dos interesses em conflito.

Desse modo, assevera-se que essa atuação equidistante impõe ao magistrado uma conduta de terceiro alheio aos interesses das partes.

Desenvolvendo ainda mais o conceito de imparcialidade, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos apresenta distinção entre imparcialidade subjetiva e imparcialidade objetiva, sendo essa divisão conceitual importante para a análise da relação entre a imparcialidade e o juiz das garantias, como se passa a expor.

4.3.2 A imparcialidade do juiz na doutrina do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos considera a imparcialidade essencial para a democracia. O Poder Judiciário deve inspirar confiança na sociedade e nos acusados, sendo imperiosa a rejeição de todo juiz impossibilitado de afiançar uma total imparcialidade.

¹⁴³ Destaque-se a observação feita por Jacinto Coutinho (2001, p. 11) de que o juiz não está acima das partes, mas deve estar “para além dos interesses delas”.

Com esse viés, a imparcialidade “tem sido analisada pela Corte Europeia sob dois diferentes pontos de vista, um subjetivo e outro objetivo” (MAYA, 2011, p. 106).

Desde o caso *Piersack vs. Bélgica*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos posicionou-se no seguinte sentido:

Se a imparcialidade se define ordinariamente pela ausência de pré-juízos ou parcialidades, sua existência pode ser apreciada de diversas maneiras. Pode-se distinguir entre um aspecto subjetivo, que trata de verificar a convicção de um juiz determinado em um caso concreto, e um aspecto objetivo, que se refere a se este oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável ao respeito (BADARÓ, 2011, p. 346)¹⁴⁴.

Denota-se que a imparcialidade subjetiva relaciona-se à ausência de preconceito ou tendenciosidades pessoais que possam viciar o julgamento.

Adverte-se que uma leitura apressada poderia levar o leitor a associar, erroneamente, a imparcialidade à neutralidade.

Como bem descreve Maya (2011, p. 107), ao exigir do juiz uma atuação jurisdicional livre de preconceitos ou pré-juízos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos não pretendeu negar “possíveis influências do subjetivo do julgador na decisão, o que representaria uma neutralidade, mas, sim,” garantir a “inexistência de uma opinião sobre o caso penal ou sobre as partes envolvidas ou aderir às razões das partes antes do momento oportuno, por qualquer razão que seja”.

Contudo, examinar a possível mácula da imparcialidade subjetiva¹⁴⁵ é uma tarefa complexa, uma vez que envolve aspectos pessoais do juiz, levando o Tribunal Europeu de Direitos Humanos a examinar principalmente a imparcialidade sob o aspecto objetivo (MAYA, 2011).

Nesse âmbito, esse tribunal passou a identificar hipóteses que afastariam ou colocariam em dúvida a imparcialidade do julgador¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Nesse sentido, Maya (2011, p. 106) apresenta a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Apiz Barbera y outros VS. Venezuela*, a qual se transcreve: [...] a imparcialidade exige que o juiz que intervém em um processo específico se aproxime dos fatos, carecendo, de maneira subjetiva, de todo preconceito e, assim mesmo, oferecendo garantias suficientes de índole objetiva que permitam afastar qualquer dúvida que o acusado ou a sociedade possam ter a respeito da ausência de imparcialidade.

¹⁴⁵ A imparcialidade subjetiva, no âmbito desse tribunal, é sempre presumida até que se prove o contrário.

¹⁴⁶ Como se denota das lições de Maya (2011) e Badaró (2011), há que se observar que a imparcialidade recai principalmente sob o aspecto objetivo, o que se convencionou nominar de

A imparcialidade objetiva diz respeito a se o juiz se encontra “em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade” (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 133).

Nos ensinamentos de Badaró (2011, p. 346), essa imparcialidade restaria comprometida “quando o magistrado realiza pré-juízos ou preconceitos sobre o fato objeto do julgamento”. Aliás, a imparcialidade é denominada objetiva justamente porque deriva da prévia relação do juiz “com o objeto do processo, e não com as partes”.

Exemplificando esse posicionamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, podem-se destacar o julgamento do Caso Piersack vs. Bélgica, já citado, e o Caso Cubber vs. Bélgica, entre outros.

No primeiro caso, um promotor que foi responsável pela presidência da investigação criminal assumiu posteriormente o cargo de juiz, julgando o próprio fato por ele investigado.

O Tribunal entendeu que houve possível comprometimento de sua imparcialidade ante o acúmulo de funções. Manifestou-se no sentido de rejeitar o juiz sobre o qual pudessem recair razões legítimas para desconfiar de sua imparcialidade, concluindo que “o exercício prévio no processo de determinadas funções processuais pode provocar dúvidas de parcialidade” (BADARÓ, 2011, p. 346).

O segundo julgamento envolveu a discussão sobre a possibilidade de o juiz instrutor¹⁴⁷ atuar também na fase de julgamento.

Nessa oportunidade, a Corte Europeia decidiu que haveria afronta à imparcialidade objetiva, pois o juiz já havia formado, na fase de investigação, uma ideia sobre a culpabilidade do acusado. Assim, o juiz “não disporia de uma inteira liberdade de julgamento e não ofereceria, em consequência, as garantias de imparcialidade necessárias” (BADARÓ, 2011, p. 347).

Nesse mesmo caminho, Aury Lopes Júnior (2011, p. 133) conduz sua argumentação afirmando que as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos permitem a inferência de que:

teoria da aparência, pois não é suficiente que o Poder Judiciário faça justiça, é preciso mostrar para a sociedade que a justiça está sendo feita. Tão importante quanto o juiz ser imparcial é o juiz parecer imparcial.

¹⁴⁷ Como já explicitado, o juiz instrutor comanda a fase de investigação preliminar, determinando a produção de prova e determinando quais diretrizes serão seguidas na investigação.

Ainda que a investigação preliminar suponha uma investigação objetiva sobre o fato, o contato direto com o sujeito passivo e com os fatos e dados pode provocar no ânimo do juiz-instrutor uma série de pré-juízos e impressões a favor ou contra o imputado, influenciando no momento de sentenciar.

Pode-se concluir que quando o juiz, na fase de investigação, forma pré-juízos sobre a culpabilidade do acusado, está introjetando em seu espírito concepções sobre o fato e sobre o investigado, que dificultariam que sua decisão posterior fosse proferida de maneira isenta e imparcial.

Assim, a imparcialidade objetiva estaria mais bem resguardada com a absoluta separação entre as figuras do juiz responsável pelo controle da investigação e o juiz que atuará na fase processual¹⁴⁸.

Como explanado, é nesse cenário de garantia da imparcialidade objetiva que se defende a necessidade da adoção da figura do juiz das garantias, pois este seria responsável pelo controle de legalidade da investigação, esvaindo sua competência com a propositura da ação penal¹⁴⁹.

A partir desse momento, outro juiz assumiria a condução do processo, assegurando-se que este último tivesse contato com as provas colhidas sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa e então pudesse proferir sua decisão com a máxima isenção possível¹⁵⁰.

No entanto, há que se atentar que essas decisões do Tribunal Europeu invocadas para justificar a pertinência da figura do juiz das garantias versam sobre o acúmulo das funções de investigar e julgar - o que não é o caso do juiz das garantias, que não possui iniciativa probatória -, mas representam um marco para a delimitação do conceito de imparcialidade objetiva¹⁵¹.

Ressalte-se que o próprio tribunal, a partir da sentença do caso Hauschildt vs. Dinamarca¹⁵², alterou seu posicionamento e passou a considerar que não só

¹⁴⁸ Este é o posicionamento de Badaró (2011), Moraes (2010) e Maya (2011).

¹⁴⁹ Como dispõe o artigo 16 do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal (art. 15 da redação final do Projeto de Lei do Senado 156/09).

¹⁵⁰ Nos moldes desenhados pelo Código de Processo Penal, as provas de natureza repetível são refeitas na fase judicial.

¹⁵¹ Ademais, como visto no primeiro capítulo, a separação entre o juiz instrutor e o juiz da causa já era notada no Brasil desde o ato 81 de 2 de abril de 1824.

¹⁵² Impende esclarecer que o juiz dinamarquês não atuou como investigador, por tal razão o TEDH excluiu expressamente qualquer vinculação entre o caso Hauschildt vs. Dinamarca com os casos Piersack vs Bélgica e de Cubber vs Bélgica (ANDRADE, 2011).

“a intervenção prévia do julgador na fase de investigação, mas, sobretudo, a natureza dos atos praticados em tal fase, é relevante para determinar ou não dúvida sobre a imparcialidade do julgador” (BADARÓ, 2011, p. 349).

Nesse caso concreto, a Corte Europeia preconizou que a legislação dinamarquesa apresentava como:

Requisito para o decreto de prisão provisória na fase de investigação a constatação de uma suspeita particularmente confirmada de que o acusado cometeu o crime pelo qual foi acusado, E, segundo o próprio governo dinamarquês, o dispositivo legal, que requereria esse nível de aprofundamento no exame do mérito, fazia com que o juiz devesse estar convencido “com elevado grau de certeza” em relação à culpa do investigado (ANDRADE, 2011, p. 27).

Em razão do grau de profundidade e de certeza que envolvia a decisão na fase de investigação e a reduzida diferença entre o juízo de valor exigido pelo juiz para decretação da prisão e a condenação do acusado, o Tribunal entendeu que a imparcialidade objetiva do juiz estaria afetada.

Desse modo, somente as decisões que demandam do magistrado uma convicção quase plena acerca da culpabilidade do acusado é que justificariam objetivamente o receio quanto à perda de imparcialidade.

Esse julgamento foi emblemático e orientou a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), havendo hodiernamente uma relativização do entendimento de que o juiz que participou de atos de investigação não pode atuar do julgamento¹⁵³.

Neste sentido, Maya (2011, p. 155) aduz que:

Pode-se afirmar, sem margens a erro, estar consolidado o entendimento da Corte Europeia no sentido de que as decisões proferidas por juízes na fase de investigação, para torná-los suspeitos de parcialidade, devem ser de tal extensão e alcance, que possam ser comparadas às decisões de mérito, nas quais a análise recai sobre a efetiva culpabilidade do acusado.

Destarte, a cumulação de funções na fase de investigação e julgamento pelo mesmo juiz não implica, a princípio, violação da imparcialidade, devendo o caso concreto ser analisado e submetido ao controle judicial, afastando-se a

¹⁵³ Nesse mesmo sentido pode-se notar o julgamento do Caso Sainte-Marie vs. França, do Caso Padovani vs. Itália e do Caso Nortier vs. Países Baixos.

imparcialidade apenas depois de avaliada a natureza e intensidade das atuações do magistrado na fase de investigação preliminar.

Isso leva Andrade (2011) a afirmar que, ao contrário do que entende Aury Lopes Júnior, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos não se presta a justificar a implementação do juiz das garantias no Brasil¹⁵⁴.

Segundo o autor, as medidas cautelares decididas pelo juiz na fase de investigação brasileira não demandam análise perfunctória da culpabilidade do réu. Há um grau de conhecimento superficial diferente do juízo de certeza, necessário à propalação da sentença.

