

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

ALEXANDRE VALE DO RÊGO BARROS FILHO

**AS CONSEQUÊNCIAS DA CONTAMINAÇÃO DOS MAGISTRADOS DURANTE A  
FASE PRÉ-PROCESSUAL: OS EFEITOS DA APLICAÇÃO DA FIGURA DO JUIZ  
DAS GARANTIAS**

Recife  
2017

ALEXANDRE VALE DO RÊGO BARROS FILHO

**AS CONSEQUÊNCIAS DA CONTAMINAÇÃO DOS MAGISTRADOS DURANTE A  
FASE PRÉ-PROCESSUAL: OS EFEITOS DA APLICAÇÃO DA FIGURA DO JUIZ  
DAS GARANTIAS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como  
requisito para obtenção do título de bacharel em Direito,  
na Faculdade Damas da Instrução Cristã.  
Orientador: Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo

Recife  
2017

Catálogo na fonte  
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

Barros Filho, Alexandre Vale do Rêgo.

B277c As consequências da contaminação dos magistrados durante a fase pré-processual: os efeitos da aplicação da figura do juiz das garantias / Alexandre Vale do Rêgo Barros Filho. - Recife, 2017.  
50 f.

Orientador: Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo.  
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2017.

Inclui bibliografia

1. Direito (Processo Penal). 2. PSL nº 156/09. 3. Juiz das garantias.  
4. Imparcialidade do julgador. I. Cardozo, Teodomiro Noronha. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

343.1 CDU (22. ed.)

FADIC (2017-008)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

ALEXANDRE VALE DO RÊGO BARROS FILHO

AS CONSEQUÊNCIAS DA CONTAMINAÇÃO DOS MAGISTRADOS DURANTE A  
FASE PRÉ-PROCESSUAL: OS EFEITOS DA APLICAÇÃO DA FIGURA DO JUIZ DAS  
GARANTIAS

Defesa Pública em Recife, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

---

Examinador(a):

---

Examinador(a)

---

## RESUMO

A presente pesquisa visou o estudo sobre as ocorrências de contaminação subjetiva dos magistrados brasileiros durante os procedimentos inquisitórios da fase de investigação preliminar do processo criminal, tendo como uma hipótese inicial a implantação do juiz das garantias como meio apto a distanciar os elementos indiciários, colhidos através de uma visão unicamente acusatória, do juiz processante. Para tanto, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, assim, o estudo partiu da verificação das características inquisitórias na fase pré-processual do sistema processual penal vigente, posteriormente foi brevemente analisada a aplicação de institutos semelhantes ao juiz das garantias em países que passaram por momentos jurídicos similares ao Brasil (Portugal, Itália e Paraguai) e, por fim, foi realizada uma análise da figura do juiz das garantias apresentada pelo PLS n.º 156/09. Ressalta-se que a importância do presente estudo esteve totalmente ligada à relevância da correta execução do processo penal para a sociedade, bem como o momento jurídico brasileiro de minimização das garantias individuais como formar e obtenção de “justiça”.

Palavras-Chave: PLS n.º 156/09, Juiz das garantias, imparcialidade do julgador.

## **ABSTRACT**

This work aimed to study the occurrences of subjective contamination of Brazilian magistrates during the inquisitorial procedures of the preliminary investigation phase of the criminal process, with an initial hypothesis being the implementation of the judge of the guarantees as a means to distance the evidence elements, collected through from a solely accusatory view, of the trial court. For this purpose, the hypothetical-deductive method was used, so the study was based on the verification of the inquisitorial characteristics in the pre-procedural phase of the criminal procedure system in force, and briefly the application of institutes similar to the guarantee judge in countries that passed through legal moments similar to Brazil (Portugal, Italy and Paraguay) and, finally, an analysis was made of the figure of the guarantor judge presented by PLS no. 156/09. It should be emphasized that the importance of the present study was totally related to the relevance of the correct execution of the criminal process for the society, as well as the Brazilian legal moment of minimization of the individual guarantees such as to form and obtain "justice".

Keys-word: PLS n.º 156/09, judge of guarantees, impartiality of the judge.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	6
1.1 Problemática: hipótese de pesquisa .....	6
1.1.1 Pergunta preliminar .....	6
1.1.2 Resposta preliminar .....	7
1.2 Metodologia .....	7
1.3 Objetivo geral .....	7
1.3.1 Objetivos específicos .....	7
1.4 Justificativa .....	8
<b>2 AS CARACTERÍSTICAS INQUISITÓRIAS DO MODELO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO</b> .....	10
2.1 Sistemas inquisitório e acusatório .....	10
2.2 O modelo misto brasileiro e suas características inquisitórias .....	15
2.2.1 A herança do juiz gestor das provas .....	15
2.2.2 O sistema de prevenção na fase inquisitorial .....	17
2.2.3 Princípio da imparcialidade do julgador .....	22
<b>3 A IMPLEMENTAÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA ACUSATÓRIO NA EUROPA E NA AMÉRICA LATINA</b> .....	24
3.1 Portugal .....	25
3.2 Itália .....	29
3.3 Paraguai .....	31
<b>4 A ELABORAÇÃO DO PLS 156/09 E AS DISCUSSÕES A RESPEITO DA VIABILIDADE E EFICÁCIA SOBRE A IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO</b> .....	35
4.1 As características do juiz das garantias e suas atribuições em comparação com a realidade processual vigente .....	36
4.2 Críticas ao instituto do juiz das garantias .....	39
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	45
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	47

# 1 INTRODUÇÃO

## 1.1 Problemática: hipótese de pesquisa

O Código de Processo Penal Brasileiro se apresenta como um modelo verdadeiramente acusatório, mas através de uma análise minuciosa de seus dispositivos revela-se como um sistema possuidor de uma forte essência inquisitória que, em determinadas ocasiões, dão azo à contaminação dos magistrados, ferindo gravemente a garantia da imparcialidade do julgador.

A referida contaminação melhor pode ser entendida como um pré-conceito valorativo do julgador, ou seja, uma influência subjetiva que sofre o magistrado ao passar toda a investigação criminal tendo contato unicamente com a versão dos fatos e as provas colhidas unicamente pela acusação.

Com efeito, a aludida situação está totalmente ligada a um dos conceitos jurídicos que mais ferem o sistema acusatório – o qual também será objeto de análise do presente estudo –, qual seja: o instituto da prevenção do julgador, no qual o magistrado que decidiu no inquérito policial, necessariamente será prevento para processar e julgar a ação penal que porventura venha a surgir derivada da investigação preliminar.

Posto isso, é evidente que um *decisum* proferido por um magistrado contaminado gera um dano imenso não só para aquele que acaso sofra uma eventual condenação, mas também para toda a sociedade, pois se estaria diante de uma situação de extrema insegurança jurídica.

### 1.1.1 Pergunta preliminar

Diante da essência inquisitória existente no Direito Processual Penal Brasileiro, como o instituto do juiz das garantias poderia contribuir para atenuar a possibilidade de contaminação dos magistrados proveniente da fase pré-processual?

### *1.1.2 Resposta preliminar*

A figura do juiz das garantias disposta no Projeto de Lei do Senado n.º 156/09 apresenta-se como um grande avanço no sistema processual brasileiro, visto que extingue a prevenção do magistrado proveniente da fase investigativa. Ademais, não se trata de método pioneiro no Brasil, pois é um meio utilizado por diversos países latinos e europeus a fim de amenizar a parcialidade dos magistrados durante a persecução criminal.

## 1.2 Metodologia

O método de pesquisa adotado por este trabalho será, predominantemente, o Hipotético-dedutivo, pois, consiste na construção de conjecturas que são submetidas a teses, à crítica intersubjetiva, ao controle mútuo pela discussão crítica, à publicidade e ao confronto com os fatos, para verificar se a hipótese resiste às tentativas de falseamento, sem o que seria refutada.

## 1.3 Objetivo geral

Analisar a figura do juiz de garantias como um possível meio apto a amenizar a incidência de contaminação dos magistrados durante a atuação na fase pré-processual no Brasil, tendo em vista as críticas para sua implantação e a aplicabilidade de institutos semelhantes em Portugal, Itália e Paraguai.

### *1.3.1 Objetivos específicos*

Os objetivos específicos da presente pesquisa são: I – Verificar a essência inquisitória na fase pré-processual do sistema brasileiro, por meio da exposição das diferentes funções do magistrado nos sistemas processuais penais inquisitório, acusatório e misto; II – Analisar a aplicação de institutos semelhantes ao juiz das garantias nos ordenamentos jurídicos internacionais; e III – Analisar as características do instituto do juiz das garantias pelo teor do PLS n.º 156/09, bem como suas críticas.

Na primeira etapa da pesquisa é analisada as características dos principais modelos processuais penais existentes no mundo, inquisitório e acusatório, logo, após esta explanação,

foi estudado as peculiaridades do sistema processual brasileiro observando-se que, apesar de apresentar-se como um sistema acusatório, na verdade, representa um modelo misto com essências inquisitórias no que diz respeito à gestão de provas e à prevenção do julgador proveniente da fase processual. Ao final desta primeira etapa, foi demonstrada a importância do princípio da imparcialidade do julgador e como as aludidas situações afetam a sua ideologia.

Na segunda etapa da pesquisa é realizado um estudo a respeito de grandes alterações legislativas, no tocante à alteração de regime processual penal, em países que passaram por situações jurídicas semelhantes à do Brasil (Portugal, Itália e Paraguai), verificando-se que estes Estados evoluíram para a aplicação de um modelo misto, com a implementação de institutos semelhantes ao juiz das garantias apresentado pelo PLS n.º 156/09.

Na terceira etapa da pesquisa foi explorado como a figura do juiz das garantias é apresentada pelos dispositivos do PLS n.º 156/09, assim como foi analisada as inúmeras críticas inerentes ao projeto que põem em dúvida sua eficácia no contexto jurídico atual do Brasil, bem como pela existência de contradição entre o que é exposto pelo projeto e a ideologia jurídica do instituto.

#### 1.4 Justificativa

O Direito Penal é o mecanismo estatal que busca tutelar o conjunto de bens jurídicos mais relevantes da sociedade. A respeito disso, é imperioso notar que muitos desses bens jurídicos são considerados indisponíveis e, por este motivo, a principal sanção relacionada ao descumprimento dessas normas é a restrição de liberdade.

Não por outra circunstância, o Direito Penal também é conhecido como o instrumento punitivo mais severo do Estado, justamente por relativizar as garantias asseguradas pela Carta Magna quando da aplicação de suas sanções. Assim, se o Direito Penal possui uma importância relevante para a sociedade, é imprescindível que Direito Processual Penal seja aplicado com a maior eficácia possível, inclusive respeitando todas as garantias inerentes aos acusados durante o processo.

No entanto, é de se observar que existe uma situação crítica instalada no Brasil, na qual está presente uma minimização das garantias essenciais que supostamente seriam asseguradas ao indivíduo que é investigado ou responde a um processo penal.

Portanto, é indispensável debater sobre temas que versem sobre as possíveis arbitrariedades cometidas pelo Judiciário na aplicação do Direito Processual Penal,

principalmente no que diz respeito a discussões sobre a contaminação dos magistrados no modelo processual brasileiro, pois estar-se diante de uma época em que os julgadores conduzem procedimentos criminais fortemente motivadas pela ânsia de justiça da população.

## 2 AS CARACTERÍSTICAS INQUISITÓRIAS DO MODELO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Historicamente, é possível perceber que a forma de aplicação do Direito Penal, por meio do processo penal, sofreu modificação, principalmente no que diz respeito à consideração da garantia de inviolabilidade dos direitos individuais do investigado ou acusado. De acordo com a análise das aludidas alterações estruturais no Direito Processual Penal, verifica-se que “a estrutura do processo penal de um país funciona como um termómetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição”<sup>1</sup>.

Em outras palavras, ao longo dos anos, a evolução do mundo jurídico fez com que o processo penal se alternasse basicamente sob a figura de dois principais sistemas processuais, sendo eles: o inquisitório e o acusatório.

