

MARIA EDUARDA FREIRE ALVES

A FUNÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS NA ORDEM CONSTITUCIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito para a
conclusão da graduação em Direito da
EDAP.

ORIENTADOR: Prof.Dr. José Carvalho Filho

BRASÍLIA

12/2020

MARIA EDUARDA FREIRE

A FUNÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS NA ORDEM CONSTITUCIONAL

Trabalho apresentado à banca examinadora como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Escola de Direito e Administração Pública do Instituto Brasiliense de Direito Público – EDAP/IDP.

Orientador: Prof. Dr. José Carvalho Filho

BRASÍLIA

12/2020

MARIA EDUARDA FREIRE

A FUNÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS NA ORDEM CONSTITUCIONAL

Trabalho apresentado à banca examinadora como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Escola de Direito e Administração Pública do Instituto Brasiliense de Direito Público – EDAP/IDP.

Orientador: Prof. Dr. José Carvalho Filho.

Brasília - DF, 08/12/2020.

Prof. José Carvalho Filho
Professor Orientador
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Prof. Bruno Buonicore
Membro da Banca Examinadora
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Prof. Monique Siqueira
Membro da Banca Examinadora
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

A FUNÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS NA ORDEM CONSTITUCIONAL

Maria Eduarda Freire Alves

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O Conceito de Sistema; 3 O Sistema Inquisitório; 4 O Sistema Acusatório; 5 Por que todos os Sistemas Processuais Penais São “Mistos”?; 6 A Gestão da Prova como Critério Diferenciador dos Sistemas Processuais Penais; 7 A Raíz Inquisitória do Código de Processo Penal de 1941; 8 A Imparcialidade do Juiz como a Pedra de Toque do Sistema Processual; 9 Impunidade: A Lenda Urbana em Torno no Juiz de Garantias; 10 A Criação do Juiz de Garantias na Lei nº 13.964/2019; 11 Juiz de Garantias e Juiz de Instrução: Uma Diferenciação Necessária e o Juiz Instrutor na Legislação Processual Penal Estrangeira; 11.1 O Modelo Jurisdicional na Fase de Investigação Preliminar: Juiz de Instrução; 11.1.1 França; 11.1.2 Espanha; 12 Breves Notas sobre o Juiz das Garantias no Modelo Processual dos Países da Europa; 12.1 Alemanha; 12.2 Portugal; 12.3 Itália; 13 Breves Notas sobre o Juiz das Garantias no Processo Penal Reformado da América Latina; 13.1 Argentina; 13.2 Paraguai; 13.3 Chile; 13.4 Colômbia; Conclusão; Referências.

RESUMO

O presente trabalho analisa o instituto do juiz de garantias à luz da exigência constitucional de compatibilizar a legislação processual penal pátria ao paradigma acusatório- democrático consagrado na Constituição da República de 1988. O objetivo do trabalho é demonstrar que o principal obstáculo à implementação do juiz de garantias é a cultura inquisitória vigente que se retira da sistemática processual de 1941, em permanente conflito com a principiologia constitucional do processo penal.

Palavras-chave: Juiz de garantia. Cultura inquisitória. Código de processo penal de 1941.

ABSTRACT

The present work analyzes the guarantee judge's institute in the light of the constitutional requirement to make criminal procedural legislation compatible with the accusatory-democratic paradigm enshrined in the 1988 Constitution of the Republic. The objective of the work is to demonstrate that the main obstacle to the implementation of the guarantee judge it is the prevailing inquisitive culture that withdraws from the 1941 procedural system, in permanent conflict with the constitutional principle of criminal proceedings.

Keywords: Guarantee judge. Inquisitive culture. Criminal procedural legislation.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar o instituto do Juiz de Garantias e a necessidade de compatibilizar a legislação pátria frente à nova ordem constitucional democrática, haja vista que o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro vigente, embora tenha sofrido diversas reformas desde 1941, ano de sua promulgação, em plena ditadura estadonovista, mantém hígida a sua estrutura inquisitorial, cuja base jurídica foi a Carta autoritária de 1937.