Assim, se o grau de profundidade das decisões tomadas na fase de investigação “é inferior ao exigido para se condenar alguém, por óbvio que a lição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos jamais poderia indicar que o juiz brasileiro, da fase de investigação, seja considerado contaminado após preferi-las. Muito pelo contrário” (ANDRADE, 2011, p. 28).

Apresentando argumento diverso, Badaró (2011, p. 357) afirma que o juiz que decreta a prisão preventiva está impedido de participar da ação penal e de julgar o mérito, pois haveria “clara perda de imparcialidade, em seu aspecto objetivo, na medida em que na decisão anterior terá havido antecipação de juízo condenatório, fazendo que o acusado e a própria sociedade possam suspeitar de sua imparcialidade”¹⁵⁵.

Com a instituição do juiz das garantias pretende-se passar ao largo desse tipo de discussão.

A regra de impedimento de atuação do juiz das garantias na fase processual afasta a possibilidade de análise casuística da perda de imparcialidade do juiz.

Assim, afirma-se ser relevante a criação do juiz das garantias, pois não se delegaria ao magistrado a análise pontual da possível afetação da imparcialidade em determinado caso, evitando-se que o judiciário fique abarrotado de questões

¹⁵⁴ Em suas palavras, se “aplicarmos os critérios traçados pelo TEDH à nossa realidade, facilmente veremos que não há como justificar, a partir da jurisprudência dessa corte, que o juiz brasileiro, por simplesmente haver atuado na fase de investigação, estará contaminado (ANDRADE, 2011, p. 30).

¹⁵⁵ Segundo entendimento de Andrade (2011, p. 357), como um dos pressupostos da prisão preventiva é a certeza do cometimento de um delito, o juiz que conclui na fase de investigação que houve a prática de um crime, e decreta a prisão, realiza um prejulgamento profundo quanto a tal elemento, permitindo que se coloque em dúvida sua imparcialidade.

que poderiam ser dirimidas por uma imposição legal de regra de impedimento, como já se observa em países como Portugal, Itália, Chile¹⁵⁶. Até mesmo porque uma análise “casuística pode gerar mais insegurança quanto ao direito a um juiz imparcial” (BADARÓ, 2011, p. 349).

Nessa mesma ótica, Maya (2011, p. 220) referencia que a regra de impedimento proposta pelo anteprojeto “privilegia o princípio da imparcialidade, permitindo aos acusados um processo penal mais justo, e afasta a subjetividade arriscada do casuísmo que predomina no TEDH, evitando que contextos fáticos semelhantes sejam julgados de maneira diferente”¹⁵⁷.

Por todo o exposto, nota-se que a aplicação da regra de impedimento, com a consequente separação dos órgãos judiciais que atuam na fase de investigação e do processo, “só poderia favorecer a imparcialidade, jamais prejudicá-la” (SILVEIRA, 2011, p. 259).

No entanto, apesar da clara preocupação dos membros da comissão redatora em garantir a máxima imparcialidade do juiz, o anteprojeto apresenta inconsistências que serão abordadas a seguir.

4.3.3 Inconsistências do anteprojeto

Fabiano Silveira (2011) afirma que a regra de impedimento que impõe a separação de funções entre os juízes que atuam ao longo da persecução penal seria um mecanismo de proteção da imparcialidade, mas reconhece que esse mecanismo de proteção não é perfeito.

De fato, esse mecanismo não é irrepreensível e apresenta algumas incongruências, as quais serão examinadas neste momento.

¹⁵⁶ Lembre-se de que o Código de Processo Penal português “atribui as funções jurisdicionais relativas ao inquérito, na fase de instrução ao juiz de instrução, que é um magistrado distinto daquele que procederá ao julgamento. Há, também, expressa previsão no art. 40 de proibição do juiz de instrução intervir em julgamento cujo debate instrutório tenha presidido. De forma semelhante, no Código de Processo Penal Italiano a função atual na fase de investigação preliminar é reservada ao *giudici per le indagini preliminari* (art. 328). Também há previsão, no art. 34, *comma 2º bis*, de que o juiz que no mesmo procedimento exerceu as funções de *giudici per le indagini preliminari* não pode proferir decreto de condenação, participar de audiência preliminar, nem do processo propriamente dito. Nos países latino-americanos, o Código de Processo Penal do Chile prevê a figura do *juez de garantía*, de forma distinta do *tribunal*” (BADARÓ, 2011, p. 351).

¹⁵⁷ Ele acrescenta que a verificação apenas *in concreto* de possível perda da imparcialidade, decorrente da sua análise *ex post*, fragiliza a proteção que deve ser dada à imparcialidade.

4.3.3.1 A possibilidade de o juiz do processo decretar medida cautelar e não ser considerado imparcial

Como exposto, apesar de zelar pela imparcialidade do juiz, o anteprojeto apresenta uma possível incoerência, uma vez que nada impede que as questões que são dadas por competência ao juiz das garantias possam ser apreciadas pelo juiz que irá julgar a ação penal, se forem trazidas após a propositura da ação.

Explica-se, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 15¹⁵⁸, como a competência do juiz das garantias se esvai com a propositura da ação penal, “as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo”. Ademais, a decisão proferida pelo juiz das garantias não vincula o juiz da causa, podendo este “reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso”.

Observa-se que o juiz da causa pode decidir medidas cautelares ou rever a decisão proferida pelo juiz das garantias e que, nem por isso, sua imparcialidade estaria prejudicada, pois continuará competente para julgar o caso.

Destarte, a crítica que Andrade (2011) apresenta é que se considera contaminado para posterior julgamento o juiz que determina uma medida cautelar na fase de investigação preliminar, contudo, não se impõe igual tratamento ao magistrado que adota semelhante providência durante a fase processual.

Silveira (2011, p. 260) tenta afastar qualquer crítica em relação à redação do artigo 15, argumentando que:

A investigação e processo não são apenas pontos situados em lugares diferentes na linha do tempo, mas também fenômenos jurídicos regidos por racionalidades distintas. O primeiro se distingue unilateralmente e pelo sigilo; o segundo pelo contraditório, pela ampla defesa e pela publicidade. Onde quero chegar? Ora, o momento certo para o magistrado formar o seu convencimento é o processo, sob o fogo cruzado do contraditório e ampla defesa. Se a tomada de determinadas decisões na fase de investigação propicia, como dificilmente há de se negar, a formação prematura do convencimento sobre a causa, parece que algo está fora do lugar. Falando realisticamente, nenhum mal que o juiz, no processo, instado a se manifestar sobre medidas cautelares ou probatórias comece, pouco a pouco, a formar o seu convencimento

¹⁵⁸ Artigo 16 do anteprojeto e artigo 15 da redação final do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que dispõe *verbis*: art. 15. [...]

§ 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 ao processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.

sobre a causa, já que ali impera o devido processo legal, e não a visão unilateral dos órgãos de persecução penal.

Apesar da eloquência das ilações feitas por Silveira, não se pode negar que, se existe real preocupação com a máxima imparcialidade do juiz, dever-se-ia repensar a regra do parágrafo 1º do referido artigo.

Seria melhor que “todas as postulações da autoridade policial ou do Ministério Público, referente à investigação criminal, fossem decididas pelo juiz das garantias, e só depois fosse oferecida a denúncia”, evitando-se “contaminação do juiz do processo pelos elementos de convicção produzidos no inquérito policial” (MAYA, 2009, p. 06).

O parágrafo 2º também não está imune às críticas.

Fausto Sanctis (2009) assevera que:

Com a criação da figura do juiz das garantias, que se ocuparia das decisões de buscas e apreensões, de interceptações, de quebras, durante a investigação, que seriam revistas pelo juiz processual por ocasião da ação penal, estar-se-ia instituindo a quinta instância, na qual um juiz de mesma hierarquia funcional passaria a rever, mais uma vez, decisão jurisdicional, em detrimento da celeridade processual.

Denota-se que, para ele, a implementação do juiz das garantias implicaria a criação de mais uma instância e morosidade processual.

Contudo, não é essa a leitura que Maya faz desse parágrafo. Ele acredita (2010) que a não vinculação das decisões proferidas pelo juiz das garantias, em relação ao juiz da causa, é decorrência lógica da independência que rege a função jurisdicional.

Essa independência, porém:

Encontra limitação no próprio dispositivo legal, quando destaca que poderá o magistrado do processo reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, sugerindo não ser possível o reexame das que restaram indeferidas. Aqui, contudo, é preciso estabelecer um ponto de corte, a fim de não incorrerem em equívocos: a interpretação do dispositivo legal em questão deve ser no sentido da vedação de reexame das medidas cautelares indeferidas, desde que com base exclusivamente nos elementos de convicção colhidos durante a investigação pré-processual, com base nos quais a medida já fora anteriormente indeferida pelo juiz das garantias. Havendo novos elementos de convicção, resultantes da prova produzida durante a instrução criminal, não há como negar ao juiz do processo a possibilidade de, por exemplo, determinar a interceptação das comunicações telefônicas, a quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico ou mesmo a prisão preventiva do réu (MAYA, 2011, p. 229).

Indubitavelmente, o que se pretende não é criar uma quinta instância e muito menos impor ao juiz da causa um filtro de legalidade das decisões emanadas pelo juiz das garantias, o que de fato prejudicaria a celeridade processual. Busca-se facultar ao magistrado que atua no processo o reexame da necessidade das medidas cautelares em curso.

4.3.3.2 A exclusão da figura do juiz das garantias nos casos de competência dos juizados especiais

O artigo 15, *caput*¹⁵⁹, do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, afasta expressamente a competência do juiz das garantias nos casos de infrações de menor potencial ofensivo¹⁶⁰.

Imagina-se¹⁶¹ que a justificativa de tal medida é a de que a apuração dessas infrações se dá nos termos do rito estabelecido na Lei 9.099/95, que, como regra, prevê a substituição da instauração do inquérito policial pela elaboração de um termo circunstanciado¹⁶².

Nesse sentido, Maya (2011, p. 227) mostra que nos casos de infração de menor potencial ofensivo não há, ao menos como regra:

Investigação criminal, mas apenas a colheita dos dados necessários à identificação do infrator, da vítima e das testemunhas, bem como a narração resumida do fato delituoso com suas circunstâncias. Por isso, não havendo previsão de adoção de medidas investigativas restritivas de direitos individuais por parte da autoridade policial, afigura-se sem sentido a figura do juiz das garantias nesses casos.

Todavia, discordando desse argumento, Andrade (2011, p. 105) propõe que é “totalmente desarrazoada, atécnica e impensada essa exclusão do juiz das garantias em relação às infrações de menor potencial ofensivo”.

¹⁵⁹ 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.

¹⁶⁰ Nunca é demais lembrar que se consideram infrações de menor potencial ofensivo, nos termos do artigo. 61 da lei, “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa”.

¹⁶¹ Não se encontra na exposição de motivos do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal qualquer justificativa para tal afastamento.

¹⁶² Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Para ele, essa exclusão de competência revela a ausência de coerência ou convicção em torno da necessidade do juiz das garantias, pois se conservaria no sistema processual procedimentos em que não há igual regra de impedimento do magistrado que oficiou na fase pré-judicial.