Cada um desses modelos jurídicos possui suas peculiaridades, cujas diferenciações giram em torno da gestão de provas no decorrer da persecução criminal, conseqüentemente, na segurança da imparcialidade do julgador. Isso porque, no inquisitório o magistrado possui a iniciativa de determinar a produção de provas, enquanto que no acusatório esta função diz respeito às partes do processo (acusação e defesa)<sup>2</sup>.

O presente capítulo faz uma análise desses principais sistemas processuais, com enfoque na ideologia do princípio da imparcialidade do julgador, bem como apresenta as características do peculiar modelo brasileiro, evidenciando as situações que possibilitam a ocorrência de contaminação subjetiva do magistrado durante o decorrer da fase de investigação preliminar.

### 2.1 Sistemas inquisitório e acusatório

O sistema inquisitório surgiu na Roma Antiga, o qual por meio de influências religiosas e políticas, obteve como principal característica a total autonomia do magistrado para comandar e dar seguimento ao processo da maneira que achasse mais pertinente. Assim, esse modelo processual "correspondia à concepção de um poder central absoluto, com a

---

<sup>1</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 37.

<sup>2</sup> MORAES DA ROSA, Alexandre. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 57.

centralização de todos os aspectos do poder soberano (legislação, administração e jurisdição) em uma única pessoa"<sup>3</sup>.

É possível dizer que desde o seu nascedouro, o modelo inquisitório foi marcado como uma “técnica de investigação” que almejava apenas os valores sociais<sup>4</sup>, deixando de lado toda e qualquer garantia que poderia possuir o indivíduo acusado criminalmente.

O aludido modelo processual dispõe de características gerais sobre a presença de um processo escrito e sigiloso. Essa confidencialidade, em diversas ocasiões, impedia o próprio acusado de ter acesso às informações processuais, conseqüentemente, impossibilitando a existência do contraditório para a análise dos elementos de provas colhidos unicamente com a visão dos órgãos acusatórios<sup>5</sup>.

Pelo que se percebe, o juiz era o presidente do processo penal, podendo movimentá-lo a seu dispor, ou seja, o magistrado poderia ser denominado como um "gestor das provas", produzindo de iniciativa própria todo o acervo probatório essencial para comprovar e fundamentar a sua convicção, ao final, suficiente para a prolação de uma sentença condenatória ou absolutória. Aliás, por este motivo, o que se depreende é que a mencionada decisão era fruto de um pré-conceito valorativo do magistrado, proveniente desde o primeiro contato com o caso em discussão no procedimento criminal. A respeito disso:

[...] o denominado processo inquisitivo não foi e, obviamente, não pode ser, um verdadeiro processo. Se este se identifica como *actum trium personarum*, em que ante um terceiro imparcial comparecem duas partes parciais, situadas em pé de igualdade e com plena contradição, e apresentam um conflito para que aquele o solucione aturando o direito objetivo, algumas das características que temos indicado próprias do sistema inquisitivo levam inevitavelmente à conclusão de que esse sistema não pode permitir a existência de um verdadeiro processo. Processo inquisitivo se resolve assim em uma contradição entre termo<sup>6</sup>.

Segundo Franco Cordero<sup>7</sup>, o fato de o julgador ser o gestor das provas e poder colhê-las de acordo com o seu pré-conceito, vem à tona a existência de um "quadro mental paranoico" típico de um sistema inquisitório, o qual independe da ocorrência de contraditório.

---

<sup>3</sup> FEITOSA, Denilson. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 61.

<sup>4</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 108.

<sup>5</sup> SGANZERLA, Rogério Barros. **A construção da verdade a partir da motivação e publicidade no processo penal**. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/10681-A-construcao-da-verdade-a-partir-da-motivacao-e-publicidade-no-Processo-Penal>>. “Acesso em: 12 nov. 2017”.

<sup>6</sup> AROCA, Juan Montero. **Principios del proceso penal**. p. 28-29. apud RANGEL, Paulo. op. cit., p. 50.

<sup>7</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986, p. 51.

Seguindo este raciocínio, é cediço que dificilmente a decisão final vai ser diferente da convicção inicial do magistrado.

A condução do trâmite processual é totalmente voltada para reunião de elementos probatórios que corroborem a hipótese inicial do julgador, objetivando comprovar às partes que suas suspeições eram verdadeiras, logo, “fechando os olhos” para uma possível situação diferente relacionada ao caso concreto, justamente por não haver possibilidade de produção de prova com outra finalidade a não ser a confirmação do raciocínio empreendido pelo juiz.

Os poderes do magistrado então se desenvolveram ao ponto de que as funções de acusar, defender e julgar concentravam-se apenas em suas mãos, o que quebra totalmente qualquer lógica, pois não é coerente que a mesma pessoa que seja encarregada de acusar, defenda o suspeito e, ao final, solucione o conflito.

Essa situação demonstra o grande grau de autoritarismo a que se reveste o modelo Inquisitório, deixando o mais gravoso mecanismo punitivista estatal concentrado nas mãos de apenas uma pessoa. Neste sentido, Aury Lopes Jr.<sup>8</sup>:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte mero objeto da investigação.

Essas características inquisitórias comprometem a capacidade sancionatória do julgador, tendo em vista que a imparcialidade é prejudicada e, conseqüentemente, há uma dificuldade em proferir uma decisão justa. Isso porque, não é crível que o magistrado atribua interpretação diversa de uma prova que foi construída por si.

A *contrariu sensu*, sabe-se que um material probatório pode ser interpretado de diversas maneiras, cujo confronto de versões podem contribuir para chegar a uma verdade processual<sup>9</sup>, ou seja, o julgador faz uma concepção subjetiva do ocorrido no caso concreto através de sua interpretação do material probatório, juntamente com as argumentações formuladas por ambas as partes processuais.

Na verdade, da maneira que exigem os preceitos do sistema inquisitório, a condução da ação penal e a construção probatória do caderno processual dão azo ao julgador incidir em

---

<sup>8</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 61.

<sup>9</sup> PACHELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 20.

evidente erro psicológico, justamente por não ser coerente o exercício de funções tão antagônicas concentradas em uma mesma pessoa<sup>10</sup>.

Almejando um sistema que consertasse as falhas do sistema inquisitório, surgiu, de maneira diametralmente oposta, o modelo acusatório. Através de simples atenção ao modelo em comento, verifica-se que a persecução criminal evoluíra com “a mesma finalidade que o princípio da separação dos poderes do Estado: impedir a concentração de poder, evitando que o seu uso se degenerasse em abuso”<sup>11</sup>.

Este sistema é exposto como uma completa antítese do inquisitório, pois suas características gerais são: existência do contraditório, procedimento público, imparcialidade do julgador, garantia da ampla defesa e distribuição das funções de julgar, acusar e defender.

O sistema acusatório mostra-se um modelo que combate diretamente o "quadro mental paranoico" inerente aos magistrados no âmbito do sistema inquisitório, ou seja, impedindo que o juiz manuseie o processo a fim de comprovar a sua pré-avaliação do caso concreto, mais precisamente, não permitindo que o julgador incida em uma situação de erro psicológico.

O modelo acusatório introduziu no mundo jurídico uma clara divisão de partes no processo penal, encarregadas das diferentes funções de investigar, acusar, defender e julgar. Sobretudo, uma das circunstâncias que o sistema em questão defende é a garantia de que essas partes sempre devem estar em pé de igualdade. Essa separação de funções originou uma "verdadeira" relação processual.

A iniciativa do processo criminal não compete ao juiz *ex officio*, pois: "A titularidade da pretensão punitiva pertence ao Estado, representado pelo Ministério Público e não ao juiz, órgão estatal tão-somente da aplicação imparcial da lei para dirimir os conflitos entre o *jus puniendi* e a liberdade do réu"<sup>12</sup>.

Pelo que se percebe, o cerne da questão foi voltado a assegurar a imparcialidade do julgador, pois:

[...] a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz

---

<sup>10</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003, p. 106.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 107.

<sup>12</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**: volume I. São Paulo: Millenium, 2008, p. 66.

se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual<sup>13</sup>.

Percebe-se que os Estados Democráticos de Direito passaram a não mais admitir a interferência do julgador na gestão de provas, uma vez que seria tendenciosa a atuação do magistrado nesta seara processual.

A transformação do juiz-ator para o juiz-espectador possibilitou a existência da imparcialidade do magistrado, em consequência fez com que o acusado passasse de um simples objeto no procedimento criminal, para ser efetivamente uma parte indispensável ao andamento deste<sup>14</sup>.

A ideia do modelo acusatório, surgida no Brasil na época da promulgação da Constituição Federal de 1988, busca a estruturação de um sistema dialético, onde a passividade do sujeito não mais será característica do acusado, mas sim do julgador. Assim, o juiz fica à mercê da análise probatória produzida pelas partes e, ao mesmo tempo, verificando a legalidade do material e assegurando a isonomia entre a acusação e a defesa.

A aplicação desse modelo processual exigiu que os códigos de processo penal evoluíssem e conferissem inúmeras garantias individuais aos sujeitos que participam do procedimento criminal. Aliás, esses diplomas legais tratam com tamanha seriedade os aludidos direitos que suas violações ocasionam, na maioria das vezes, nulidade absoluta no processo, ou seja, sem haver necessidade de demonstração de prejuízo para as partes.

Para Norberto Avena<sup>15</sup>, por meio da implantação do sistema acusatório, pressupõe-se a concessão de diversas garantias às partes processuais, direito estes normalmente tutelados pelas Constituições Federais de cada Estado Democrático de Direito, uma vez que as Cartas Magnas são as normas de maior hierarquia e asseguram os direitos mais relevantes do país.

Percebe-se que a prioridade do processo penal passou a colocar a dignidade da pessoa humana na frente do interesse estatal, ou seja, um imenso avanço jurídico ante a superação de um modelo que era extremamente autoritário e a criação de um sistema garantista que assegura direitos ao acusado e limita o poder dos magistrados perante o processo penal.

---

<sup>13</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 40.

<sup>14</sup> *Idem*, p. 44

<sup>15</sup> AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 7.

## 2.2 O modelo misto brasileiro e suas características inquisitórias

Em que pese os sistemas anteriormente explorados possuírem características bem distintas, na realidade, a aplicação de um ou de outro na sua forma pura não é tão simples, o que acaba por gerar um terceiro modelo sincrético, em outras palavras, um sistema processual misto<sup>16</sup>.

Exemplo da situação acima ocorre no Direito Processual Penal Brasileiro, o qual apresenta uma fusão dos referidos sistemas, ressalte-se que a aludida junção dos modelos não indica um equilíbrio de suas principais características. Este motivo, inclusive, cria um grande risco para a segurança jurídica no atual processo penal pátrio, devido a presença de uma relevante essência inquisitória. Neste sentido, o atual procedimento penal brasileiro:

Abrange duas fases processuais distintas: uma inquisitiva, destituída de contraditório, publicidade e defesa, na qual é realizada uma investigação preliminar e uma instrução preparatória; outra, posterior a essa, corresponde ao momento em que se realizará o julgamento, assegurando-se ao acusado, nesta segunda fase, todas as garantias do processo acusatório<sup>17</sup>.

Ocorre que, mesmo na segunda fase do procedimento, em tese, asseguradas as garantias processuais, existem diversas falhas que possibilitam a aplicação de características do sistema inquisitório, situação esta que cria chances de contaminação subjetiva do magistrado ao julgar uma eventual ação penal.

### 2.2.1 A herança do juiz gestor das provas

Como visto nos subtópicos anteriores, uma das principais diferenças do sistema inquisitório para o acusatório é justamente a quem incumbe a gestão das provas. No primeiro, a gestão cabia única e exclusivamente ao magistrado, já no segundo, a competência para a produção das provas cabe às partes responsáveis por acusar e defender o réu, respectivamente, Ministério Público e Advogados de Defesa.