É preciso fazer um breve resgate do contexto histórico e ideológico sob o qual foi gestado o nosso Código de Processo Penal de 1941, que não nasceu por geração espontânea. O sistema processual penal brasileiro atual, assentado no Código de Processo Penal de 1941, é herança legal da ditadura e cópia do Código Rocco de 1930, do fascismo italiano.

Como leciona Ricardo Gloeckner¹, o Código de Processo Penal italiano de 1930, da ditadura de Mussolini, chamado de “Código Rocco”, ou como batizou Alfredo Rocco, o então ministro da Justiça, de “O mais fascista dos códigos”, teve em Manzini o seu redator único, devotado à tradição inquisitória italiana, o que só agravou a natureza inquisitória do Código já inserido na lógica “mista” napoleônica.

O divórcio entre os princípios constitucionais do processo penal e as práticas rotineiras da tradição autoritária, ancoradas no Código de Processo Penal, ergue uma barreira contra a força normativa da Constituição Democrática de 1988. Ressalta, Geraldo Prado, que a mera codificação eivada de dispositivos inconstitucionais, eclipsa a arquitetura principiológica do processo penal². Nesse sentido, a busca pela implementação do instituto do juiz de garantias no ordenamento brasileiro é extraída a partir de precedentes importantes de cortes estrangeiras (ex.: italiana e espanhola) e internacionais (ex.: Tribunal Europeu de Direitos Humanos) em torno da necessária de imparcialidade judicial.

Do panorama geral dado pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos [...] aos panoramas específicos do Tribunal

¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodivm, 2013.

² PRADO, Geraldo. O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 147.

Constitucional da Espanha, onde vige o princípio de que *el juez que instruye no puede juzgar*, e da Corte Constitucional da Itália, em que predomina o entendimento – aliás consoante previsão legal – de que o exercício sucessivo de atuações jurisdicionais por um mesmo juiz em diferentes fases de um único procedimento penal é caso de incompatibilidade, depreende-se a relevância da questão sob análise e os efeitos daí decorrentes no que os italianos denominam de *giusto processo* [...]³

É um tema presente também nas análises de direito comparado, inclusive de países latino-americanos⁴, muitos dos quais, vivenciaram, assim como o Brasil, a transição de ditaduras militares para a democracia, e que também passaram por reformas em sua legislação processual penal, revelando igualmente a forte resistência ideológica a estruturas processuais em que há limitação de poderes e redução dos espaços de arbítrio, o qual passa necessariamente por uma linha demarcatória das novas funções processuais do juiz penal traçada por princípios.

Segundo o historiador Anthony Pereira, regimes do Cone Sul (Brasil, Argentina e Chile) conseguiram tomar caminho para a ditadura sem abandonar o sistema legal⁵, isto é, o Poder Judiciário manteve-se intacto durante a ditadura. Portanto, este reposicionamento do juiz, reclamado pela transição do autoritarismo para a democracia, é fruto da eleição constitucional em favor do sistema acusatório, por força da adoção de um princípio (acusatório) que desloca o juiz da atividade persecutória/investigativa e de instrução para uma posição estruturalmente afastada, de alheamento em relação às partes processuais.

O que se tem com o juízo de garantias está para além de uma simples alteração formal nas regras de competência ou no método de organização judiciária. Dessa maneira, é mais do que evidente a necessidade de separação do juiz responsável pela fase de investigação daquele responsável “pelo processo”. Nessa linha, ressalta o professor lusitano Sousa Mendes que há de se “[...] intervir no processo pelo menos dois juízes, um para a fase de investigação e outro para a fase de julgamento [...]”⁶, sem o que restaria prejudicada e comprometida a garantia constitucional da imparcialidade judicial.

³ MAYA, André Machado. Imparcialidade e Processo Penal: Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 237.