Luz (2011) comunga do mesmo entendimento. Ele reforça que o legislador incidiu em grave deslize, pois se esqueceu de que o inquérito policial:

É apenas uma das formas de investigação criminal. Ora, se a intenção é impedir a vinculação psicológica do juiz que atua na fase pré-processual e purificar o julgamento da ação penal, nos parece óbvia a necessidade de também aqui atuar a figura do "juiz das garantias" e fazer valer a regra de impedimento contida no art. 16, do PLS 156/09.

Ademais, há que se observar que existem casos excepcionais nos quais se impede a elaboração do termo circunstanciado e impõe-se a lavratura do auto de prisão em flagrante, quais sejam: quando o autor do fato não for encaminhado ao Juizado Especial Criminal; b) quando o autor do fato não assumir o compromisso de a ele comparecer. Lavrado o auto de prisão em flagrante, o juiz das garantias deverá, nos termos do artigo 14, incisos I e II, ser informado da prisão e receberá o auto de prisão em flagrante.

Assim, haverá a incidência em, ao menos, duas hipóteses que determinam o impedimento do juiz das garantias de atuar na fase processual (ANDRADE, 2011).

Andrade (2011, p. 105) ainda comenta que as infrações de menor potencial ofensivo podem ser processadas fora dos Juizados Especiais “quando o Ministério Público entender que a complexidade do fato ou as circunstâncias do caso não permitam a ele oferecer a ação penal”. Nesses casos, o Ministério Público “requererá o encaminhamento das peças ao júízo comum e lá será processado o feito”.

Andrade (2012) alinhava o pensamento de forma coerente e desconstrói qualquer argumento que justifique a exclusão de competência do juiz das garantias nas infrações de menor potencial ofensivo.

Identifica-se uma grave incoerência do anteprojeto. Parece que o anteprojeto preocupou-se com a regra geral que impõe a lavratura do termo circunstanciado e se descuidou das exceções.

4.3.3.3 Diferença de tratamento quanto à regra de impedimento no caso da ação penal originária

Andrade (2011) identifica mais uma incoerência do anteprojeto. É a exclusão de forma sub-reptícia, ou seja, não no corpo do art. 15, da figura do juiz nos casos de ações penais originárias.

Na verdade, o anteprojeto, nos termos do artigo 314¹⁶³, previu a presença do juiz das garantias nos casos de ação originária, vedando apenas sua atuação como relator no processo. Desse modo, não há impedimento de sua participação como revisor ou vogal.

Percebe-se que haveria disparidade de tratamento: enquanto os juízes de primeiro grau ficam impedidos de atuar em todo o processo, nos termos do artigo 16 os membros do tribunal competente recebem tratamento diferenciado e podem participar do julgamento dos casos nos quais fizeram as vezes de juiz das garantias, ainda que não como relator.

Esse fato levou Andrade (2011, p. 106) a questionar se o juiz de primeiro grau é mais propenso “a romper o princípio acusatório e se tornar parcial se comparado ao seu colega com jurisdição no tribunal, mesmo que a atuação de ambos seja idêntica”. Indaga, ainda, se “há como transigir com o conceito de imparcialidade em razão de potencialidade ofensiva da infração penal ou da instância em que a ação penal condenatória for ajuizada”.

Esses questionamentos põem em xeque algumas propostas do anteprojeto e apresenta pontos que devem ser repensados.

4.3.3.4 Problemática das instâncias recursais

Outro equívoco que denotaria o descaso com os juízes de primeiro grau seria o fato de que o magistrado que atua no segundo grau de jurisdição, mesmo após participar de julgamento de recurso sobre algo ocorrido na fase de

¹⁶³ Art. 314. Nas ações penais de competência originária, o procedimento nos tribunais obedecerá às disposições gerais previstas neste código e no respectivo regimento interno e, especialmente, o seguinte: I – as funções do juiz das garantias serão exercidas por membro do tribunal, escolhido na forma regimental, que ficará impedido de atuar no processo como relator.

investigação criminal, não estará impedido de julgar eventual recurso sobre o tema tratado na fase processual¹⁶⁴.

De acordo com Andrade (2011, p. 107), em termos concretos, se juiz de primeiro grau:

Decretar a prisão preventiva do investigado, prevê o projeto que ele não poderá julgar esse sujeito. Entretanto, se, ainda na fase de investigação, o magistrado de segundo grau acolher recurso do Ministério Público e decretar a prisão do investigado, nenhuma mácula é colocada sobre sua imparcialidade. Nesse sentido, o projeto é totalmente omissivo, nenhum empecilho criado, de modo a tornar o magistrado de segundo grau impedido de condenar ou absolver o acusado, como decorrência natural do exame dos recursos que porventura chegam ao seu conhecimento.

Andrade não é voz solitária.

Abel Fernandes Gomes (2010, p. 103) já indagava se se adotará, por “coerência e simetria, a instituição dos desembargadores e ministros das garantias, que ficarão impedidos – em vez de preventos – para o julgamento do mérito dos recursos de apelação, especial e extraordinário” dos processos nos quais eles venham “a conhecer dos *habeas corpus* impetrados ainda enquanto o processo originário se encontra na fase pré-processual, para discutir a admissibilidade e legitimidade do deferimento de tais medidas pelo juiz das garantias”.

Até os defensores do juiz das garantias, como Maya, constata a necessidade de se manter a coerência e maximizar a imparcialidade não só em primeiro grau de jurisdição. Segundo esse autor para se assegurar a imparcialidade no âmbito dos julgamentos colegiados da fase recursal, é necessário que o projeto dê um passo adiante e preveja a criação de um juizado de garantias:

Um órgão inserido na estrutura dos tribunais de segunda instância e competente exclusivamente para o reexame de todos e quaisquer atos decisórios proferidos pelo juiz das garantias durante a investigação preliminar e, também, dos atos decisórios proferidos pelo juiz singular durante a instrução criminal (MAYA, 2011, p. 232).

Apura-se que não houve extensão da preocupação com a imparcialidade às instâncias superiores, comprometendo a lógica de máxima proteção a esse

¹⁶⁴ Conforme análise do artigo 53 e seguintes, não há qualquer impedimento nesse sentido.

princípio-garantia. Se não houver ajuste como o proposto por Maya, corre-se o risco de o anteprojeto sucumbir em razão de suas próprias inconsistências.

4.3.3.5 Não previsão de competência do juiz das garantias para o recebimento da denúncia

Um ponto que merece especial atenção é a errônea atribuição de competência para o recebimento da denúncia ao juiz da causa¹⁶⁵.

Sem dúvida o juiz competente para o recebimento da denúncia analisa todos os elementos colhidos na fase de investigação preliminar, com o fito de inferir se há ou não justa causa para o processo penal. Essa aproximação dos elementos colhidos na investigação retirar-lhe-ia o distanciamento que a figura do juiz das garantias pretende proporcionar ao juiz da causa.

Assim, seria mais lógico que fosse atribuído ao juiz das garantias a competência para o recebimento da denúncia, encaminhando-se depois os autos ao juiz que comandaria o julgamento da causa, preservando-se sua imparcialidade.

Essa proposta já foi apresentada por dois defensores do juiz das garantias, André Maya e Maurício Zanoide de Moraes. Este último assevera que seria mais coerente delegar a competência para o recebimento da denúncia ao juiz das garantias, passando-se, assim, “ao juiz da causa a ação penal já instaurada e a relação processual já plenamente formada”.

Esta ampliação da competência do juiz das garantias teria como finalidade, entre outras:

A possibilidade de os autos do inquérito policial não servirem para a formação da convicção do juiz da causa, ressalvados, por óbvio, os elementos de informação irrepetíveis ou urgentes (p.ex., juntada de documentos e realização de algumas perícias), cuja produção foi realizada nessa fase preliminar, e o material utilizado como base decisória do juiz das garantias para determinar medidas cautelares, as quais poderão e deverão ser revistas pelo juiz da causa. (MORAES, 2010, p. 22)

¹⁶⁵ Como já explicitado, a competência do juiz das garantias se encerra com a propositura da ação penal, nos termos do artigo 15.

Não há como negar que o anteprojeto seria mais coerente se artigo 15 passasse a dispor que a competência do juiz das garantias cessa com a decisão de recebimento ou rejeição da denúncia, reafirmando, assim, a preocupação do anteprojeto com o distanciamento do juiz da causa dos elementos colhidos na fase de investigação.

Ademais, como defende Silveira (2009, p. 92), a maioria dos ordenamentos jurídicos que preveem a figura do juiz garantidor estende sua competência “até o exame da acusação formal”. Assim, “a admissibilidade da acusação seria o *gran finale* da atuação do juiz que se volta exclusivamente para a fase pré-processual”. Depois, entraria em cena o juiz do processo com as suas atribuições ordinárias.

Contudo, ele afirma que o anteprojeto seguiu outro caminho:

Por entender que, na tradição brasileira, seria difícil prolongar a competência do juiz das garantias até o recebimento da denúncia, subtraindo do juiz do processo o exame de plausibilidade da peça inicial, tendo em vista, inclusive, a recente introdução do instrumento da resposta escrita (art. 396 do atual CPP, com redação ditada pela Lei no 11.719, de 2008). Uma alteração desse porte poderia agregar complexidade à proposta, que deve vencer, primeiro, o teste de ser compreendida e apoiada nos seus aspectos principais.

Esse argumento não tem como prevalecer. O que se busca com a reforma do Código de Processo Penal é romper com algumas tradições que não se adequam ao modelo acusatório que se pretende instituir.

Nesses termos, se o projeto já foi ousado o suficiente para propor a criação de uma figura tão controversa, deveria manter a coesão e sustentar a expansão de sua competência até a decisão sobre o recebimento ou não da peça inicial acusatória, sob pena de enfraquecer seus argumentos sobre a necessidade de criação do juiz das garantias.

4.4 Otimização da jurisdição criminal: o fator especialização

Passa-se ao estudo de outro argumento apresentado pelo anteprojeto (BRASIL, 2009, p. 17) para a implementação da figura do juiz das garantias, que é “a otimização da atuação jurisdicional criminal inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional”.

O juiz das garantias, em razão da especialização da matéria, poderá aplicar-se na condução cuidadosa e célere das demandas que lhe forem apresentadas na fase de investigação preliminar, examinando a necessidade das medidas cautelares requeridas no curso do inquérito.

Assim, essa argumentação está ligada aos “ganhos cognitivos e executivos que adviriam do processo de especialização”, uma vez que a instituição dessa novel figura trará mais agilidade ao funcionamento das varas criminais (SILVEIRA, 2011, p. 255).

Ressalte-se que esse processo de especialização é uma tendência em todo o Poder Judiciário, já se percebendo a criação de varas voltadas para o julgamento de crimes financeiros, crime organizado, crime de lavagem de dinheiro, de tóxicos, entre outros¹⁶⁶.

Essa especialização vem sendo o caminho natural para o aprimoramento da qualidade da prestação jurisdicional e também do tempo que essa prestação leva para se concretizar (ANDRADE, 2011).

Não por outra razão criaram-se, em quatro capitais, São Paulo, Belo Horizonte, Curitiba e Belém, varas de inquéritos policiais¹⁶⁷.