Assim, durante a fase processual, a gestão das provas deve ficar nas mãos das partes, portanto, impedindo que o juiz tenha iniciativa probatória, preservando-se a imparcialidade do julgador. Isso porque, o modo estabelecido na sistemática brasileira torna

---

<sup>16</sup> MORAES DA ROSA, Alexandre. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 56.

<sup>17</sup> AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 9.

incoerente e inexplicável colocar o núcleo da iniciativa da prova sob o magistrado, por deixar em risco a imparcialidade deste.

Já que ao gerir a prova pode surgir no magistrado o interesse de fazer prevalecer sua convicção inicial probatória maculando a sua imparcialidade, o juiz não pode sob o pretexto da busca da verdade real, violar o espírito do sistema acusatório que é a essência de todo o modelo garantista. Até porque, este conceito de verdade real já se encontra superado pela doutrina, tratando-se de uma utopia jurídica, uma vez que, como dito no subtópico anterior, o objetivo da interpretação das provas é a busca pela verdade processual<sup>18</sup>. Além do mais, acaso o magistrado possuísse iniciativa probatória, o julgador, quando contaminado subjetivamente, pode obter uma percepção distorcida do que representa o verdadeiro conjunto probatório.

Ocorre que, no Brasil, há alguns casos nos quais é facultado ao próprio magistrado tomar iniciativa para a produção do acervo probatório. A respeito disso, discorre Denílson Feitoza Pacheco<sup>19</sup>:

[...] um ‘observador externo’ ao nosso sistema diria que nosso sistema não é acusatório, por ser marcadamente informado pelo princípio inquisitivo. Além disso, diria que se encontra numa espécie de ‘fase embrionária’ do sistema misto, ainda no século XIX.

Culturalmente, o sistema inquisitivo domina claramente no Brasil. O juiz brasileiro pode, de ofício, ou seja, sem qualquer requerimento ‘das partes’: determinar a produção de provas em geral, seja durante a investigação criminal ou processo penal, como busca-apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas, oitiva do ofendido, prova documental etc.; requisitar instauração de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP); decretar prisão preventiva (art. 311, CPP)

Exemplo desses casos estão dispostos no art. 156 do Código de Processo Penal, visto que o aludido artigo autoriza a produção de provas *ex officio* pelo próprio magistrado, o que denota uma característica herdada do arcaico sistema inquisitório. Observe-se o teor do mencionado dispositivo:

Art. 156 - A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

<sup>18</sup> SAMPAIO, Denis. **A gestão da prova no processo penal**: continuidade do sistema inquisitório pela lei 11.690/08. Disponível em: <[http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista\\_2009/2009/aprovados/2009a\\_Dir\\_Penl\\_Sampaio%2001.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Dir_Penl_Sampaio%2001.pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2017.

<sup>19</sup> PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 64.

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevantes.

A aplicabilidade do dispositivo legal supracitado, por si só, fere o preceito do princípio constitucional do *in dubio pro reo*, pois no inciso II, o juiz está autorizado a determinar diligências em caso de dúvida, quando, neste mesmo caso, nos termos do princípio mencionado, deveria se proceder à absolvição do acusado<sup>20</sup>.

Por este e outros motivos, é evidente a presença de uma grande base inquisitória no sistema brasileiro, mantendo viva a ideia do juiz gestor das provas, característica esta inerente a um sistema que viola as garantias individuais.

A concessão dessa função ao magistrado o torna uma parte superior às demais, incompatível com os fundamentos do sistema Acusatório, portanto, revivendo a obscura figura do "juiz gestor das provas".

### 2.2.2 O sistema de prevenção na fase inquisitorial

No sistema processual penal brasileiro, existem regras que definem a competência do magistrado para conduzir a ação penal. Dentre essas normas, existe o sistema da prevenção, um instituto que pode ser compreendido como uma “herança” inquisitória existente até os dias atuais.

O processo penal da maneira que existe hoje preza ao máximo pela manutenção da imparcialidade do julgador, objetivando a formulação de uma decisão justa ao caso concreto. Para tanto, o modelo atual buscou afastar quaisquer situações que pudessem deixar o magistrado em um contexto delicado, ou seja, em uma conjuntura de deixar suas motivações pessoais “contaminá-lo”.

Esse contexto era comumente encontrado nos juízes com poderes instrutório, potencializado em sistemas processuais como o brasileiro, que, ao conceberem a prevenção como causa de fixação da competência, possibilitam uma imensa monstruosidade jurídica onde o juiz atua na fase de investigação policial e depois, na fase judicial, por óbvio, proferindo uma decisão de mérito. Entretanto, a crise não surge só com o juiz instrutor, senão com os diversos pré-juízos que os magistrados rotineiramente fazem sobre fatos da investigação preliminar. Esse é o ponto chave da questão: o prejuízo que gera os diversos pré-conceitos valorativos durante a atuação do juiz na investigação preliminar.

---

<sup>20</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas do processo penal**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2008, p. 36.

Apesar disso, o sistema da prevenção não foi retirado do ordenamento jurídico pátrio, sob a argumentação de que:

O juiz já tomou conhecimento, mesmo que em escala superficial, de fatos cujo mérito será por ele apreciado, segundo a regulamentação nacional, torna-se mais habilitado ao julgamento da causa. O prévio conhecimento obtido indiciária ou integralmente, propiciaria melhor julgamento em virtude da maior soma de elementos que compõem a esfera de saber do julgamento<sup>21</sup>.

No entanto, a assertiva acima colacionada, defendida por muitos doutrinadores, esconde o verdadeiro perigo do instituto da prevenção, pois oportuniza o magistrado a ter um contato prévio com as provas indiciárias, sem a presença de qualquer contraditório, ou seja, a visão dos agentes investigadores pode criar um pré-conceito valorativo no julgador (problema este que o modelo acusatório muito lutou para eliminar).

Em outras palavras, o sistema da prevenção como posto afasta o magistrado da função de juiz-espectador, assim, aproximando-se do antigo juiz-ator<sup>22</sup>, uma vez que o intenso contato com a prova produzida no inquérito policial, sem contraditório e ampla defesa, pode prejudicar sua consciência psicológica para julgar uma futura ação penal, uma vez que, antes de iniciar-se o processo penal, há a chance de existir uma investigação prévia por meio de um inquérito policial, cuja regra no processo penal brasileiro é a de haver apenas a atuação da Polícia, do Ministério Público e do Juiz.

Nessa denominada fase pré-processual, o Ministério Público e a Polícia trabalham conjuntamente, enquanto que o juiz está sempre à disposição para autorizar medidas investigativas, desta forma, possuindo contato com todo o material presente na investigação, posto que os entes encarregados da investigação precisam demonstrar a necessidade de determinadas medidas investigativas.

Além disso, embora o juiz não deva atuar ativamente na investigação, atualmente há a figura de certos magistrados que atuam como verdadeiros "comandantes" da investigação policial, o que claramente entra em contradição com os preceitos do sistema acusatório.

Este é um dos maiores problemas herdados do sistema inquisitório, pois não há como crer na imparcialidade de um julgador que está completamente absolvido pela ânsia

---

<sup>21</sup> HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Um veto e o malabarismo psicológico**. 2008. Disponível em: <<http://infodireito.blogspot.com.br/2009/01/artigo-um-veto-e-o-malabarismo.html>>. "Acesso em: 10 set. 2017".

<sup>22</sup> CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. **O Juiz Contaminado**. A Superação da Prevenção como Critério de Fixação da Competência. 2010. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>> "Acesso em: 24 set. 2017".

investigatória ou, nos dizeres de Joel Goldschmidt<sup>23</sup>, o magistrado estaria diante de uma incompatibilidade psicológica.

O princípio da imparcialidade, mais do que uma garantia, é um preceito indispensável para o exercício da jurisdição. Assim, se o Estado decidiu ser o detentor do monopólio da jurisdição, também optou por trazer as responsabilidades que esta decisão acarretaria, inclusive, este é o entendimento dominante da doutrina. A respeito disso:

Realmente, se à parte é defeso valer-se de suas próprias forças para diretamente solucionar o conflito em que se vê envolvida, deve o Estado, detentor único do poder-dever de prestar a tutela necessária à resolução daquele, agir no processo, através de seus órgãos, com absoluta isenção de propósitos, assim retribuindo à confiança que lhe é depositada pelo destinatário final da atividade jurisdicional; e essa retribuição pressupõe necessariamente que o Estado exija, daqueles que exercem a jurisdição em seu nome, a condução imparcial do processo, até porque, como salienta Dinamarco, para que se legitime a imperatividade dos atos e decisões estatais no exercício da jurisdição, o primeiro requisito é a condição imparcial do juiz, o qual deve ser estranho à pretensão, ao litígio e aos litigantes<sup>24</sup>.

O Juiz deveria se colocar em posição exterior às partes, ou seja, o litígio se desenvolverá de forma alheia ao representante do judiciário e ele nunca pode se envolver naquele nível para interferir, sob pena de desequilibrar a relação processual e tornar-se suspeito, ou seja, através de um elemento subjetivo existente no magistrado, sua capacidade de ser um julgador imparcial é maculada, o que não se pode admitir, sabendo-se que a imparcialidade do julgador é um pressuposto processual indispensável ao resultado coerente do processo em qualquer área jurídica.

Por este motivo, desde já se observa que o aludido instituto representa uma “faca de dois gumes”, podendo tornar o julgamento mais eficiente, tendo em vista que o magistrado já vai estar mais familiarizado com a demanda, ou podendo tornar o julgamento em um mero procedimento de praxe, tendo em vista que o magistrado pode estar convicto de sua atuação anterior, independente de provas futuras que venham a surgir ao longo da instrução processual.

Logo, o instituto da prevenção coloca em perigo a garantia da imparcialidade do magistrado, uma vez que o mesmo tem probabilidades altíssimas de iniciar uma ação penal com um pré-conceito negativo sobre o acusado, pois o juiz, não deixa de ser uma pessoa humana, conseqüentemente, vinculando a sua decisão passada e dificultando sua capacidade de enxergar outra versão dos fatos que não a escolhida por ele próprio naquela fase pré-processual.

<sup>23</sup> GOLDSCHMIDT, Joel. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935, p. 29.

<sup>24</sup> MARCATO, Antonio Carlos. **A imparcialidade do juiz e a validade do processo**. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3021>>. “Acesso em: 8 jun. 2017”.

Neste sentido:

Sua imparcialidade está comprometida não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, mas pelos diversos pré-julgamentos que realiza no curso da investigação preliminar (como na adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, autorização para intervenção telefônica, etc.)<sup>25</sup>.

Exemplo disso acontece quando ao analisar as provas da materialidade do delito e os indícios de autoria, por ocasião da análise de eventual pedido de prisão preventiva, o magistrado faz um juízo de cognição sobre o processo, não obstante seja uma cognição mais superficial que na sentença. Mas é esse "primeiro juízo" sobre o fato que certamente irá orientar todas as outras decisões do magistrado durante o processo penal no que disser respeito à autoria e a materialidade.

O sistema de prevenção se mostra como um instituto de grande risco à segurança jurídica no Direito Processual Penal Brasileiro, inclusive criando uma abertura clara para a contaminação dos magistrados proveniente das investigações preliminares.

A prevenção deveria ser entendida como uma causa de exclusão da competência do magistrado, pois um juiz atuante na fase de investigação preliminar possui chances de ter sua imparcialidade comprometida, mas não apenas por ser encarregado de uma atividade de reunir o material probatório ou de estar em contato direto com as fontes de investigação, mas sim pelos diversos pré-juízos de valores que realiza no curso da investigação policial<sup>26</sup>. São esses processos psicológicos interiores que levam a um preconceito sobre condutas e pessoas.

Ocorre que o grande problema é definir se o juiz tem ou não condições de proceder ao acompanhamento da instrução processual, sem intensidade suficiente para condicionar, ainda que inconscientemente e ainda que seja certamente a posição de neutralidade que é exigível para o início do procedimento criminal. Como aponta Andrés Oliva Santos<sup>27</sup>, essas ideias pré-concebidas até podem corresponder à realidade fática a ser comprovada por uma verdadeira instrução penal, mas mesmo nesses casos, não seria conveniente dar início a uma ação penal com tal comprometimento subjetivo por parte do julgador.