A experiência de especialização nessas capitais revelou-se positiva, pois uma “rotina específica de trabalho tende a gerar, com o tempo, eficiência e agilidade”, o que levou Silveira (2009, p. 89) a afirmar que o juiz das garantias seria “uma aposta orientada pelos resultados”.

Mas indaga-se: existe diferença entre o juiz das garantias e o juiz que atua nessas varas especializadas?

Caso a resposta seja negativa, não haveria necessidade de se propugnar a criação do juiz das garantias, bastaria que fosse feito um rearranjo na organização judiciária brasileira, implantando-se tais varas em todas as capitais.

¹⁶⁶ A título de exemplo, pode-se destacar a edição, pelo Conselho da Justiça Federal, da Resolução n.º 314 de 2003, determinando aos Tribunais Regionais Federais que providenciassem a especialização de varas criminais nos estados sob sua jurisdição para o julgamento de crimes contra o sistema financeiro e de lavagem de dinheiro. Há 13 varas especializadas que estão localizadas em Santa Catarina, Paraná, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Ceará, Pernambuco, Distrito Federal, Pará, Maranhão, Goiás, Minas Gerais e Bahia. Juízes das Varas Especializadas em Lavagem de Dinheiro reúnem-se hoje (16) em Curitiba (BRASIL, 2004).

¹⁶⁷ Em Belo Horizonte, a Vara especializada denomina-se “Vara de Inquéritos Policiais”; São Paulo, “Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária da Capital e em Curitiba “Vara de Inquéritos Policiais” e Belém, também “Varas de Inquéritos Policiais”.

Contudo, Silveira (2011, p. 254) esclarece que a diferença entre o juiz que atua na vara especializada de inquérito policial e o juiz das garantias reside na:

Responsabilidade de um e de outro no tocante à atividade investigatória e, por conseguinte, de sua montanhosa burocracia. Enquanto o juiz das garantias sinaliza para o distanciamento do órgão judicial quanto a tudo que diga respeito à tarefa de investigar, as varas especializadas reforçam os mecanismos gerenciais de fiscalização do fluxo do inquérito.

Para entender esse posicionamento, é preciso analisar como se dá a atuação dos juízes nas varas de inquérito e como seria a tramitação do inquérito com a adoção do juiz das garantias.

Nessas varas especializadas, o magistrado rege o fluxo do inquérito centralizando o controle do andamento deste, servindo como uma ponte que liga a autoridade policial ao titular da ação penal no curso da fase preliminar.

Com a criação do juiz das garantias, pretende-se romper com esse modelo triangular de tramitação do inquérito que prevalece hodiernamente. O juiz das garantias não cuidará do trâmite do inquérito, estabelecer-se-á uma relação direta entre o acusador e a autoridade responsável pela investigação, evitando-se a morosidade e a burocracia que a intermediação do órgão judicial gera nessa fase¹⁶⁸.

Assim, “salvo os casos de prisão, nos quais o juiz deverá se pronunciar (mantendo-a, relaxando-a, impondo-a ou indeferindo-a) e naqueles outros relativos à quebra de sigilo bancário, fiscal ou à imposição de outras medidas invasivas, o juiz simplesmente não verá a cara do inquérito” (TORON, 2010).

Esse modelo de tramitação direta entre o acusador e a polícia judiciária justifica-se, pois o destinatário imediato do inquérito é o titular da ação penal, que com base nos elementos colhidos nessa fase preliminar formará seu

¹⁶⁸ No âmbito, ainda, da persecução penal na fase de investigação preliminar, o anteprojeto traz significativa alteração no que respeita à tramitação do inquérito policial. A regra do atual Código de Processo Penal não guarda qualquer pertinência com um modelo processual de perfil acusatório, como se deduz do sistema dos direitos fundamentais previstos na Constituição. A investigação não serve e não se dirige ao Judiciário; ao contrário, destina-se a fornecer elementos de convencimento, positivo ou negativo, ao órgão da acusação. Não há razão alguma para o controle judicial da investigação, a não ser quando houver risco às liberdades públicas, como ocorre na hipótese de réu preso. Neste caso, o curso da investigação será acompanhado pelo juiz das garantias, não como controle da qualidade ou do conteúdo da matéria a ser colhida, mas como fiscalização do respeito aos prazos legais previstos para a persecução penal. Atuação, como se vê, própria de um juiz das garantias.

convencimento (*opinio delicti*) sobre a plausibilidade da instauração de ação penal em face do investigado.

Portanto, o juiz das garantias não poderá ser indicado como gestor do inquérito, e sim uma figura que controla a legalidade da investigação, agindo mediante provocação do Ministério Público ou da autoridade de polícia judiciária.

Corroborando essa assertiva, o Senador Renato Casagrande (2009) do Partido Socialista Brasileiro do Espírito Santo, relator do parecer da comissão temporária de estudo da reforma do Código de Processo Penal, afirma que 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.

Ademais, como afirma Silveira (2011, p. 257), um juiz que se dedica exclusivamente a esse controle de legalidade da investigação “terá condições de entender melhor como funcionam, na prática, a polícia e o Ministério Público”, sendo esta uma vantagem estratégica do juiz das garantias em relação ao juiz convencional. Conclui seu raciocínio prelecionando que o juiz das garantias estabelece “residência fixa no terreno da investigação”, o que lhe permite “conhecer melhor seus vizinhos”.

4.4.1 Problema estrutural nas pequenas comarcas

Os benefícios advindos da especialização são reconhecidos e enaltecidos quando relacionados às comarcas de grande porte. Contudo, em relação às comarcas de pequeno porte, providas de um só magistrado, o tratamento é outro.

Registra-se que nessas comarcas a realidade “é de que os processos não apresentam grandes dificuldades em sua tramitação, seja por sua baixa

complexidade, seja pelo tempo de sua permanência naquele grau de jurisdição”. Portanto, nada haveria a “otimizar onde a prestação jurisdicional já é célere pela baixa quantidade de feitos a serem julgados” (ANDRADE, 2011, p. 68).

Ademais, argumenta-se que as comarcas com apenas um magistrado trariam um empecilho de ordem operacional para a implementação do juiz das garantias.

Deve-se lembrar que, aliado à argumentação de otimização e especialização da atuação jurisdicional, tem-se como justificativa para implementação do juiz das garantias a preservação da imparcialidade do juiz da causa, impondo-se como regra a separação entre esse juiz e o juiz das garantias.

Deste modo, mesmo as comarcas providas com apenas um juiz “ver-se-ão obrigadas a contar com um segundo juiz para atender unicamente às demandas proporcionadas pelo trabalho das autoridades investigantes.” (ANDRADE, 2011, p. 69)

As primeiras opções seriam trazer um juiz de fora da comarca para fazer as vezes de juiz das garantias ou buscar um de outra comarca para julgar o processo no qual o juiz local atuou como juiz das garantias.

Contudo, adverte Andrade (2011, p. 69), como o juiz deverá ser encontrado fora da comarca, a otimização “dará lugar à ineficiência e demora na prestação jurisdicional”.

Para justificar sua afirmação, ele destaca que em algumas comarcas da região norte o acesso se dá por meio de barco em uma viagem que dura em torno de 24 horas. Assim, ficaria impossível cumprir alguns prazos estabelecidos pelo próprio anteprojeto, por exemplo, o prazo na prisão em flagrante.

Explica-se: nos termos do art. 553, *caput* do anteprojeto, em até 24 horas depois da prisão será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas. E esse prazo seria impossível de ser cumprido ante a realidade dos rincões do país¹⁶⁹.

¹⁶⁹ No Amazonas, por exemplo, conforme levantamento preliminar não oficial, 41 das 59 comarcas têm apenas um juiz, sem considerar a eventual presença de substitutos; no Rio de Janeiro, a mesma relação é de 12 para 96, o que, convenhamos, não chega a ser um drama; em Minas Gerais, a questão volta a se agravar, pois são 185 comarcas com um único juiz no universo de 295; no Ceará, do total de 134 comarcas, 57 contam com apenas um magistrado (SILVEIRA, 2009).

Salienta-se que os membros da comissão redatora atentaram para esse problema de possível inexecuibilidade da regra de impedimento nas comarcas com somente um magistrado.

Inicialmente, o projeto previa, nos termos do artigo 678¹⁷⁰, que “nas comarcas onde houver apenas um juiz, as normas de organização judiciária disciplinarão formas de substituição, de modo que seja observada a regra de impedimento do art. 17”.

Assim, competiria a cada unidade da Federação “desatar o seu próprio nó” (SILVEIRA, 2009, p. 91).

Essa delegação do problema para as normas de organização judiciária se deu em razão do “dilema” vivido pela comissão de juristas:

Excepcionar a regra de impedimento em relação às comarcas com apenas um juiz, agredindo a noção de sistema, ou conferir liberdade à organização judiciária para construir as soluções mais adequadas a sua realidade (SILVEIRA, 2011, p. 261).

O próprio Silveira (2009) reconheceu que cada unidade da Federação poderia solucionar esse problema com a nomeação de juízes substitutos ou auxiliares ou designando um juiz das garantias itinerante ou, ainda, atraindo as funções de garantia para o juiz da comarca mais próxima.

Seguindo esse raciocínio, uma proposta de “regionalização do juiz das garantias” foi apresentada por Maya (2009, p. 9), assim, cada grupo de comarcas próximas teria um juiz das garantias¹⁷¹.

Contudo, essa fórmula apresentada inicialmente transferindo às normas de organização judiciária o dever de criar “formas de substituição” sofreu fortes críticas.

Andrade (2011, p. 70) afirma que a saída encontrada pelo anteprojeto foi repassar ao Poder Judiciário¹⁷² “a responsabilidade e o custo – financeiro e social – decorrente da implementação dessa figura.

¹⁷⁰ Redação original do PLS 156/2009.

¹⁷¹ Rosivaldo Toscano Jr. (2011) também apresenta argumentação nesse sentido, asseverando que “[...] A competência territorial poderia abranger, inclusive, várias ou até mesmo todas as comarcas de um ente da Federação. Ou, no caso da Justiça Federal, uma região. [...] O Estado Democrático de Direito agradece”.

¹⁷² Ele firma que o Poder Judiciário nacional acabou arcando com um problema quem não provou, sugeriu ou pleiteou.

Ele garante que a dificuldade “não se resume a escalas de substituição e falta de juízes. Ela está na prontidão e celeridade para o atendimento à provocação judicial (exigência natural dos pleitos envolvendo toda e qualquer medida cautelar na seara criminal)” (ANDRADE, 2011, p. 71)

Temendo que essa celeridade não seja atendida, ele rechaça a possibilidade da regionalização do instituto. Acrescenta que há “risco de os juizados-polos estarem mais distantes do local da investigação, se comparados ao trajeto entre pequenas comarcas que estejam lado a lado”.

Diante de inúmeras críticas, o Senado Federal inseriu no Substitutivo da Comissão de Constituição e Justiça o parágrafo único no artigo 701, dilatando o prazo da *vacatio legis* para aplicação da regra de impedimento do artigo 16, de modo que esta só entrasse em vigor no prazo de três anos após a publicação desse Código e em seis anos se se tratar de comarca onde houver apenas um juiz¹⁷³.

Percebe-se que essa proposta elastece o prazo para a implementação do juiz das garantias, bem como determina sua implementação progressiva.