Acreditar na imparcialidade de quem está totalmente absorvido pela ânsia investigatória é a clara autorização para a incidência do “erro psicológico” do magistrado

<sup>25</sup> MODESTO, Danilo Von Beckerath. **O critério da prevenção como afronta à imparcialidade do juiz criminal**. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10306>>. “Acesso em: 8 jun. 2017”.

<sup>26</sup> OLIVA SANTOS, Andrés. *Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*. Barcelona: PPU, 1988, p. 30.

<sup>27</sup> *Idem*, pp. 33-44.

sentenciante. Ademais, justamente essa incompatibilidade psicológica que levou à ruína o modelo Inquisitório. Ora, é muito gritante a condição do julgador brasileiro, escravo da prevenção como critério definidor da competência nas situações previstas na legislação pátria.

O modelo de prevenção apresentado atualmente prejudica a relação de do juiz com o inquérito policial, pois ao invés de evoluir para a figura de um magistrado garantidor de direitos ou de garantias, alheio à investigação e verdadeiro representante de órgão jurisdicional, a realidade do julgador brasileiro está sendo mais semelhante à figura do juiz instrutor do sistema Inquisitório.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho<sup>28</sup> aponta um equívoco na visão tradicional, a qual tem "a larga desvantagem de desconectar a matéria referente à competência do princípio do juiz natural". Portanto, deve-se evidenciar essa injusta estrutura e assumir o problema. É de se ver que não basta apenas definir as regras do jogo processual, mas ir além delas, inclusive definindo "contra quem se está jogando e qual o conteúdo ético e axiológico do próprio jogo"<sup>29</sup>.

Nas palavras de Aury Lopes Júnior<sup>30</sup>:

Esquecemos os erros do passado e tampouco olhamos para os lados. Como sintetiza a Exposição de Motivos do Código-Modelo para Ibero-América, "*o bom inquisidor mata ao bom juiz, ou ao contrário, o bom juiz desterra ao inquisidor*". Sequer isso é lido. Não só estamos na contramão da evolução, querendo ressuscitar a superada figura do juiz de instrução, como nos negamos a evoluir, repensando a prevenção, diante da necessidade de proteção da posição do julgador.

Em momentos como esse, parece que não somos mais capazes de repensar o pensamento, e, acima de tudo, somos incapazes de repensar o próprio pensar. Como já advertiu Cordeiro, nessa estrutura domina o "*primato dell'ipotesi sui fatti*", gerador de um "*quadri mentali paranoici*". O cenário é doentio: devemos nos preparar para atuar com juízes paranóicos.

O que se pode observar, tendo em vista as peculiaridades do sistema de prevenção processual brasileiro, é que se trata de um sistema que põe em risco a parcialidade do julgador, ante as possibilidades de influências psicológicas deste. Ressalte-se que essas circunstâncias não são a regra de que todos os juízes sairiam da fase investigativa "contaminados", mas sim

---

<sup>28</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. 2015. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. "Acesso em: 28 set. 2017".

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> LOPES JR., Aury. **Juízes inquisidores? e paranoicos**. uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos. 2003. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/128-Juizes-inquisidores-e-paranoicos-uma-critica-a-prevencao-a-partir-da-jurisprudencia-do-tribunal-europeu-de-direitos-humanos](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/128-Juizes-inquisidores-e-paranoicos-uma-critica-a-prevencao-a-partir-da-jurisprudencia-do-tribunal-europeu-de-direitos-humanos)>. "Acesso em: 01 out. 2017".

porque existe alguma probabilidade, situação esta que não merece respaldo pelo sistema processual atual.

### 2.2.3 Princípio da imparcialidade do julgador

A imparcialidade do magistrado, assim como o princípio da legalidade, pode ser considerada como uma das supremas garantias do processo e como tal, imprescindível para o normal desenvolvimento da ação penal e obtenção de uma justa resolução de conflito.

A característica da imparcialidade corresponde exatamente a uma posição de terceiro desinteressado ocupada pelo Estado no processo penal, por meio do magistrado, atuando como um árbitro que irá analisar as alegações das partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de “*estar alheio*” aos interesses pessoais das partes na lide, ou, nas palavras de Jacinto Miranda Coutinho<sup>31</sup>, “não significa que ele está acima das partes, mas que está para além dos interesses delas”.

Ocorre que nada disso adianta se o juiz é imbuído de poderes instrutórios, pois a gestão ou iniciativa probatória, como será adiante abordado, é característica intrínseca de um sistema inquisitório, pois é originada a figura de um juiz ator. Desta forma, destrói-se a estrutura dialética do procedimento criminal: o contraditório, a paridade de armas, o tratamento entre as partes e, por fim, a imparcialidade - o princípio supremo do processo.

É evidente que a imparcialidade do julgador fica comprometida quando este tem características de um juiz instrutor, ou seja, quando lhe é atribuído poderes de gestão ou iniciativa probatória. Na verdade, a aludida situação trata-se de uma contradição que se estabelece pela postura ativa e atuante do magistrado, contrastando com a inércia que deveria deter o juiz.

Para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a atuação do juiz instrutor como julgador sentenciante pressupõe uma violação do direito de imparcialidade do magistrado, consagrado no artigo 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950. Ainda segundo o egrégio TEDH, a suposta contaminação é resultado dos pré-juízos que conduzem a falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**, in: crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11.

<sup>32</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 132.

Desde o caso *Piersack*, de 1982, entende-se que a contaminação subjetiva faz referência à convicção pessoal do julgador, que possui um conhecimento de determinado fato e, deste modo, a sua falta de pré-juízos. Já a objetiva, é relativo a se o juiz se encontra em uma situação dotada de garantias suficiente para dissipar quaisquer dúvidas a respeito de sua própria imparcialidade<sup>33</sup>.

Em ambos casos, a parcialidade do juiz cria uma certa desconfiança e, por sua vez, a incerteza se suas decisões realmente corresponderão à real intenção da justiça, pois não é suficiente estar subjetivamente protegido, é imprescindível também que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos aduz que o juiz instrutor não poderia julgar, pois violaria a imparcialidade objetiva, pois embora a fase preliminar suponha uma investigação objetiva sobre o fato, o contato direto com a atuação dos órgãos na investigação pode provocar no ânimo do magistrado uma série de pré-juízos em desfavor do acusado, inclusive influenciado no momento da prolação da sentença<sup>34</sup>.

É de se perquirir que em todo país democrático existe uma grande preocupação com a aparência de imparcialidade que o julgador transmite, pois isso pode afetar negativamente na confiança dos órgãos da justiça para com a sociedade. Desta forma, atualmente, existe uma presunção absoluta de parcialidade do juiz instrutor.

---

<sup>33</sup> HAIDAR, Rodrigo. **Juiz não julga ação se colheu provas na fase preliminar**. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-nov-18/juiz\\_ao\\_julga\\_acao\\_colheu\\_provas\\_fase\\_preliminar](https://www.conjur.com.br/2008-nov-18/juiz_ao_julga_acao_colheu_provas_fase_preliminar)>. “Acesso em: 12 nov. 2017”.

<sup>34</sup> PINTO, Felipe Henrique de Oliveira. **A iniciativa probatória do juiz no processo penal**. Disponível em: <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=19381](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=19381)>. “Acesso em: 10 nov. 2017”.

### 3 A IMPLEMENTAÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA ACUSATÓRIO NA EUROPA E NA AMÉRICA LATINA

Apesar de o capítulo anterior tratar algumas falhas específicas inerentes ao modelo misto brasileiro, os problemas a pouco abordados não se fazem presentes apenas no Brasil. Inúmeros Estados Democráticos de Direito buscam se afastar cada vez mais do sistema inquisitório, pois as arbitrariedades que este modelo processual oportuniza não mais são acobertadas pelo mundo jurídico vigente.

Grande parte dos países europeus iniciaram uma manobra de alteração estrutural em suas legislações penais, a partir da década de 70, a fim de afastar os resquícios inquisitórios provenientes do contexto jurídico da idade média, ou seja, alterações que almejavam afastar o magistrado da atividade de colheita de provas aptas a embasar um eventual procedimento criminal. Assim, com exceção da França e da Espanha, os demais países da Europa buscam se aproximar do modelo acusatório<sup>35</sup>.

Acompanhando esse contexto de direito comparado, alguns países da América Latina também promoveram reformas no sentido de afastar as características do sistema inquisitório. Conseqüentemente, formulando novas legislações compatíveis com a realidade democrática.

O objetivo do presente capítulo não será exaurir o tema sobre a realidade jurídica de cada país da Europa e da América Latina, mas sim analisar as características mais importantes da aplicação do sistema acusatório em Portugal, na Itália e no Paraguai. Em especial, as inovações relacionadas a extinção do instituto da prevenção do magistrado que acompanha a investigação policial para a conduzir o processo criminal.

Para possibilitar a aplicação desse conceito nos supracitados sistemas jurídicos, foi criado um tipo diferente de magistrado, exclusivamente para atuar em momento anterior ao início do procedimento criminal. Ou seja, este juiz atuaria apenas na fase de investigação policial, imbuído de poderes voltados ao controle da legalidade do procedimento investigatório, pois é justamente na fase em comento que as arbitrariedades mais gritantes podem ocorrer – principalmente por não haver a existência do contraditório.

---

<sup>35</sup> DA SILVA, Larissa Marila Serrano. **A construção do juiz das garantias no brasil**: a superação da tradição inquisitória. Disponível em: <[http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-99QJAH/dissertacao\\_juiz\\_das\\_garantias.pdf?sequence=1](http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-99QJAH/dissertacao_juiz_das_garantias.pdf?sequence=1)>. “Acesso em: 01 out. 2017”.

Como se não bastasse a possibilidade de existência dessas arbitrariedades durante a fase investigativa, os efeitos desses vícios poderiam se ramificar até o momento decisório de uma sentença de mérito, uma vez que poderiam contaminar o magistrado competente por processar e julgar o processo criminal.

Ademais, embora os aludidos países tenham adotado soluções semelhantes, é possível identificar que se diferenciam quanto a forma de execução desse novo instituto jurídico. Isso porque, como delineado no capítulo anterior, é difícil a aplicação de um sistema acusatório puro e, por este motivo, a busca por modelos que assegurem completamente as garantias do acusado nem sempre é perfeita.

Com o fito de averiguar coerentemente as propostas desses sistemas internacionais, analisar-se-á separadamente cada ordenamento jurídico, além de demonstrar em que contexto jurídico ocorreram as respectivas alterações.

### 3.1 Portugal

Por volta do ano de 1974, com o retorno da democracia em Portugal, foi promulgada uma nova Carta Magna no ano de 1976, a qual instituiu em seu ordenamento um conjunto de garantias constitucionais que possibilitavam claramente a aplicação de um modelo processual penal acusatório.

No entanto, apenas a instituição de uma nova ordem constitucional não se mostra suficiente para assegurar a aplicação de um novo modelo processual, pois a referida inovação precisaria estar corroborada por meio de um conjunto de normas mais específicas que possibilitassem a aplicação do novo sistema jurídico que fosse além da mera semântica<sup>36</sup>.

Neste contexto, foi elaborado e outorgado o Código de Processo Penal Português de 1987, em conformidade com os preceitos expostos na CRP/76, alterando radicalmente muitos resquícios inquisitórios que existiam no processo penal português, em especial os procedimentos advindos da fase preliminar de investigação<sup>37</sup>.

Destaque-se que o CPP Português foi fortemente influenciado pelas mudanças processuais ocorridas no meio jurídico alemão<sup>38</sup>, aliás, essa influência foi um dos grandes

---

<sup>36</sup> MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Juiz das liberdades*: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra: Almedina, 2011, p. 56.

<sup>37</sup> LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 119.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 235.

motivos impulsionadores para a origem das discussões da função do magistrado durante o decorrer da investigação criminal.

Existia uma imensa dúvida quanto à natureza da “reserva do juiz” enquanto prolator de decisões na fase investigatória. Em suma, há uma divisão doutrinária a respeito do assunto, justamente por se questionarem se de fato a atividade do magistrado nesses casos possui natureza jurisdicional ou administrativa<sup>39</sup>.

A compreensão desses quesitos se mostrou de fundamental relevância para a definição das alterações do CPP Português, pois a definição de qual a natureza da função exercida pelo juiz na fase investigatória estaria intrinsecamente ligada à manutenção de sua imparcialidade para julgar a ação penal.

Os doutrinadores portugueses estudaram as teses alemãs sobre o confronto entre a natureza da função do juiz durante a investigação e, apesar da existência de teorias de ambos os pontos de vistas, o entendimento que restou consolidado foi o de que a atividade apresentada pelo magistrado durante o inquérito policial não se mostrava puramente jurisdicional, em outras palavras, possuía algumas características administrativas que não eram protegidas pelo princípio da imparcialidade<sup>40</sup>.

Por este motivo, os doutrinadores portugueses chegaram à conclusão de que a impossibilidade de atuação no processo do juiz que atuou na fase investigativa traduz-se em uma ideia de reforço à garantia dos direitos fundamentais do acusado.

Pois bem. Quanto às alterações integradas ao CPP Português, destaca-se a imposição da titularidade do inquérito para o do Ministério Público, sendo um órgão autônomo com atribuição expressamente delimitada pelo art. 53 do CPP Português, inclusive sendo assistido pela Polícia Judiciária.

Outra grande alteração processual, senão a mais marcante, foi a criação do juiz de instrução para assegurar a legalidade dos procedimentos na investigação preliminar, figura criada pelo CPP português como uma garantia a mais à imparcialidade do julgador que irá apreciar o mérito de uma futura ação penal. Isso porque, diferente dos antigos juízes de instrução do sistema inquisitório, o atual instituto adotado pelo CPP Português veda a participação ativa do magistrado durante a fase de investigação preliminar.

Ademais, em que pese a denominação da palavra “instrução”, a referida fase procedimental não representa a instrução processual legalmente estruturada no ordenamento

---

<sup>39</sup> MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Juiz das liberdades*: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra: Almedina, 2011, p. 54.

<sup>40</sup> *Idem*, pp. 101-102.

jurídico brasileiro, pois aquela compreende um estágio anterior ao início da ação penal. Assim, a fase em questão representa um período de controle das ações tomadas pelo titular da investigação criminal (Ministério Público)<sup>41</sup>.

Conforme se extrai do art. 17 do CPP português, o juiz de instrução será incumbido de “proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer todas as funções jurisdicionais até a remessa do processo para julgamento”<sup>42</sup>. O art. 268 do supracitado diploma legal estabelece os atos exclusivos que podem ser praticados pelo juiz instrutor:

- 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.

Embora as aludidas atribuições demonstrem a possibilidade de aplicação de uma série de cautelares, as medidas em comento não podem ser decretadas de *ex officio* pelo juiz instrutor. Na verdade, somente podem ser deferidas se houver provocação de qualquer das partes (Ministério Público, Autoridade Policial, Acusado ou Assistente de Acusação)<sup>43</sup>.

A situação fica ainda mais clara através da leitura do art. 269 do CPP Português:

- 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

<sup>41</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 45.

<sup>42</sup> LOPES, José Mouraz. *A garantia judiciária no processo penal*: do juiz e da instrução. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 19.

<sup>43</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 237.

Percebe-se que, na verdade, o juiz instrutor atua como um garantidor, analisando a legalidade e determinando limites para o afastamento dos direitos fundamentais do investigado, *a contrariu sensu* do antigo modelo de magistrado que atuava como um investigador na fase preliminar<sup>44</sup>.

Conforme leciona José Eduardo de Souza Pimentel<sup>45</sup>, “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”.

Inclusive o juiz instrutor de Portugal é conhecido como “o juiz das liberdades”, atuando na fase investigatória apenas para tutelar os direitos individuais do investigado.

Essa tendência também é seguida por grande parte da Europa, privilegiando a maior parte dos países a solução de uma fase de investigação dirigida pelo Ministério Público, com possibilidade de controle por parte de um magistrado – o juiz de instrução, colocado na posição de árbitro, sendo as suas funções não as de investigar ou dirigir a investigação, mas a de garantir o controle da legalidade das investigações efetuadas pelas partes do procedimento criminal, quando elas atingirem a liberdade do investigado<sup>46</sup>.

Em que pese as disposições acima, só isso não bastaria para poder atenuar a probabilidade de contaminação do magistrado durante a fase pré-processual, assim, por meio da formulação legal do art. 40 do CPP Português, o legislador determinou que o magistrado que atuasse como garantidor no inquérito policial estaria impedido de processar e julgar um eventual processo criminal:

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.

<sup>44</sup> DA SILVA, Larissa Marila Serrano. **A construção do juiz das garantias no brasil**: a superação da tradição inquisitória. Disponível em: <[http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-99QJAH/dissertacao\\_juiz\\_das\\_garantias.pdf?sequence=1](http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-99QJAH/dissertacao_juiz_das_garantias.pdf?sequence=1)>. “Acesso em: 01 out. 2017”.

<sup>45</sup> PIMENTEL, José Eduardo de Souza. **A reforma do Código de Processo Penal**. Análise crítica ao PL n.º 156/09 do Senado. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18931/a-reforma-do-codigo-de-processo-penal>>. “Acesso em: 03 out. 2017”.

<sup>46</sup> LOPES, José Mouraz. **A garantia judiciária no processo penal**: do juiz e da instrução. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 19.

Esse impedimento, como já dito, foi elaborado justamente com o intuito de evitar que magistrados com chances de estarem “contaminados” pelas inúmeras diligências policiais viessem a ser os responsáveis por julgar as ações penais derivadas dos inquéritos. Neste sentido, Aury Lopes Júnior assevera que o julgador “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”<sup>47</sup>.

Pelo que se percebe, a prevenção disposta no CPP Português é inversamente proporcional ao Código de Processo Penal Brasileiro, pois na medida em que a prevenção portuguesa serve para impedir um julgador de atuar em outras fases processuais, a prevenção brasileira vincula-o para que o magistrado seja o único responsável possível para o procedimento criminal.

### 3.2 Itália

O Código de Processo Penal Italiano de 1889 passou por muitas discussões antes de ser elaborado, pois, para aproximar-se de um modelo acusatório, foi necessário romper uma forte ideologia inquisitória firmada no Código de Rocco de 1930, valores estes que eram extremamente protegidos pelo regime fascista.

Dessa forma, como é característico de um sistema acusatório, o CPP Italiano descentralizou o poder do Juiz, ou seja, aderindo uma “relação trigonal entre juiz, acusação e defesa, em antítese ao processo do Código Rocco, que era baseado, no tocante à fase instrutória, na confusão entre juiz e acusação e na relação diádica inquisidor/inquirido”<sup>48</sup>.

Assim como o novo modelo processual português, o CPP Italiano determinou que o responsável por controlar o inquérito policial e por conduzir a acusação é o Ministério público, com o apoio da Autoridade Policial. Ressalte-se que apenas o órgão ministerial tem competência para formular pedidos judiciais, ou seja, a polícia não pode sozinha pleitear medidas como quebra de sigilo telefônico<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 238.

<sup>48</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 677.

<sup>49</sup> MELO, André Luís de. **Inovações no processo penal italiano evidencia atraso no brasil**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-10/andre-melo-atraso-processo-penal-brasileiro-parece-intencional>>. “Acesso em: 10 out. 2017”.

Com as respectivas alterações, também foi implantada uma outra inovação processual, qual seja: a supressão da figura do juiz instrutor e sua substituição pelo *giudice per le indagini preliminari*, que não atua na investigação preliminar como um juiz ator, e sim zela pela legalidade do inquérito policial.

Para entender quais as funções assumidas por essa nova figura processual, é despidiendi tecer breves comentários do que seria e como funciona a primeira etapa do CPP Italiano, a *indagini preliminari*.

Nos termos do art. 326 do CPP Italiano, a fase preliminar é concebida como as investigações prévias realizadas pelo Ministério Público e pela Polícia Judiciária, imprescindíveis ao exercício da ação penal. Ou seja, o Ministério Público delimita os contornos da investigação preliminar e a direciona, devendo o juiz, se necessário, intervir nos limites postulados por esse órgão.

Ao *giudice per le indagini preliminarari*, que é rotulado como juiz garantidor, compete o controle da adoção e realização das medidas restritivas de direito fundamentais do investigado, tais como as cautelares e interceptações telefônicas, controle da duração da investigação preliminar e a função de garantia da formação antecipada da prova.

Ademais, ao aludido magistrado 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.

Mauro Andrade<sup>50</sup> também adverte que, ao agir desse modo, o juiz se afasta da posição de garantidor e se aproxima da figura do juiz instrutor. Em outras palavras, o magistrado corre o risco de ter um papel mais acusatório do que o próprio Ministério Público, órgão este a quem deveria ficar concentrado todo o papel acusatório.

O que se depreende é que esse ponto da legislação italiana está em desacordo com a lógica que a reforma processual pretendeu implantar, qual seja: afastar-se do conceito de juiz instrutor, bem como de suas características para, assim, poder implementar o sistema acusatório.

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

---

<sup>50</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 49.

*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.*

Aury Lopes<sup>51</sup> assevera que o magistrado que atuou na investigação preliminar, ainda que somente tenha decretado a prisão cautelar, está prevento, mas essa prevenção deve ser entendida como negativa, ou seja, sua imparcialidade está comprometida e, por isso, não pode proferir decisões de mérito na fase processual.

Verifica-se que o *giudice per le indagini preliminari* tem um papel de fundamental importância para garantir os direitos individuais do investigado, participando como agente passivo nas investigações preliminares, ou seja, sem ser o titular das funções de investigação, as quais se encontram encomendadas ao Ministério Público, que é auxiliado pela Polícia Judiciária<sup>52</sup>.

É possível perceber que as tendências seguidas por esses países não se encontram restritas aos mesmos. Na verdade, essa é uma ideologia que vem sendo adotada com cada vez mais frequência por todos pela maioria dos países europeus e que se espalha por diversos Estados da América Latina<sup>53</sup>.

### 3.3 Paraguai

Apesar das grandes reformas processuais penais serem mais conhecidas no mundo jurídico europeu, elas ocorreram e ocorrem com grande força na América Latina. Neste aspecto encontra-se presente a realidade jurídica do Paraguai.

Na década de 90, especificamente no ano de 1992, o Paraguai pôs em prática a formulação de novos institutos jurídicos que deixavam de lado as características inquisitórias vigentes até então. Para tanto, foi promulgada a Constituição Paraguaia que asseverou diversos direitos individuais conferidos ao indivíduo em torno do processo penal.

A respeito disso, é o que dispõe o artigo 17 da Carta Magna Paraguaia:

<sup>51</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 224.

<sup>52</sup> DA SILVA, Larissa Marila Serrano. **A construção do juiz das garantias no Brasil: a superação da tradição inquisitória**. Disponível em: <[http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-99QJAH/dissertacao\\_juiz\\_das\\_garantias.pdf?sequence=1](http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-99QJAH/dissertacao_juiz_das_garantias.pdf?sequence=1)>. “Acesso em: 01 out. 2017”.

<sup>53</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 50.

*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 opongan 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.*

Com a instituição da nova constituição do Paraguai, surgiu a necessidade de adaptar a legislação infraconstitucional para possibilitar a aplicação do sistema processual penal acusatório, portanto, foi criado o Código de Processo Penal Paraguaio de 1988. As mudanças trazidas por este novo código foram tão intensas que sua introdução no meio jurídico teve de ser feita de forma paulatina. Isso porque, o sistema processual penal paraguaio a muito tempo estava mergulhado em fortes características inquisitórias<sup>54</sup>.

Um detalhe curioso é que, com o fito de seguir a risca as garantias instituídas pela Carta Magna do Paraguai, o texto da Constituição não apenas serviu de base para a criação do CPP, isto é, muitos pontos abordados pela Constituição foram literalmente copiados pelo novo código paraguaio<sup>55</sup>.