Essa proposta não pode ser considerada uma inovação brasileira. A reforma processual penal chilena já previu que as modificações apresentadas pelo seu novo Código de Processo Penal seguiriam uma marcha gradativa, devendo ser implementadas progressivamente do interior para capital, o que viabilizaria as tais transformações¹⁷⁴.

Acrescenta-se que o Código de Processo Penal peruano segue a mesma lógica. Promulgado em julho de 2004, começou a ter vigência no distrito judicial de Huaura em julho de 2006 e está sendo aplicado progressivamente até entrar em vigor em Lima, o que se dará no ano de 2013.

Maya (2009, p. 10) defende a progressividade da entrada em vigor do novo Código de Processo Penal. Afirma que isso:

¹⁷³ O substituto pode ser encontrado no *site*: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83990&tp=1>

¹⁷⁴ *La reforma ha comenzado a ser puesta en práctica gradualmente en el territorio nacional: primero, en diciembre del 2000, en las regiones IV y IX, a continuación, en octubre del mismo año, en las regiones II, III y VII, en diciembre del 2002 en las regiones I, XI y XII, en diciembre del 2002 en las regiones V, VI, VIII y X, hasta llegar a la Región Metropolitana en diciembre del 2004. La marcha blanca de la reforma supone numerosos trabajos preparatorios, y, asimismo, los entes gestores e implementadores desean que la gradualidad vaya dando la posibilidad de ir aprendiendo y perfeccionando el nuevo sistema. De allí que el proceso sea concebido paulatinamente en el territorio nacional (VALDIVIESO, 2012).*

Viabilizaria o aperfeiçoamento do próprio instituto do juiz de garantias e também da estrutura do Poder Judiciário, assegurando, inclusive nas comarcas mais distantes, a devida observância de um modelo democrático de processo penal no qual a imparcialidade do julgador é potencializada pelo próprio sistema processual, exatamente ao contrário do que hoje se verifica, em que o juiz toma contato com o *caso penal* já no início da sua investigação, contaminando-se com as suposições acusatórias das autoridades policiais e dos membros do Ministério Público, para só depois, durante o processo, conhecer os argumentos defensivos, quando, normalmente, já está com sua convicção formada acerca da culpabilidade do *suspeito*.

Seguindo o mesmo raciocínio, Maurício Zanoide de Moraes (2010, p. 22) afirma que:

No Chile, onde não havia sequer a carreira do Ministério Público, foi implementado todo um novo Código de Processo Penal, juntamente com a formação e instalação daquele órgão público, em fases e de modo gradativo, das pequenas cidades até os grandes centros urbanos. Para isso foi necessária a conscientização de todos os Poderes da nação, inclusive com liberação de verba do Poder Executivo e novo aparato legislativo, assim como participação determinada e efetiva do Poder Judiciário. Isso deve ocorrer aqui sob pena de nunca termos um novo Código, apesar de termos mudanças legislativas. Mudar a mentalidade e disposição é mais relevante que mudar a lei. A discussão, a elaboração e a aprovação de um novo Código de Processo Penal não são determinações ou decisões apenas do Poder Judiciário, mas também dos outros dois Poderes da Nação.

Contudo, apesar da sugestão encontrar guarida em parte da doutrina, as críticas não cessaram.

O Conselho Nacional de Justiça desprezou a *vacatio legis* específica para o juiz das garantias, atestando, em sua Nota Técnica 10/2010, que seria inviável, sob o aspecto operacional, a instituição do juiz das garantias no país.

Apresentou informações sobre o percentual total de comarcas com apenas um juiz e assinalou que a adoção dessa figura:

Acarretará ônus ao já minguado orçamento da maioria dos judiciários estaduais quanto ao aumento do quadro de juizes e servidores, limitados que estão pela Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como no tocante ao gasto com deslocamentos e diárias dos magistrados que deverão atender a outras comarcas¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Nota Técnica 10/2010 do Conselho Nacional de Justiça, ponto 8: o projeto, preocupando-se com a consolidação de um modelo acusatório, institui a figura do “juiz das garantias”, que será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais, sob duas preocupações básicas, segundo a exposição de motivos, a

Carlos Frederico Coelho Nogueira (2011) corrobora o posicionamento do Conselho Nacional de Justiça e aduz que:

O Brasil possui, atualmente, uma média de *oito juízes para cada grupo de 100 mil habitantes*, muito abaixo da de países do chamado “primeiro mundo”, como alguns que adotam figuras parecidas com a do juiz das garantias, como Espanha, França, Itália e Portugal; com efeito, possuem eles uma média entre 10 e 17 juízes por 100 mil habitantes. A Lei de Responsabilidade Fiscal fixou em 6% da receita da União e dos estados o teto para o orçamento do Poder Judiciário, engessando a possibilidade de autossustentação, de aprimoramento e de crescimento desse Poder, tão importante para o Estado Democrático de Direito. São notórias as dificuldades financeiras que há muito tempo assolam a Justiça Federal e as Justiças Estaduais, inclusive nos estados mais desenvolvidos, como São Paulo.

Cedendo às fortes pressões por parte da magistratura, a última redação do “Projeto de Lei do Senado 156/2009 – constante quando de sua remessa à Câmara dos Deputados – já não mais previa qualquer prazo para a implantação do juiz das garantias nas comarcas de um só magistrado” (ANDRADE, 2011, p. 71).

Em seu artigo 748, incisos I e II, ficou estabelecido que a regra de impedimento prevista no artigo 16 “não se aplicará às comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas um juiz, enquanto a respectiva lei de organização judiciária não dispuser sobre criação de cargo ou formas de substituição” e “aos processos em andamento no início da vigência desse Código.”

saber: a de otimizar a atuação jurisdicional criminal e a de manter o distanciamento do juiz incumbido de julgar o processo. Contudo, a consolidação dessa ideia, sob o aspecto operacional, mostra-se incompatível com a atual estrutura das justiças estadual e federal. O levantamento efetuado pela Corregedoria Nacional de Justiça no sistema Justiça Aberta revela que 40% das varas da Justiça Estadual no Brasil constituem-se de comarca única, com apenas um magistrado encarregado da jurisdição. Assim, nesses locais, sempre que o único magistrado da comarca atuar na fase do inquérito, ficará automaticamente impedido de jurisdicionar no processo, impondo-se o deslocamento de outro magistrado de comarca distinta. Logo, a adoção de tal regramento acarretará ônus ao já minguado orçamento da maioria dos judiciários estaduais quanto ao aumento do quadro de juízes e servidores, limitados que estão pela Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como no tocante ao gasto com deslocamentos e diárias dos magistrados que deverão atender a outras comarcas. Ademais, diante de tais dificuldades, com a eventual implementação de tal medida, haverá riscos ao atendimento do princípio da razoável duração do processo, a par de um perigo iminente 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.

Destarte, depreende-se que o projeto acabou por delegar, por tempo indefinido, a missão de instituir a figura do juiz das garantias à conveniência e arbítrio da Justiça Estadual e Federal.

Fato é que a discussão passa por um ponto delicado, pesa-se em um lado da balança a falta de estrutura do Judiciário e em outro a necessidade de implementação de uma novo personagem no cenário processual, que vem ,como visto, com a missão de ajustar nosso sistema ao princípio acusatório, assegurar a imparcialidade do juiz e otimizar a atuação jurisdicional.

Alguns, como o Conselho Nacional de Justiça, pendem para o lado da inviabilidade operacional, outros, como Schreiber (2010), Moraes (2009) e Maya (2010), inclinam-se na defesa dessa figura, apesar das dificuldades estruturais.

De acordo com Maya (2009, p. 10), o argumento de falta de estrutura do Poder Judiciário não pode ser invocado para inviabilizar a implementação do juiz das garantias. Ele afirma que:

O mesmo argumento que ainda hoje é utilizado para justificar a inexistência de Defensoria Pública em vários estados da Federação, a mesma justificativa empregada para explicar a superlotação dos estabelecimentos prisionais brasileiros, enfim, a malfadada falta de estrutura, desta feita empregada, por alguns, para justificar a manutenção de características inquisitoriais do processo penal brasileiro, bem como manter a legislação processual penal pátria num vergonhoso patamar de atraso em relação aos vizinhos sul-americanos. A constatação de que a significativa maioria das comarcas brasileiras é formada por varas judiciais únicas, compostas, pois, por apenas um magistrado, não pode servir de justificativa válida para a não adoção do instituto do juiz das garantias. Deficiências estruturais não podem funcionar como justificativa para a prestação jurisdicional falha; ao contrário, a sua constatação deveria ser o primeiro passo de uma caminhada orientada a uma prestação jurisdicional efetiva. A propósito, se a teoria não avançar, a prática permanecerá indefinidamente estagnada¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Nesse prisma, Aury Lopes Júnior (2010, p. 07) atesta que, em relação ao juiz das garantias, “na ausência de argumentos juridicamente sustentáveis (ao menos para os que superam o conhecimento epidérmico de processo penal), emprega-se o reducionismo retórico da “falta de...”. Ora, a falta é constitutiva e sempre existirá, sendo este um argumento reducionista. Uma reforma de verdade exige, principalmente, mudança de cultura e de estruturas. Cabe ao Estado (daí a necessidade de comprometer também os Poderes Legislativo e Executivo para o judiciário conseguir dar conta) estruturar-se para atender à nova realidade. A existência de um período de transição (o de seis anos proposto para as comarcas únicas é muito longo) permitirá suprir as deficiências materiais e pessoais. Além disso, diversas medidas podem contribuir para a implantação do novo modelo, como o estabelecimento de um rodízio entre os juízes (para que ninguém se sinta um subjuiz por só atuar na investigação preliminar); o alargamento da competência do juiz das garantias (na organização judiciária de cada Estado), para que ele também atue no JECrim, na vara de família etc., não sobrecarregando os demais; a regionalização do juiz das garantias (em comarcas pequenas, um juiz pode atender às cidades próximas, até que

Infere-se que o problema estrutural deve ser levado em consideração, mas não pode, por si só, barrar a implementação de novas mudanças.

Assim, ainda pensando em alternativas para viabilizar a instituição da figura do juiz das garantias em comarcas diminutas, apresenta-se mais uma opção, talvez a mais importante e olvidada, a implantação de “processo eletrônico”¹⁷⁷.

Andrade (2011, p. 73) afirma que “se e quando implantado em todo o país, o processo eletrônico simplesmente pulverizará o argumento de distâncias entre comarcas” e dos escassos orçamentos dos Poderes Judiciários estaduais.

O processo eletrônico permite a onipresença dos autos, possibilitando que tanto o juiz quanto o promotor e o delegado possam acessá-lo a qualquer momento e em qualquer localidade.

Destarte, se o juiz das garantias for instado a decidir sobre a prorrogação do prazo do inquérito do réu preso ou sobre o pedido de quebra de sigilo fiscal, ele consultaria o que foi levantado na investigação e que se encontra digitalizado e alocado em ambiente virtual e teria todos os elementos necessários para embasar sua decisão, tal como ocorre quando tem acesso aos autos fisicamente.