Com relação à investigação policial, é de se ver que o CPP Paraguaio vedou o comando por parte do juiz, na verdade, este apresenta-se como um terceiro que deve agir apenas

<sup>54</sup> GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **O novo processo penal paraguaio e o atraso do processo penal brasileiro**. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/7140-Artigo-O-novo-Processo-Penal-paraguaio-e-o-atraso-do-Processo-Penal-brasileiro#1>>. “Acesso em 10 out. 2017”.

<sup>55</sup> DA SILVA, Larissa Marila Serrano. **A construção do juiz das garantias no Brasil: a superação da tradição inquisitória**. Disponível em: <[http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-99QJAH/dissertacao\\_juiz\\_das\\_garantias.pdf?sequence=1](http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-99QJAH/dissertacao_juiz_das_garantias.pdf?sequence=1)>. “Acesso em: 01 out. 2017”.

quando provocado. O gerenciamento da fase preliminar do processo passou a pertencer exclusivamente ao Ministério Público<sup>56</sup>.

Especificamente quanto a função do órgão ministerial na fase de investigação preliminar, esclarece Christian Duarte<sup>57</sup>:

*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.*

Como dito anteriormente, observa-se que o CPP Paraguaiou deixou a cargo do Ministério Público a possibilidade de propor uma ação penal após o término da investigação preliminar. Nesta etapa, inclusive, surge a figura do *juez penal de garantías*, criado, como o próprio nome já permite compreender, para controlar a legalidade dos atos investigatórios praticados pelo Ministério Público e a polícia Judiciária, assegurando os direitos individuais do investigado<sup>58</sup>.

Como semelhante aos outros exemplos de juiz de garantias, o *juez penal de garantías* é legalmente impedido de processar e julgar uma ação penal que seja proveniente de alguma investigação a que já esteve vinculado<sup>59</sup>.

Muito embora existam essas inúmeras garantias que são impostas pelo processo penal paraguaio, existem duas exceções que colocam em risco as características acusatórias do referido modelo, são elas: a possibilidade do próprio magistrado dar início a uma ação penal e do *juez penal de garantías* proferir uma decisão final de mérito em uma ação que ele mesmo participou da fase investigativa.

A primeira situação ocorre em algumas hipóteses taxativas que a lei processual paraguaia autoriza ao magistrado dar início *ex officio* e subsidiariamente a uma ação penal<sup>60</sup>, embora não venha a ser o competente para proferir a decisão final de mérito. De qualquer forma,

<sup>56</sup> GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **O novo processo penal paraguaio e o atraso do processo penal brasileiro**. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/7140-Artigo-O-novo-Processo-Penal-paraguaio-e-o-atraso-do-Processo-Penal-brasileiro#1>>. “Acesso em 10 out. 2017”.

<sup>57</sup> DUARTE, Chistian Marcelo Bernal. **Reforma del proceso penal em paraguay y el juez penal de garantías y sus funciones**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p. 173.

<sup>58</sup> *Idem*, p. 177.

<sup>59</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 55.

<sup>60</sup> GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **O novo processo penal paraguaio e o atraso do processo penal brasileiro**. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/7140-Artigo-O-novo-Processo-Penal-paraguaio-e-o-atraso-do-Processo-Penal-brasileiro#1>>. “Acesso em 10 out. 2017”.

a mencionada conjuntura traz à tona uma antiga característica inquisitória, na qual o juiz poderia dar início a uma ação penal.

Já a segunda situação, o problema é mais gritante, pois a ideia da aplicação do *juez penal de garantías* é justamente afastar o magistrado que tomou decisões no inquérito policial do julgamento de mérito da ação penal. Ocorre que, nos delitos considerados menos gravosos (crimes com penas inferiores a 5 anos ou sem cominação de pena restritiva de liberdade), o CPP Paraguaio autoriza, mediante acordo do órgão ministerial e do defensor do acusado, o requerimento de aplicação antecipada da pena, e que tal decisão seja proferida pelo *juez penal de garantías*<sup>61</sup>.

Pelo que se percebe, a imposição dessa função ao magistrado fere o princípio da imparcialidade do julgador, uma vez que possibilita a contaminação subjetiva do magistrado, já que atuou, mesmo que passivamente, dos atos investigatórios ocorridos antes do acordo de requerimento antecipado da pena.

É possível perceber que o CPP Paraguaio foi fortemente influenciado pelas ideias europeias em relação ao sistema acusatório, não obstante existam suas peculiaridades consideradas como resquícios inquisitórios em torno a atuação do pelo *juez penal de garantías*.

---

<sup>61</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 55.

#### **4 A ELABORAÇÃO DO PLS 156/09 E AS DISCUSSÕES A RESPEITO DA VIABILIDADE E EFICÁCIA SOBRE A IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Com as várias alterações substanciais a respeito da aplicação do processo penal em todo o mundo, a exemplo das exploradas no capítulo anterior, começou a surgir no Brasil grandes discussões a respeito da necessidade de alterações no sistema de processo penal vigente, uma vez que se apresenta como uma legislação completamente ultrapassada à realidade jurídica atual.

O Código de Processo Penal Brasileiro apresenta-se como uma “colcha de retalhos” elaborada com uma base inquisitória e que apresenta algumas características do sistema acusatório<sup>62</sup>. Ou seja, em contradição com a própria ideia exposta na Constituição Federal de 1988, a qual, em tese, institui a implantação do sistema acusatório no Brasil.

Percebe-se que para a aplicação do sistema acusatório em Portugal, Itália e Paraguai, não bastou apenas a promulgação de uma Carata Magna que assegurasse a implementação de um novo sistema processual penal, mas sim a elaboração de um novo código de processo penal que adequasse a legislação infraconstitucional com a nova realidade jurídica apresentada pela Constituição<sup>63</sup>.

É fácil identificar o motivo da existência dessa essência inquisitória no processo penal brasileiro, uma vez que a Constituição Federal é de 1988, enquanto que o Código de Processo Penal é do ano de 1941. Em outras palavras foi elaborado na época da Constituição de 1937 que se apresentava como uma matriz eminentemente inquisitória.

Não por outro motivo, no ano de 2009, depois de muitas discussões, criou-se o Projeto de Lei no Senado n.º 156/09, uma proposta de elaboração de um novo Código de Processo Penal que se adequasse às novas características da CF/88 e ao avanço jurídico existente em vários países europeus e latinos.

No presente capítulo será abordado especificamente as propostas ligadas à implantação do juiz de garantias na fase de investigação policial, como uma alternativa para

---

<sup>62</sup> GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **O novo processo penal paraguaio e o atraso do processo penal brasileiro**. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/7140-Artigo-O-novo-Processo-Penal-paraguaio-e-o-atraso-do-Processo-Penal-brasileiro#1>>. “Acesso em 10 out. 2017”.

<sup>63</sup> MAYA, André Machado. **O juiz das garantias no projeto de reforma do código de processo penal**. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/3977-O-juiz-das-garantias-no-projeto-de-reforma-do-codigo-de-processo-penal](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3977-O-juiz-das-garantias-no-projeto-de-reforma-do-codigo-de-processo-penal)>. “Acesso em: 10 out. 2017”.

acabar com a prevenção do magistrado desde a fase do inquérito. Ao final, também é analisado as críticas inerentes a essa inovação jurídica, tais como: necessidade, eficácia e viabilidade.

#### 4.1 As características do juiz das garantias e suas atribuições em comparação com a realidade processual vigente

O instituto do juiz das garantias está previsto nos artigos 14 a 17 do PLS n.º 156/09, projeto este que foi aprovado no Senado Federal e encaminhado no ano de 2011 para análise na Câmara dos Deputados.

Colaciona-se a exposição de motivos do PLS n.º 156/09:

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. Impede 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 como função exclusiva de execução dessa missão atende a duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação<sup>64</sup>.

Depreende-se que o juiz das garantias brasileiro possui uma similitude muito grande com os institutos aplicados nas legislações latino-americanas e europeias, a exemplo: juiz de instrução (Portugal), *giudice per le indagini prelimanari* (Itália) e *juex penal de garantías* (Paraguai).

A preocupação em se instituir a aplicação do juiz das garantias é mitigar a possibilidade de contaminação do magistrado durante a fase pré-processual, assim, mantendo-se preservada a ideologia do princípio da imparcialidade do julgador, além de evitar o contato do julgador com supostas provas ilícitas que podem surgir ao longo da investigação<sup>65</sup>. Como explorado no tópico 2.2.2, por força do instituto de prevenção processual, atualmente o

<sup>64</sup> PLS 156/09. **Exposição de motivos**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>>. “Acesso em 14 jun. 2017”.

<sup>65</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. **O Juiz de Garantias e a Compreensão do Processo à Luz da Constituição: Perspectivas desde a Virada Hermenêutica no Direito Brasileiro**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, GRANDINETTI, Luis Gustavo Castanho de Carvalho [org.]. **O novo processo penal à Luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2010, p. 145.

magistrado que acompanha a investigação policial é que está prevento para processar e julgar a ação penal proveniente da investigação policial que atuou proferindo alguma decisão.

Nessa questão sobre as incidências de contaminação dos magistrados é que surgiram algumas discussões quando da apresentação do projeto, uma vez que não existe nenhum dado empírico que comprovasse veementemente a ocorrência de desse quadro fático<sup>66</sup>. Ocorre que, o instituto foi criado como uma forma de prevenção, pois não é coerente aguardar a comprovação indiscutível de existência de parcialidade dos julgadores. Isso em razão de que se houver qualquer risco que seja da contaminação do senso de justiça do magistrado, tal situação deve ser afastada<sup>67</sup>.

Com relação às atribuições do juiz das garantias, embora não seja um rol taxativo<sup>68</sup>, o artigo 14 do PLS n.º 156/09 apresenta uma série de funções que serão de competência do aludido magistrado. Atente-se:

- Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:
- I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil;
  - II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555;
  - III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;
  - IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal;
  - V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;
  - VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;
  - VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;
  - VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;
  - IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;
  - X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;
  - XI – decidir sobre os pedidos de:
    - a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
    - b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;
    - c) busca e apreensão domiciliar;
    - d) acesso a informações sigilosas;

<sup>66</sup> GOMES, Abel Fernandes. **Juiz das garantias**: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1417/1389>>. “Acesso em: 10 set. 2017”.

<sup>67</sup> OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **Por que precisamos do juiz de garantias?**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/juiz-garantias/>>. “Acesso em 16 set. 2017”.

<sup>68</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Anteprojeto de novo cpp em debate**. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticia/13279-Anteprojeto-de-novo-CPP-em-debate>>. “Acesso em: 10 out. 2017”.

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

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

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

XIV – arquivar o inquérito policial;

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

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

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

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Em casos de ações penais originárias (processos criminais que têm início nos tribunais ou superiores tribunais, por força de prerrogativa de foro do acusado), o artigo 314, I, do PLS n.º 156/09, impõe que as funções que seriam normalmente exercidas pelo juiz das garantias no primeiro grau, passem a ser de competência de algum dos Desembargadores (em caso de Tribunal) ou Ministro (em caso de Tribunal Superior), a ser escolhido pela forma que o regimento interno do órgão judiciário dispuser. O supracitado dispositivo legal também indica que o magistrado que for escolhido para exercer as funções do juiz das garantias não poderá atuar como relator no procedimento criminal.

Outro ponto relevante que é esclarecido no PLS n.º 156/09 é que a aludida figura jurídica não extingue qualquer procedimento já existente na fase investigativa, muito menos dificulta a realização de atividades investigatórias. Na verdade, o instituto foi elaborado como uma forma mais eficaz de controle dos atos praticados pelos órgãos investigatórios em supressão das garantias individuais do investigado.

A expectativa é que, com a implantação do juiz das garantias, ao contrário do defendido por muitos críticos, o procedimento investigatório torne-se mais célere, pois a figura do respectivo magistrado seria competente exclusivamente para dar andamento aos pedidos formulados pelos órgãos investigatórios e, também por este motivo, os atos decisórios tenderiam a conter menos vícios, uma vez que o julgador estaria focado na análise das garantias individuais<sup>69</sup>.

É de se ver que a maioria das atribuições impostas ao juiz das garantias (artigo 14 do PLS 156/09) já são previstas atualmente como obrigações do magistrado, a exemplo de: receber comunicação imediata sobre a prisão de alguém, receber o auto de prisão em flagrante,

---

<sup>69</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Anteprojeto de novo cpp em debate**. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticia/13279-Anteprojeto-de-novo-CPP-em-debate>>. “Acesso em: 10 out. 2017”.

decidir sobre pedido de prisão provisória ou medida cautelar, decidir sobre pedido de produção antecipada de provas, prorrogar prazo de duração do inquérito policial etc.

É de se perquirir que o juiz das garantias é uma figura jurídica que busca assegurar as garantias individuais e verificar a legalidade dos atos investigatórios, com o fito de garantir um distanciamento entre o juiz processante e os elementos indiciários obtidos durante a realização da fase do inquérito policial, minimizando a contaminação subjetiva do julgador sentenciante por garantir uma maior imparcialidade<sup>70</sup>.

#### 4.2 Críticas ao instituto do juiz das garantias

Apesar das inúmeras características positivas que giram em torno da aplicação do juiz das garantias, o referido projeto apresenta um grande número de críticas a diversos pontos, desde questões relativas à viabilidade da implantação do instituto até considerações a respeito da eficácia de sua ideologia.

Observa-se que o próprio nome adotado pelo novel instituto do juiz das garantias já foi alvo de inúmeras críticas. A ideia é de um magistrado que atue na fase pré-processual em nome das garantias individuais do investigado, ou seja, assumindo um papel de controlador da legalidade dos atos investigatórios. Apesar disso, a crítica encontra-se justamente neste conceito, muitas vezes formuladas pelos próprios magistrados, tendo em vista que defendem que essas funções que irão ser exercidas pelo juiz das garantias já é comumente objeto do dia a dia dos julgadores<sup>71</sup>.

A fundamentação dessa tese é a de que essas funções impostas ao juiz das garantias já são asseguradas aos julgadores pelo sistema vigente, portanto, a existência de um magistrado em uma relação jurídica já indicaria, por óbvio, a incidência das garantias constitucionalmente previstas ao investigado. Assim, a adoção deste nome para o novo instituto jurídico resulta em mera redundância das funções já exercidas pelos julgadores<sup>72</sup>.

Embora o juiz das garantias possua muitas semelhanças com os institutos abordados no capítulo anterior, é possível observar a existência de um ponto de distinção bastante polêmico, especificamente em relação até onde vai a competência do juiz das garantias. Pelo

<sup>70</sup> RODRIGUES, Carlos Arquimedes. **O juiz das garantias**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15451](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15451)>. “Acesso em: 13 set. 2017”.

<sup>71</sup> GOMES, Abel Fernandes. **Juiz das garantias: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia**. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1417/1389>>. “Acesso em: 10 set. 2017”.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

que se observa do *caput* do artigo 15 do PLS n.º 156/09, a jurisdição do juiz das garantias cessa com a propositura da ação penal.

Quando se observa as características do juiz de instrução (Portugal), *giudice per le indagini preliminari* (Itália) e *juez penal de garantías* (Paraguai), percebe-se que todos eles asseguram a competência do magistrado até a análise sobre o recebimento ou não da exordial acusatória. Em outras palavras, os institutos anteriormente estudados vedam uma prévia análise de mérito por parte do juiz que conduzirá o processo.

Imperioso observar que o PLS 156/09 desvirtua as concepções formuladas nos demais sistemas jurídicos vigentes, uma vez que a ideologia inicial na criação de um juiz específico para a fase preliminar é que ele acompanhasse toda a investigação e ao final decidisse a respeito da possibilidade ou não do prosseguimento para uma ação penal, desta forma, seria assegurado ao magistrado do processo que apenas proferisse a primeira decisão de mérito quando do momento da sentença<sup>73</sup>.

Nessa primeira decisão a respeito do recebimento da denúncia haverá necessariamente uma análise de mérito inicial, pois o magistrado obrigatoriamente deverá verificar a existência de justa causa para o prosseguimento da ação penal, sem a presença deste elemento restaria configurado flagrante constrangimento ilegal ao suposto acusado<sup>74</sup>.

O afastamento do juiz processante serviria para atenuar o risco de contaminação do magistrado por meio de uma vedação de análise prévia dos elementos colhidos na fase preliminar. Ademais, embora alguns digam que os dois julgadores (juiz das garantias e juiz do processo) poderiam restar contaminados da mesma maneira, é evidente que o prejuízo menor seria a contaminação daquele que ao final irá proceder a uma decisão definitiva de mérito<sup>75</sup>.

Ainda em relação à competência do juiz das garantias, há uma outra crítica, no que diz respeito às infrações de menor potencial ofensivo e, neste aspecto, existe uma leve semelhança – apesar de negativa – com o *juez penal de garantías*. Em vista aos dois institutos de forma comparada, é imperioso perceber que os dois ordenamentos jurídicos modificaram a competência do “juiz preliminar” quando se tratavam de delitos menos graves.

---

<sup>73</sup> PRADO, Geraldo; FERUGATO CHOUKR, Ana Cláudia; ADRIANO JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 129.

<sup>74</sup> GOMES, Abel Fernandes. **Juiz das garantias**: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1417/1389>>. “Acesso em: 10 set. 2017”.

<sup>75</sup> PRADO, Geraldo; FERUGATO CHOUKR, Ana Cláudia; ADRIANO JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 129.

Com relação ao *juez penal de garantías*, o CPP Paraguaio permite a prolação de decisão final de mérito por parte deste julgador quando amparado em acordo da acusação e defesa. Já no que diz respeito ao juiz das garantias, o PLS 156/09 assevera que não será de competência do novel instituto a fase preliminar das infrações de menor potencial ofensivo (crimes com pena igual ou inferior a dois anos, segundo o art. 61 da Lei n.º 9.0099/95), o juiz processante irá atuar normalmente na fase pré-processual, o que vai de encontro à ideologia do juiz das garantias.

Em que pese a aludida situação, se busca justificar a exceção pelo fato das infrações de menor potencial ofensivo ensejarem a lavratura de um termo circunstanciado de ocorrência, e não um inquérito policial que oportunizaria a decretação de diversas medidas cautelares<sup>76</sup>. Isto é, nesses casos o comum é a existência apenas de colheita de dados imprescindíveis a identificação do suposto autor do fato delituoso, vítima e testemunhas, assim como a elaboração da narrativa do ocorrido<sup>77</sup>.

Não obstante, mesmo que de forma breve, o contato prévio do juiz processante com esses elementos indiciários de provas pode vir a possibilitar uma eventual contaminação subjetiva, conseqüentemente, podendo transformar-se em um “quadro mental paranoico” que prejudicaria a capacidade do magistrado proferir decisões ao longo da ação penal sem o prejuízo do princípio da imparcialidade do julgador.

Há críticas mais severas ao instituto do juiz de garantias, estas que giram em torno do artigo 15, §2º e § 3º, do PLS 156/09. Atente-se para o teor do respectivo dispositivo:

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.

[...]

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

§ 3º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo.

Percebe-se uma falha no PLS 156/09, qual seja: o acesso do juiz processante a todo o material que foi posto à apreciação do juiz das garantias, bem como a possibilidade de revisão das decisões proferidas por este novel instituto.

<sup>76</sup> MAYA, André Machado. **O juiz das garantias no projeto de reforma do código de processo penal**. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/3977-O-juiz-das-garantias-no-projeto-de-reforma-do-codigo-de-processo-penal](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3977-O-juiz-das-garantias-no-projeto-de-reforma-do-codigo-de-processo-penal)>. “Acesso em: 10 out. 2017”.

<sup>77</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Atividade do juiz criminal frente à Constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p 85.

O próprio texto do PLS n.º 156/09 fere a essência do princípio acusatório pela aplicação do juiz das garantias, posto que o magistrado processante, ao ter acesso a todo esse material probatório, saberá exatamente os motivos pelo qual o juiz de garantias proferiu determinada decisão<sup>78</sup>. Mas não só, como relatado, o magistrado processante também poderá rever as decisões proferidas pelo juiz das garantias, o que inevitavelmente poderá acarretar em uma nova análise prévia de mérito a respeito da existência da infração, indícios de autoria e necessidade das medidas<sup>79</sup>.

Neste sentido, é de se dizer que o principal fundamente da reforma que pretende implantar o PLS n.º 156/09 se esvazia pela aplicação da própria lei, pois o afastamento do juiz processante da investigação preliminar é claramente superado pelo teor dos § 2º e §3º do artigo 15, uma vez que é possibilitado ao juiz do processo analisar superficialmente o mérito da ação penal antes do momento de prolação da sentença<sup>80</sup>.

Isso também abre espaço para outra situação intrigante sobre a análise probatória do juiz processante. Pelo teor do atual artigo 165 do CPP Brasileiro, o juiz poderá formar sua convicção “pela apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. O seja, no contexto jurídico atual o magistrado poderá formular decisões através dos elementos informativos judiciais, mas nunca de forma exclusiva.

Já o artigo 165 do PLS n.º 156/09 afirma que “o juiz formará o seu livre convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação os elementos utilizados e os critérios adotados”, através de uma análise comparativa com o dispositivo anterior, verifica-se que o legislador claramente obstou a possibilidade de fundamentação das decisões judiciais através de elementos colhidos durante a investigação preliminar, exceto as provas repetíveis e antecipadas<sup>81</sup>.

Em outras palavras, o legislador aumentou o valor das provas colhidas em sede de contraditório, assim como diminuiu consideravelmente a confiabilidade dos elementos

---

<sup>78</sup> SCHNEIDER, Gabriela. **O juiz das garantias na reforma do cpp**: uma análise frente ao sistema acusatório. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/10502-O-Juiz-das-Garantias-na-reforma-do-CPP-uma-analise-frente-ao-sistema-acusatorio>>. “Acesso em: 10 out. 2017”.

<sup>79</sup> GOMES, Abel Fernandes. **Juiz das garantias**: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1417/1389>>. “Acesso em: 10 set. 2017”.

<sup>80</sup> Ibidem.

<sup>81</sup> SCHNEIDER, Gabriela. **O juiz das garantias na reforma do cpp**: uma análise frente ao sistema acusatório. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/10502-O-Juiz-das-Garantias-na-reforma-do-CPP-uma-analise-frente-ao-sistema-acusatorio>>. “Acesso em: 10 out. 2017”.

probatórios produzidos durante a investigação criminal, ou seja, demonstrando um evidente avanço nas ideologias propostas pelo modelo acusatório e incorporadas pelo PLS n.º 156/09<sup>82</sup>.

Segundo Salah Khaled Jr.<sup>83</sup>:

[...] o caminho para uma verdade mais segura passa pelo contraditório, pela compreensão e interpretação, que implicam em uma tomada de posição, e isso não tem nada de passividade. Ainda, os juízes devem julgar com base em provas corrigidas à exaustão a partir do contraditório e limitadas por garantias constitucionais.

O projeto de lei do Senado esclarece a importância da colheita de provas com a presença da ampla defesa do acusado, em contraposição dos elementos colhidos no inquérito policial que apresentam uma visão unilateral da acusação, cujo contato do magistrado com esses elementos pode macular o senso de justiça do magistrado devido às inquisitorialidade desse tipo de reunião probatória<sup>84</sup>.

O sentido do próprio texto da lei é esvaziado por disposições do projeto, pois apesar de proibir o juiz processante de analisar a maior parte dos elementos indiciários, como visto nos § 2º e § 3º do artigo 15 do PLS n.º 156/09, o projeto do novo CPP permite que o magistrado processante analise os materiais probatórios postos ao crivo do juiz das garantias, assim, em clara afronta ao avanço ideológico pretendido com a aplicação da nova estrutura processual.