Sabe-se da realidade das delegacias de polícia das pequenas comarcas, onde quase não há computadores, funcionários e a Internet é “artigo de luxo” (ANDRADE, 2011, p. 74).

Mas esse cenário precisa indiscutivelmente ser alterado, sob pena de continuarmos relegando a importância que há na fase de investigação e amargarmos números escabrosos de casos não resolvidos e investigações sem condições de serem realizadas a contento por ausência de estrutura.

Conclui-se que sempre haverá empecilhos operacionais e estruturais, mas estes devem ser contornados e até mesmo solucionados, cabendo ao legislador identificar a melhor solução.

seja superado o problema das comarcas únicas). Não devemos é pactuar com o fim (ou melhor, o abortamento) dessa importante figura (que não é nenhuma novidade, basta olhar Portugal e Itália) e, ainda, com o que é pior, com a morte do núcleo acusatório (e a consequente atribuição de poderes investigatórios aos juízes). Isso seria o absurdo total desde a perspectiva de um processo penal democrático”.

¹⁷⁷ Na nota técnica 10/1010 o Conselho Nacional de Justiça, no ponto 7, manifestou sua preocupação “quanto à omissão indesculpável do projeto, que foi a falta de referência ao processo eletrônico”.

4.5 (Im)propriedade do nome proposto: terminologia equivocada?

Apesar de representar grande avanço democrático, o anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal não se escoa de críticas sobre algumas inexatidões terminológicas¹⁷⁸.

Quanto ao juiz das garantias, as críticas à denominação escolhida giram principalmente em torno da necessidade de abandono de rótulos e da redundância que a expressão “juiz das garantias” representa.

Andrade argumenta (2011, p. 111), embasado nos ensinamentos de Pedro Bertolino, que é preciso “abandonarmos o rótulo e nos determos ao conteúdo”, pois as atividades do juiz das garantias:

Vão muito além de simplesmente garantir a observância dos direitos individuais na fase de investigação. Na verdade, a incumbência de dever controlar a investigação criminal também lhe retira a própria condição de *garante*. Nesta atividade, ele passa a atuar em uma zona de estrito interesse do próprio Ministério Público, qual seja, analisar se há, ou não, elementos suficientes para o ajuizamento da ação penal, sempre que o juiz das garantias for instado a prorrogar o tempo de trâmite da apuração policial. Aqui, a confusão de papéis com o acusador público é manifesta.

Nota-se que, para Andrade, o juiz das garantias realiza mais tarefas do que seu nome pode indicar, ingressando na esfera de interesse do Ministério Público quando decide prorrogar ou não o prazo da investigação, afastando-se da função de garante¹⁷⁹.

No entanto, quando o juiz decide se será possível ou não a prorrogação do tempo de trâmite da apuração policial, ele não analisa se já estão presentes os elementos necessários para o oferecimento da denúncia, e sim detém-se ao exame dos argumentos apresentados, inferindo se estes demonstram a imperiosidade da prorrogação.

Essa atuação não lhe retira a condição de garante, ao contrário, o juiz zela para que a investigação dure tempo razoável e não se estenda

¹⁷⁸ Optou-se por discutir somente neste momento o possível equívoco na denominação adotada pelo anteprojeto, por entender que somente depois de conhecer a figura a fundo é que fica mais fácil a tarefa de identificar a pertinência ou não da nomenclatura escolhida. Salienta-se que esse foi o caminho escolhido por Andrade (2011), que inicialmente apresentou seus pontos de discordância da figura do juiz das garantias e depois analisou o nome escolhido pelo anteprojeto.

¹⁷⁹ Para esse autor, a melhor nomenclatura seria “juiz da fase de investigação criminal”, pois se leva em conta unicamente “o período da persecução em que esse magistrado teria competência para atuar” (ANDRADE, 2011, p. 115)

indefinidamente¹⁸⁰.

Já Abel Fernandes Gomes (2010, p. 100), outro forte crítico do juiz das garantias, afirma que a denominação escolhida:

Configura verdadeira tautologia, do momento em que expressa discurso vicioso, inútil e repetitivo, porquanto a existência do juiz já é, histórica e essencialmente, senão a mais importante, uma das mais relevantes garantias conquistadas pela humanidade, na medida em que se trata da investidura de um cidadão na autoridade pública de julgar segundo regras constitucionais e leis editadas pelo Poder Legislativo, tudo dentro de uma concepção tradicionalmente consagrada por Montesquieu sobre a divisão harmônica dos poderes. Divisão essa que não se limita apenas a refrear fatores de poder real, mas que, além de tudo, se dirige a coordenar de forma apropriada as funções estatais dos órgãos aos quais tais funções são confiadas (HESSE, 1998, p. 368-369). Vale dizer, a própria figura do juiz, tal como prevista nas leis de organização judiciária, com base na Constituição, já traz em si a garantia ao cidadão de que no processo penal sua função não se há de confundir com a função daquele órgão de outro Poder concebido constitucionalmente para perseguir o fato criminoso, e que, por isso, mesmo diante da acusação estatal ou privada a ser deduzida e apurada perante o Poder Judiciário, alguém estará constituído para julgá-lo segundo regras de direito. Nisso, o juiz já é garantia.

Assim, pode-se dizer que a expressão juiz das garantias constitui, por si só, uma “redundância em termos”, uma vez que a figura do juiz, “no âmbito processual penal, não tem outro sentido, outra função que não a de garantir a estrita observância dos direitos fundamentais dos acusados” (MAYA, 2009, p. 7).

Entretanto, algumas redundâncias se fazem necessárias para firmar o conceito que se pretende introjetar. A nomenclatura foi selecionada com o claro propósito de sagrar a opção do anteprojeto de realçar os direitos e garantias do acusado, especialmente na fase de investigação preliminar, abandonando por completo a visão do investigado como objeto da investigação e do juiz como investigador¹⁸¹.

Ademais, não se pode negar a influência, como já estudado, dos ordenamentos jurídicos de países da América Latina como Chile e Paraguai, que

¹⁸⁰ Já há vários estudos sobre a aplicabilidade reflexa do princípio da razoável duração do processo ao inquérito policial.

¹⁸¹ Na mesma linha, Maya (2009, p. 7) afirma que “embora a redundância da expressão, o instituto do juiz das garantias vem, ao fim e ao cabo, reforçar a compreensão da efetiva função dos juízes no cenário processual penal, colocando em destaque, não apenas durante a instrução criminal, mas também, e especialmente, na fase pré-processual, o dever de o magistrado atuar não como investigador, mas sim como garantidor de que a investigação criminal obedeça a rígidos padrões de legalidade”.

preveem figura semelhante da que se pretende implementar, optando esse países pelas nomenclaturas *juez de garantías* e *juez penal de garantías*, respectivamente.

Mas é preciso ter cuidado para que não se interprete que com a instituição do juiz das garantias se pretende fazer prevalecer a ideia de que os direitos fundamentais se prestam apenas a proteger os interesses dos acusados, abandonando os direitos das vítimas¹⁸².

O que se espera não é que o “juiz das garantias” superproteja o investigado atribuindo a ele qualquer tipo de privilégio descabido, e sim aplique rigorosamente os preceitos legais quanto à análise da necessidade de supressão de seus direitos individuais.

Destarte, o nome apenas viria reforçar e personificar todos os anseios projetados nessa nova figura.

¹⁸² Esta é a advertência feita por Andrade (2011, p. 111). Ele afirma que “não nos parece descabido o receio de que, a partir do nome escolhido para esse magistrado, os operadores do direito - em especial, os magistrados – passem a acreditar que o juiz das garantias se preste somente a garantir os direitos fundamentais dos investigados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Percorreu-se a trajetória do juiz na investigação preliminar brasileira identificando-se a matriz inquisitória de sua atuação, fincada nas disposições das Ordenações do reino de Portugal, que vigoraram por todo o período do Brasil colônia.

2. O juiz apresentava-se como um personagem imprescindível na urdidura da teia punitiva. Inserido na lógica do sistema processual penal inquisitório, ele, que na maioria dos casos era nomeado pelo monarca, investigava, acusava e punia de forma cruel os eleitos como “inimigos” pela estrutura normativa penal.

3. As inquirições devassas, instituto que representava o modo de investigação nas Ordenações portuguesas, encontravam-se completamente centradas nas mãos do juiz que poderia iniciá-las de ofício, desenvolvê-las em sigilo e sem a presença do investigado, que era tratado como mero objeto da investigação.

4. Inferiu-se que essa aglutinação de poderes na figura do juiz inquisidor permitia-lhe exercer promiscuamente as funções policiais e judicantes, agindo como gestor da prova, buscando confirmar no julgamento as provas por ele angariadas na fase preliminar.

5. Esse cenário só começou a ser amainado com a proclamação da independência do Brasil, em 1822. Inaugurou-se no processo penal pátrio uma fase de constestação dos métodos cruéis do sistema inquisitivo e de elaboração de leis inspiradas nos anseios humanitários da Revolução Francesa. Foi sob a influência desse espírito liberal que se deu a promulgação da Constituição Política do Império e a publicação do Código de Processo Criminal do Império, em 1832.

6. O Código Processual Criminal do Império foi um grande marco, representando a primeira codificação da legislação processual penal brasileira. Extinguiu-se definitivamente as inquirições devassa e atribuiu-se o comando da investigação ao juiz de paz, leigo e eleito, fortalecendo-se o poder local. Mesmo revestido com caráter liberal, permanecia neste *codex* à possibilidade de

instauração do procedimento penal mediante atuação *ex officio* do juiz e este ainda exercia a função investigativa que se imiscuía na função judicial.

7. Em três de dezembro de 1841, com a Lei nº 261, operou-se a primeira alteração substancial do Código de Processo Criminal do Império. A referida lei surge com o fito de por cobro às revoltas separatistas que eclodiram no Brasil, principalmente a partir de 1835, e marca a prevalência do discurso conservador em detrimento das garantias conquistadas após a promulgação da Constituição do Império.

8. Cria-se, em 1841, o chefe de polícia que era nomeado pelo Imperador, conferindo-lhe a lei não apenas poderes de polícia, mas também poderes judicantes. Assim, denotou-se que até a publicação da Lei nº 261 as pessoas que exerciam atividades judiciárias acumulavam funções policiais, e a partir dela a polícia passou a exercer também funções judiciárias, instalando-se um policialismo arbitrário.

9. Apenas a Lei nº 2.033 de 1871, regulamentada pelo Decreto nº 4.824, apresentou a separação entre a polícia e a judicatura, criando-se o inquérito policial e delegando o seu comando à autoridade policial. Assim, começa-se a afastar o juiz das atividades de colheita preliminar de provas.

10. Essa divisão de funções foi mantida e definitivamente delineada pelo Código de Processo Penal de 1941, que ainda vige em nosso país.

11. Nosso Código de Processo Penal estruturou-se sob os ideais autoritários e fascistas e manteve as tradições inquisitórias de nossa legislação processual, dando destaque à segurança pública e relegando-se os direitos fundamentais. São conferidas ao juiz ingerências na fase de investigação policial, apesar de afastá-lo da presidência do inquérito.