Um dos grandes obstáculos que é alvo de diversos debates entre juristas é a questão da viabilidade da implantação do juiz das garantias, uma vez que as estruturas física e orçamentária do Brasil não permitem a implantação de tal sistema devido às proporções continentais do país<sup>85</sup>. Essa proporção continental significa que o Estado brasileiro possui diversas comarcas espalhadas ao longo de seu território e, em sua grande maioria, possuem apenas uma vara, ou seja, um único magistrado responsável por dar andamento a todos os processos de todas as espécies do município.

A presença dessa situação apresenta-se como o maior dos empecilhos para a implantação do juiz das garantias, pois, para o correto funcionamento da aludida figura jurídica,

---

<sup>82</sup> SCHNEIDER, Gabriela. **O juiz das garantias na reforma do cpp**: uma análise frente ao sistema acusatório. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/10502-O-Juiz-das-Garantias-na-reforma-do-CPP-uma-analise-frente-ao-sistema-acusatorio>>. “Acesso em: 10 out. 2017”.

<sup>83</sup> KHALED JR., Salah H. **Ambição e verdade no processo penal**. Salvador: Juspodium, 2009, p. 354.

<sup>84</sup> SCHNEIDER, Gabriela. **O juiz das garantias na reforma do cpp**: uma análise frente ao sistema acusatório. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/10502-O-Juiz-das-Garantias-na-reforma-do-CPP-uma-analise-frente-ao-sistema-acusatorio>>. “Acesso em: 10 out. 2017”.

<sup>85</sup> MAYA, André Machado. **Outra vez sobre o juiz de garantias**: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4214-Outra-vez-sobre-o-juiz-de-garantias-entre-o-ideal-democratico-e-os-empecilhos-de-ordem-estrutural](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4214-Outra-vez-sobre-o-juiz-de-garantias-entre-o-ideal-democratico-e-os-empecilhos-de-ordem-estrutural)>. “Acesso em: 12 nov. 2017”.

é necessário a existência de um magistrado que atue unicamente na função de garantidor durante a investigação criminal. Em confronto com essa ideia, é certo que não se pode negar uma tentativa de avanço no sistema processual penal apenas pela alegação de que não haveria condições orçamentárias e estruturais, posto que seria o mesmo de negar uma modernização pelos obstáculos impostos pelo cotidiano<sup>86</sup>.

As perfeições expostas na apresentação da proposta do instituto do juiz de garantias são postas em dúvidas quando analisadas as críticas atuais sobre a implantação do projeto.

---

<sup>86</sup> PRADO, Geraldo; FERUGATO CHOUKR, Ana Cláudia; ADRIANO JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 130.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Influenciada pelo momento histórico em que se passa – minimização das garantias constitucionais, com o fito de obtenção de justiça a qualquer custo –, a presente pesquisa buscou analisar as causas que davam oportunidade à ocorrência da contaminação subjetiva dos magistrados, proveniente da fase pré-processual no procedimento criminal brasileiro, bem como ao estudo do instituto do juiz das garantias como solução à situação.

Foi analisado o sistema processual penal vigente no Brasil e foi observado que o aludido modelo processual se apresenta como possuidor de características mistas, ou seja, proveniente do inquisitório e do acusatório. No entanto, os dispositivos que oportunizavam as brechas para a contaminação dos magistrados durante a fase pré-processual notoriamente são derivados da ideologia inquisitória, possibilitando, em alguns casos, o julgador agir como um verdadeiro gestor das provas, influenciando negativamente a característica da imparcialidade que deveria deter o juiz.

Passou-se, de forma breve, a verificar ordenamentos jurídicos internacionais que vivenciaram momentos históricos semelhantes e que instituíram grandes reformas jurídicas, com a finalidade de minimizar essas violações de direitos individuais causadas pela forma de aplicação do Direito Processual penal. Ressalte-se que, no âmbito dos países estudados, foi possível constatar que evoluíram para um sistema acusatório e com a aplicação de um inovador instituto jurídico que dificultava a ocorrência da contaminação subjetiva dos magistrados, quais sejam: juiz de instrução (Portugal), *giudice per le indagini preliminarari* (Itália) e *juez penal de garantías* (Paraguai).

Partindo do estudo desses tópicos, foi possível iniciar a análise do instituto do juiz das garantias, apresentado como proposta do PLS n.º 156/09 – aparentemente a aludida figura jurídica seria semelhante aos institutos anteriormente citados. Desta forma, estudou-se as atribuições inerentes a esse novo tipo de juiz processual e, posteriormente, foi visto os pontos de vista das inúmeras críticas à implantação do juiz das garantias no Direito Processual penal brasileiro.

Com o aprofundamento desses conceitos, o estudo demonstrou que, embora os institutos criados pelos países elencado acima possam ser bastante semelhantes com o juiz das garantias, esta figura jurídica possui alguns detalhes legislativos que põem em dúvida a eficácia de sua implantação no direito processual brasileiro. Nesta linha de intelecção, a figura do juiz

de garantias que teoricamente serviria para afastar o julgador do contato com as provas indiciárias durante a investigação possui dispositivos legais que permitem, ainda que indiretamente, uma aproximação desse material probatório por parte do juiz processante.

É certo que a ideologia da figura do juiz das garantias apresenta-se como um grande avanço jurídico para o direito brasileiro, mas não da forma que está sendo apresentada pelo PLS n.º 156/09. Assim, foi concluído que a hipótese inicial para a solução do problema proposto pela pesquisa – implantação do juiz das garantias para amenizar as chances de contaminação dos magistrados – restou parcialmente comprovada.

## REFERÊNCIAS

### 1 Livros

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. Curitiba: Juruá, 2015.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

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

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, GRANDINETTI, Luis Gustavo Castanho de Carvalho [org.]. **O novo processo penal à Luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Atividade do juiz criminal frente à Constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas do processo penal**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2008.

GOLDSCHMIDT, Joel. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

KHALED JR., Salah H. **Ambição e verdade no processo penal**. Salvador: Juspodium, 2009.

LOPES, José Mouraz. **A garantia judiciária no processo penal**. Do juiz e da instrução. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal: volume I**. São Paulo: Millenium, 2008.

MORAES DA ROSA, Alexandre. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Juiz das liberdades*: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra: Almedina, 2011.

OLIVA SANTOS, Andrés. *Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*. Barcelona: PPU, 1988.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Geraldo; FERUGATO CHOUKR, Ana Cláudia; ADRIANO JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

RANGEL, Paulo. op. cit.

## 2 Sites / web

CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. **O Juiz Contaminado**. A Superação da Prevenção como Critério de Fixação da Competência. 2010. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>.

FRAGOSO, Fernando. **O juiz das garantias no projeto de código de processo penal**. Disponível em: <<http://fragoso.web7003.uni5.net/wp-content/uploads/2017/09/dojuizodasgarantias.pdf>>.

GOMES, Abel Fernandes. **Juiz das garantias**: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1417/1389>>.

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

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **O novo processo penal paraguaio e o atraso do processo penal brasileiro**. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/7140-Artigo-O-novo-Processo-Penal-paraguaio-e-o-atraso-do-Processo-Penal-brasileiro#1>>.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Um veto e o malabarismo psicológico**. 2008. Disponível em: <<http://infodireito.blogspot.com.br/2009/01/artigo-um-veto-e-o-malabarismo.html>>.

H AidAR, Rodrigo. **Juiz não julga ação se colheu provas na fase preliminar**. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-nov-18/juiz\\_ao\\_julga\\_acao\\_colheu\\_provas\\_fase\\_preliminar](https://www.conjur.com.br/2008-nov-18/juiz_ao_julga_acao_colheu_provas_fase_preliminar)>.

LOPES JR., Aury. **Juízes inquisidores? e paranoicos**. uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos. 2003. Disponível em:

<[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/128-Juizes-inquisidores-e-paranoicos-uma-critica-a-prevencao-a-partir-da-jurisprudencia-do-tribunal-europeu-de-direitos-humanos](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/128-Juizes-inquisidores-e-paranoicos-uma-critica-a-prevencao-a-partir-da-jurisprudencia-do-tribunal-europeu-de-direitos-humanos)>.

MARCATO, Antonio Carlos. **A imparcialidade do juiz e a validade do processo**. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3021>>.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Anteprojeto de novo cpp em debate**. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticia/13279-Anteprojeto-de-novo-CPP-em-debate>>.

MAYA, André Machado. **O juiz das garantias no projeto de reforma do código de processo penal**. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/3977-O-juiz-das-garantias-no-projeto-de-reforma-do-codigo-de-processo-penal](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3977-O-juiz-das-garantias-no-projeto-de-reforma-do-codigo-de-processo-penal)>.

MAYA, André Machado. **Outra vez sobre o juiz de garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural**. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4214-Outra-vez-sobre-o-juiz-de-garantias-entre-o-ideal-democratico-e-os-empecilhos-de-ordem-estrutural](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4214-Outra-vez-sobre-o-juiz-de-garantias-entre-o-ideal-democratico-e-os-empecilhos-de-ordem-estrutural)>.

MELO, André Luís de. **Inovações no processo penal italiano evidencia atraso no brasil**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-10/andre-melo-atraso-processo-penal-brasileiro-parece-intencional>>.

MINOTTO, Felipe Monteiro. **A figura do juiz de garantias no projeto de lei do novo código de processo penal**. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/analise-da-implementacao-da-figura-do-juiz-de-garantias-no-projeto-de-lei-do-ncpp/>>.

MODESTO, Danilo Von Beckerath. **O critério da prevenção como afronta à imparcialidade do juiz criminal**. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10306>>.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Quem tem medo do “juiz das garantias”?**. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4176-Quem-tem-medo-do-juiz-das-garantias](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4176-Quem-tem-medo-do-juiz-das-garantias)>.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Breves notas sobre os recursos no projeto de código de processo penal (PLS 156/2009)**. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4175-Breves-novas-sobre-os-recursos-no-projeto-de-codigo-de-processo-penal-PLS-1562009](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4175-Breves-novas-sobre-os-recursos-no-projeto-de-codigo-de-processo-penal-PLS-1562009)>.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **Por que precisamos do juiz de garantias?**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/juiz-garantias/>>.

PLS 156/09. **Exposição de motivos**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>>.

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. **A reforma do Código de Processo Penal**. Análise crítica ao PL n.º 156/09 do Senado. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18931/a-reforma-do-codigo-de-processo-penal>>.

PINTO, Felipe Henrique de Oliveira. **A iniciativa probatória do juiz no processo penal**. Disponível em: <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=19381](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=19381)>.

RODRIGUES, Carlos Arquimedes. **O juiz das garantias**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15451](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15451)>.

SAMPAIO, Denis. **A gestão da prova no processo penal**: continuidade do sistema inquisitório pela lei 11.690/08. Disponível em: <[http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista\\_2009/2009/aprovados/2009a\\_Dir\\_Penl\\_Sampaio%2001.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Dir_Penl_Sampaio%2001.pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2017.

SARAIVA, Izabela Novaes. **O juiz de garantias**: histórico, conceito e críticas. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-juiz-de-garantias-historico-conceito-e-criticas,48199.html>>.

SCHNEIDER, Gabriela. **O juiz das garantias na reforma do cpp**: uma análise frente ao sistema acusatório. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/10502-O-Juiz-das-Garantias-na-reforma-do-CPP-uma-analise-frente-ao-sistema-acusatorio>>.

SGANZERLA, Rogério Barros. **A construção da verdade a partir da motivação e publicidade no processo penal**. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/10681-A-construcao-da-verdade-a-partir-da-motivacao-e-publicidade-no-Processo-Penal>>.

### 3 Dissertações de mestrado

DA SILVA, Larissa Marila Serrano. **A construção do juiz das garantias no brasil**: a superação da tradição inquisitória. Disponível em: <[http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-99QJAH/dissertacao\\_juiz\\_das\\_garantias.pdf?sequence=1](http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-99QJAH/dissertacao_juiz_das_garantias.pdf?sequence=1)>.