12. Esse ideal autoritário colide com os preceitos do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição da República de 1988. Possou-se a se exigir uma releitura do processo penal impondo-se um maior respeito as direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

13. Visando almodar nosso processo penal aos ditames constitucionais e romper com os ranços inquisitoriais elaborou-se um anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, que propõe um reposicionamento do juiz na investigação segundo o modelo acusatório, criando-se a figura do juiz das garantias.

14. Os membros da comissão redatora do anteprojeto certamente se inspiraram no direito estrangeiro para conceber o juiz das garantias. Países como Alemanha, Itália, Portugal e Paraguai adotam figura semelhante em seu ordenamento processual penal. Eles extiparam de sua legislação o juiz instrutor, que comandava a fase preliminar, e implantaram a figura do juiz das garantias, que promove o controle de legalidade da investigação preliminar e atua como garantidor dos direitos fundamentais nesta fase. Assim, abandona-se o sistema misto e estrutura-se o processo penal nos moldes do sistema acusatório.

15. Apontou-se que mesmos nos países que ainda albergam o juiz instrutor em sua legislação processual penal, como Espanha e França, existe um tendência de enfraquecimento de sua atuação, prevendo-se até mesmo a sua eliminação. Na Espanha a proposta de substituição do juiz instrutor pelo *juez de garantías* foi objeto de debate e está estampada no *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento criminal*.

16. No Brasil o juiz das garantias também é idealizado como guardião da legalidade da investigação e como garantidor dos direitos fundamentais. A necessidade de sua instituição em nosso país está alicerçada, nos termos do anteprojeto, em três argumentos: a imperiosa adequação do papel desempenhado pelo juiz na investigação à estrutura acusatória proposta pelo Novo Código, manutenção da imparcialidade do juiz da causa com o seu distanciamento dos elementos colhidos na investigação e otimização da atuação jurisdicional criminal.

17. Como demonstrado, o primeiro argumento é o mais importante e abrangente. A expressa eleição do sistema acusatório como sistema a ser seguido no Brasil representa um significativo avanço e norteia todas as proposições de nosso processo penal. Esse sistema processual apresenta como notas características a separação entre a figura do juiz e da acusação; a atuação do juiz como terceiro imparcial e alheio ao trabalho de investigação; e, no entendimento de Vázquez, ainda impõe que o juiz que seja encarregado de proferir a sentença não tenha previamente intervenção na fase de investigação.

18. Todos esses elementos do modelo acusatório foram respeitados com a criação do juiz das garantias.

19. Observou-se que o juiz, nos termos do artigo 4º do anteprojeto, não possui iniciativa investigatória. Proibe-se que o ele ordene, de ofício, a realização

de buscas e apreensões, interceptações telefônicas, bem como veda-se determinação, *ex officio*, da produção de provas antecipadas. Assim, caso aprovado o texto do anteprojeto, o juiz só agirá na fase de investigação quando instado. Destacou-se que essa inadmissibilidade de atuações investigatórias do juiz é digna de encômio, pois se afasta definitivamente a concepção do juiz como investigador, típica do sistema inquisitório e misto.

20. Pontou-se que, visando assegurar a máxima imparcialidade do juiz da responsável pela decisão de mérito, a nova figura trará uma separação entre os órgãos judiciais que atuam na fase da investigação e na fase processual, sendo que a participação do juiz na fase de investigação passará a ser interpretada como um critério de exclusão de competência.

21. Entendeu-se que o juiz que tem contato com a prova colhida na fase preliminar estaria contaminado para julgar a causa, pois ele transportaria para a ação penal pré-juízos sobre o fato e sobre o investigado, o que dificultaria que sua decisão de mérito fosse proferida de maneira isenta e imparcial.

22. Apesar do anteprojeto zelar pela preservação da máxima imparcialidade do juiz foram identificadas algumas inconsistências que precisam ser sanadas. Para que se afaste, de fato, o juiz responsável pelo julgamento dos elementos colhidos na fase de investigação é necessário que se amplie a competência do juiz das garantias, passando ele a ser o responsável pela decisão de recebimento ou rejeição da denúncia. Também é imperiosa para a maximização da imparcialidade a criação de um juizado de garantias que seria responsável pelo reexame dos atos decisórios proferidos pelo juiz das garantias.

23. O último argumento analisado foi o da otimização da prestação jurisdicional inerente à especialização na matéria. Asseverou-se que o processo de especialização, tendência em todo Poder Judiciário, trará maior qualidade e celeridade na condução dos pleitos destinados ao juiz na fase de investigação preliminar.

24. Salientou-se que o juiz das garantias não pode ser confundido com os juízes das varas de inquérito, presentes em quatro estados brasileiros. Nessas varas especializadas o juiz atua como controlador do fluxo do inquérito, regendo o trâmite do inquérito entre a autoridade policial e o Ministério Público. Já o juiz das garantias ficará afastado dessa tramitação participando da investigação, mediante

provocação, apenas nos casos em que se verificar a necessidade de restrição dos direitos individuais do investigado.

25. A implantação da figura do juiz das garantias no Brasil esbarra em empecilhos de ordem operacional. O Conselho Nacional de Justiça atestou que a regra de impedimento insculpida no artigo 16 do anteprojeto, torna inexecutável a implementação do juiz das garantias no Brasil, pois 40% das varas da Justiça Estadual constituem-se de comarca única que possuem apenas um juiz. Buscando viabilizar a instituição do juiz das garantias e contornar o problema da falta de estrutura, propôs-se a extensão e implantação do processo eletrônico para fase de investigação, o que permitiria ao juiz acesso aos autos do inquérito sempre que necessário e em qualquer localidade.

26. Embora fortes críticas recaiam sobre nomenclatura selecionada pelo anteprojeto para designar o juiz que atua na investigação preliminar, afirmou-se que nome, “juiz das garantias”, foi eleito de forma oportuna e proposital, visando fixar a figura do juiz como guardião dos direitos fundamentais nesta fase.

27. Conclui-se, assim, que sanadas as incoerências apontadas, a implementação do juiz das garantias marcará a superação dos traços inquisitoriais ainda presentes em nosso Código de Processo Penal, adequando-se a atuação do juiz na fase de investigação à estrutura acusatória.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. A consagração do sistema acusatório com o afastamento do juiz do inquérito policial. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 55, p. 12, jun. 1997.

ALEMANHA. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://defensewiki.ibj.org/images/c/c0/Criminal_Procedure_Code_Germany.pdf. Acesso em: 14 jan. 2012.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. I, 1959.

ALMEIDA, Paulo Vinícius de. **Estado e polícia no Espírito Santo: a criação do inquérito policial – 1865-1875**. 2007. Dissertação (Mestrado História Social das Relações Políticas) - Universidade Federal do Espírito Santo, Programa de Pós-Graduação em História Social das Relações Políticas, Vitória.

ANDRADE. Ivan Moraes de. **Polícia judiciária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. Curitiba: Juruá, 2011.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo**. Disponível em: <http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/attachments/article/12/O%20Sistema%20Acusatorio%20no%20Projeto%20de%20Novo%20CPP.pdf> Acesso em: 20 jan. 2012.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

APRILE, Ercole; SILVESTRI, Pietro. **Le indagini preliminari e l'archiviazione**. 2. ed. Italia: Giuffrè, 2011.

ARAUJO. Fernando Cesar de. **Da cultura ao inconsciente cultural: psicologia e diversidade étnica no Brasil contemporâneo**. Disponível em: <<http://pepsic.bvs-psi.org.br/pdf/pcp/v22n4/04.pdf>>. Acesso em 03 jan. 2012.

ARAÚJO. Sérgio Luiz Souza. **Teoria geral do processo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. **Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz das garantias**. Processo Penal, Constituição e Crítica - Estudos em Homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

BAITZ, Rafael. O saber histórico na pesquisa jurídica (as teses acadêmicas e suas introduções históricas). *In*: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. (Org.).

História e método em pesquisa jurídica. São Paulo: Quartier latin, 2006, v. 01, p. 35-55.

BARROS FILHO, Mário Leite de. Da inconstitucionalidade do juiz de garantias. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2049, 9 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12302>>. Acesso em: 9 dez. 2011.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro I.** 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1993.

BERTOLINO, Pedro J. **El juez de garantías en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.** Buenos Aires: Depalma, 2000.

BICALHO, Maria Fernanda Baptista. Crime e castigo em Portugal e seu Império. Publicado em TOPOI - **Revista de História do Programa de Pós-Graduação em História Social da UFRJ**, 2000, Rio de Janeiro, n. 1, pp. 224-231.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal.** Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

BORGES, Edinaldo de Holanda. **O sistema processual acusatório e o juizado de instrução.** Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília, a. II – n. 6, p. 47-56, jan./mar. 2003.

BORGES, José Ademir Campos. **Juiz de garantias: luxo ou necessidade?. Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2746, 7 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18227>>. Acesso em: 14 março 2012.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de A. Perspectiva dogmática e erudição historiográfica: ainda a ausência de senso crítico no estudo do Direito. *In*: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. (Org.). **História e método em pesquisa jurídica.** 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006, v. 1, p. 19-34.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal.** Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revista Jus Vigilantibus**, quinta-feira, 15 de abril de 2004.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** 8 ed. São Paulo:Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal.** 8 ed. São Paulo:Saraiva, 2012.

BUENO, Eduardo. **Brasil uma história:** cinco séculos de um país em construção. São Paulo: Leya, 2010.

CABEZÓN, Andrea. **Reformas de la Justicia en América Latina. 2010.** Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. Disponível em: http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_details/5383-reformas-de-la-justicia-en-america-latina. Acesso em 20 jan. 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal.** Tradução de José Antonio Cardinalli. Campinas: Conan, 1995.

CARRILLO, Carlos Alberto (Org.). **Memória da Justiça Brasileira: da restauração portuguesa ao grito do Ipiranga.** 2. ed., v. 2, Bahia: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. 2003.

CARVALHO, Jose M. De. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHOUKR Fauzi Hassan. **As reformas pontuais do Código de Processo Penal.** Revista Âmbito jurídico. 2011. Disponível em: www.ambitojuridico.com.br/pdf/index.php?id=5074...1. Acesso em: 09 abril 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **O juiz das garantias na reforma do Código de Processo Penal.** Processo Penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

COELHO DA ROCHA, Manuel Antonio. **Ensaio sobre a história do governo e legislação de Portugal.** 3 ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1851.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Processo Penal e Cidadania.** 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Anotações pontuais sobre a reforma global do CPP. Boletim IBCCRIM. São Paulo: **IBCCRIM**, a. 18, edição especial, p. 16/17, ago. 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In:* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord). **Crítica à teoria geral do direito processual penal.** Rio de Janeiro:Renovar, 2001.

CRUZ, Guilherme Braga da Cruz. **História do Direito Português.** Coimbra, 1955.

DERVIEUX, Valérie. O sistema francês. *In:* **Processo Penais da Europa.** Mireille Delmas-Marty (Org.) Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. Tradução Fauzi Hassan Choukr.

DEU, Teresa Armenta. **Juicio de acusación, imparcialidad del acusador y derecho de defensa.** Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718->

00122007000200005&script=sci_arttext. Revista Ius et Praxis, v. 13, n. 2, p. 81-103, 2007. Acesso em: 13 jan. 2012.

DUARTE, Christian Marcelo Bernal. Reforma del Proceso Penal em Paraguay y el juez penal de garantías y sus funciones. **In Proceso Penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

ESPAÑA. **Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal**. 2011. Disponível em: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288775266264/MuestraInformacion.html>. Acesso em: 16 maio 2012.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **As verdades e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

GAITO, Alfredo; BARGI, Alfredo. **Codice di Procedura Penale annotato con la giurisprudenza**. Italia: Wolters Kluwer, 2007.

GOMES, Abel Fernandes. Juiz das garantias: inconsistência científica; mera ideologia – como se só o juiz não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília, ano XIV, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010.

GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do direito português**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal**. 19 de janeiro de 2010. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - Acesso em: 03 março 2012.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. **La instrucción del proceso penal por el ministerio fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado**. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2013/gomez13.htm>. Acesso em: 12 maio 2012.

HERCULANO, Alexandre Manuel. **História da origem e estabelecimento da Inquisição em Portugal**. 9 ed. Lisboa: Bertrand; Rio de Janeiro: Francisco Alves, v. 3, [19--].

HESPAÑA, António Manuel. **Às vésperas do Leviatan: instituições e poder político, Portugal – séc. XVIII**, Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

JACINTO, Teodosio Francisco. **O modelo de processo penal entre o inquisitório e o acusatório**: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito. Colóquio direito penal e processo penal Supremo Tribunal de Justiça 3-06-2009 http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/dtopenalprocesso_teodosiojacinto.pdf. Acesso em 17 jan. 2012.

JUY-BIRMANN, Rudolphe. O sistema alemão. *In: Processo Penais da Europa*. Mireille Delmas-Marty (Org.) Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

LARA, Silvia H. Introdução. *In: Ordenações filipinas*. São Paulo: Companhia das Letras, livro V, Coleção Retratos do Brasil, 16, 1999.

LE GOFF, Jacques. **A idade média explicada aos meus filhos**. Tradução Hortencia Lencastre. Rio de Janeiro: Agir, 2007.

LE GOFF, Jacques. **História e Memória**. Tradução Bernardo Leitão *et al.* 2. ed. Campinas: UNICAMP, 1992.

LE GOFF, Jacques. **Uma longa idade média**. Tradução Marcos de Castro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

LEITE, Paulo Gomes. A Inquisição em Minas Gerais: denúncias. *In: RESENDE, Maria Efigênia L.; VILLALTA, Luiz Carlos (orgs.). História de Minas Gerais: as minas setecentistas. v. 2*. Belo Horizonte: Autêntica. 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. A opacidade da discussão em torno do promotor investigador: mudem os inquisidores, mas a fogueira continuará acesa. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 12, n. 142, p. 10-11, set. 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury. Bom para que(m)? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 9-10, jul. 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...). **Boletim IBCCRIM**, ano 18, Edição Especial, p. 07, agosto 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 11, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal** (fundamentos das instrumentalidade garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. Juízes inquisidores e paranoicos: uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Boletim IBCCRIM**, Rio de Janeiro, a. 16, **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 11, n. 127, p. 10-11, jun. 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOURO, Rosana de Melo. As ordenações afonsinas e os judeus em Portugal. **Revista Brasileira de História das Religiões. ANPUH**, ano II, n. 6, fev. 2010 - ISSN 1983-2850. Disponível em: <http://www.dhi.uem.br/gtreligiao> - Artigos. Acesso em: 25 maio 2012.

LUZ, Gustavo de Oliveira da. Juiz das garantias: ainda na busca do sistema constitucional acusatório. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2960, 9 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19724>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. **História do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAIER, Julio B.J; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan (coords.). **Las reformas procesales penales en América Latina**. Buenos Aires: AD-HOC. 2000.

MAIER, Julio B.J. **Derecho Procesal Penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2004. Vol. 1.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1961.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz. **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. de 2009.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O juiz moderno diante da fase de produção de provas: as limitações impostas pela Constituição. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 23, n. 24, p. 159-174, jan./jun. de 2007.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm>. Acesso em: 5 fev. 2012.

MARTINS, Lucas Moraes. Uma genealogia das devassas na história do Brasil. *In*: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo**: da prevenção da competência ao juiz das garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

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

MENDES DE ALMEIDA, Cândido. **Código Philippino ou Ordenações do Reino de Portugal**. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1973.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **A invasão do inquérito policial brasileiro em uma perspectiva histórica comparada**. 2008. Disponível em: http://www.jfrj.gov.br/Rev_SJRJ/num22/dossie_artigos/dossie_artigo_8.pdf. Acesso em: 15 fev. 2012.

MIRANDA, Ana. **Boca do inferno**: romance. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias”? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, a. 18, edição especial, p. 21-23, ago. 2010.

MOTA, Emerson Silveira. **Vem aí o “juiz das garantias”**. 19 de abril de 2011. Disponível em: http://www.ajuris.org.br/ajuris/index.php?option=com_content&view=article&id=1114:19-de-abril-de-2011-terca-feira&catid=15:clipping-diario&Itemid=22. Acesso em: 02 maio 2012.

NASPOLINI, Samyra Haydêe. Aspectos históricos, políticos e legais da inquisição. *In*. WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de história do Direito**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2011.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **O aberrante “Juiz das Garantias” no Projeto do Novo Código de Processo Penal**. 2011. Disponível em: http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011_juiz_garantias.pdf. Acesso em: 12 jan. 2012.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 10. ed. atual. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Serra. A evolução histórica dos sistemas processuais e a regência do sistema acusatório no projeto 156/2009-PLS. São Paulo: **IBCCRIM**, ano 18, n. 216, p. 08-09, nov., 2010.

PALMIERI, Gustavo (coordenador). **Informe sobre el sistema de justicia penal en la provincia de Buenos Aires**. 2004. Disponível em http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_

details/3246-informe-sobre-el-sistema-de-justicia-penal-en-la-provincia-de-buenos-aires- Acesso em: 07 jan. 2012.

PASSOS, Edilenice J. Lima. **Código de processo penal**: notícia histórica sobre as comissões anteriores. Brasília 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI95399,51045Poder+Executivo+ja+fez+diversas+tentativas+para+alterar+o+CPP>>. Acesso em: 02 fev. 2012.

PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. **Primeiras linhas sobre o processo criminal**. 3 ed. Lisboa na Typografia Rollandiana, 1820.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas, Bauru: Jalovi, 1983.

PIMENTA BUENO, José Antônio; MARQUES. José Frederico. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. A reforma do Código de Processo Penal. Análise crítica ao PL nº 156/09 do Senado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2847, 18 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18931>>. Acesso em: 26 jan. 2012.

PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. *Juiz é fiscal dos atos do MP, e não defensor deles*. **Revista Consultor Jurídico**, 29 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-dez-29/juiz-criminal-fiscal-atos-acusatorios-nao-defensor-deles>. Acesso em 04 março 2012.

PORTUGAL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_main.php. Acesso em: 24 jan. 2012.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. 2010a. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas>. Acesso em 24.jan.2012.

PORTUGAL. **Ordenações Manuelinas** Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>. Acesso em 24.jan.2012.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Lumen Júris, Rio de Janeiro. 3. ed., p.195, 2005.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la Interpretación del derecho**. 2. ed. México: Porrúa, 1973.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. 2. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A fase preparatória do processo penal: tendências na Europa. O caso português. **Revista de Ciências Criminais**, São Paulo: IBCCRIM, n. 39, v. 10, jul-set/2002, p. 9-27.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Juiz de garantias é obstáculo ao processo**. 9 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-dez-09/criacao-juiz-garantias-obstaculo-celeridade-processual>. Acesso em: 22 março 2012.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado democrático de direito e processo penal acusatório**: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. Dissertação de Mestrado em Direito. Belo Horizonte, PUC Minas, 2011.

SCHNEIDER, Gabriela. **O juiz das garantias na reforma do CPP**: uma análise frente ao sistema acusatório. 2010. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10502 Acesso em: 27 jan. 2012.

SCHREIBER, Simone. O juiz das garantias no projeto do código de processo penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, a.18, n. 213, p. 02-03, ago. 2010.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: a suprema corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. 1 ed. Trad. Maria Helena Pires *et al.* São Paulo: Perspectiva, 1979.

SILVA, Antonio Álvares da. **Juiz de garantia e inquérito policial**. 09.12.09. Disponível em: http://mg.trt.gov.br/download/artigos/pdf/170_juizdegarantia.pdf. Acesso em: 06 dez. 2011.

SILVA, Edna Mara Ferreira da. **Ação da justiça e as transgressões da moral em Minas Gerais segundo os crimes**: Mariana – 1747-1820 Disponível em: <cvc.instituto-camoes.pt/conhecer/.../370-a-accao-da-justica-e-as-transgressoes-da-moral-em-minas-gerais--mariana-1747-1820.html>. Acesso em: 05 dez. de 2011.

SILVA, José Antônio da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

SILVA, Larissa Marila Serrano da; SOUZA, Leonardo Marino Gomes. Terra de non-droit: a prevalência da justiça privada nas minas setecentistas. *In: 3ª Semana Jurídica da USP de Ribeirão Preto*, Ribeirão Preto. 2010.

SILVEIRA, Daniel Barile da. **Patrimonialismo e burocracia**: uma análise sobre o poder judiciário na formação do Estado brasileiro. Dissertação de Mestrado em Direito, Estado e Constituição. Brasília, UnB, 2006.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 183, p. 77-93, jul./set. 2009.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **O juiz das garantias entre os caminhos da reforma do Código de Processo Penal**. Processo Penal, Constituição e Crítica - Estudos em Homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

SOUZA, José Barcelos. **A defesa na polícia e em juízo**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo, Sugestões Literárias, 1974.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 1987.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1989.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 2.

TOSCANO JÚNIOR, Rosivaldo **O processo eletrônico e o dilema do juiz de garantias**. 18 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.rosivaldotoscano.com/2011/04/o-processo-eletronico-e-o-dilema-do.html> Acesso em: 03 abril 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1997.

TOVO, João Batista; TOVO, Paulo Cláudio. **Primeiras linhas sobre o processo penal em face da nova Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

TORON, Alberto Zacharias. Inquérito só no MP e bye, bye ação penal privada. Boletim IBCCRIM. São Paulo: **IBCCRIM**, a. 18, edição especial, p. 3/5, ago. 2010.

VALDIVIESO, Patricio. **Reforma Procesal Penal en Chile y otras iniciativas relacionadas**: aporte a discusión sobre fortalecimiento del Poder Judicial en México, transparentar su actuación y adecuarlo a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos. Disponível em: <http://www.cejamericas.org>. Acesso em: 12 fev. 2012.

VÁZQUEZ SOTELO, José-Luís. El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español. **Revista Jurídica de Cataluña**, 1984-2, pp. 93-135.

ZILLI, Marcos. Os atores e seus papéis. Boletim IBCCRIM. São Paulo: **IBCCRIM**, a. 18, edição especial, p. 19-20, ago. 2010.

WEHLING, Arno. **Administração Portuguesa no Brasil de Pombal a D. João (1777-1808)**. Brasília: Fundação Centro de Formação do Servidor Público, 1986.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 2 ed. 2ª Tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 2000.