⁴ MACHADO, André Maya. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, [s. L.], v. 23, n. 1, p. 71-88, jan./abr., 2018.

⁵ PEREIRA, A. W. Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, Chile e Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 9.

Para este mister, em um primeiro momento, faz-se necessário resgatar a genealogia autoritária do processo penal e da cultura inquisitória vigente, da qual depende a compreensão acerca do papel do juiz no processo penal em um Estado Democrático de Direito; e distinguir o sistema acusatório do inquisitório, a partir da gestão da prova como critério diferenciador.

Diante do exposto, este tema merece ser investigado utilizando-se de fontes de pesquisa bibliográfica (livros, artigos científicos e dissertações de mestrado), documental legal (legislação vigente) e jurisprudencial dos tribunais superiores nacionais e europeu. O desenvolvimento da análise possui como alicerce pesquisa sociojurídica para superar o hiato que há entre Direito e contexto histórico, tradição cultural e sociopolítico em que se retira, visto que a falta de compreensão clara da genealogia autoritária do processo penal prejudica uma análise coerente e fundamentada, com a finalidade de concluir se a criação desse novo instituto do Juiz das Garantias será realmente necessária ou não à consolidação de um sistema acusatório estabelecido na ordem constitucional democrática.

2 O CONCEITO DE SISTEMA

A compreensão de sistema, na origem do sistema kantiano, depende da existência de um princípio (do latim *principium*) unificador, reitor, fundante, que será o elo entre todos os demais elementos do sistema, formando um todo orgânico. Observa Jacinto Coutinho, retomando as lições de Kant⁷:

Tenho a noção de sistema a partir da versão usual, calcada na noção etimológica grega (*systema-atos*), como um conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim. É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo princípio unificador e voltado para o fim ao qual se destina.

Por evidente, o princípio unificador é determinado pela finalidade do sistema e, como tal, dado a *priori*. É o significante primeiro por meio do qual se deriva a cadeia de significantes. Não se podendo admitir a coexistência de princípios (no plural), não existindo um princípio misto, razão pela qual não se sustenta um sistema misto,

⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa. ed. Curitiba, v. 46, n. 183, p.103-115, 2009. p. 108.

embora hoje todos os sejam, isto é, mantém o seu núcleo, mas agregam elementos secundários importados de outro sistema⁸.

Jacinto Coutinho explica que esse significante primeiro nada mais é do que um mito, já que é impossível saber como tudo começou e como esse princípio foi parar lá⁹. Os princípios surgem da impossibilidade de dizer o todo, pois, sempre se teve presente que há algo que as palavras não expressam; não conseguem dizer, isto é, há sempre um antes do primeiro momento; um lugar que é, mas do qual nada se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido.

O mito pode ser tomado como a palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito¹⁰. Daí o Big-bang à física moderna; Deus à teologia; o pai primevo a Freud e à psicanálise; a Grundnorm à Kelsen e um mundo de juristas, só para ter-se alguns exemplos¹¹.

Entendida a noção de sistema, passa-se, a seguir, a tratar do binômio inquisitório-acusatório, a fim de investigar o processo de construção histórico-política de cada um dos sistemas, critério diferenciador e principais características.

Tem-se presente que os dois sistemas processuais penais (inquisitório e acusatório) vieram a lume, na forma como hoje é estudado, no início do século XIII, não obstante outros tenham existido antes, até mesmo com tais nomes, por exemplo, na velha Roma. Esse surgimento se deu por razões eminentemente políticas, apesar de outras, de ordem teológica, econômica, filosófica, que, apesar de importantes, estiveram sempre subordinadas à ordem política¹².

3 O SISTEMA INQUISITÓRIO

O sistema inquisitório nasce no seio da Igreja Católica, como uma resposta defensiva ao desenvolvimento daquilo que se convencionou chamar de “doutrinas heréticas” e tem o seu marco histórico no ano de 1215, com o IV Concílio de Latrão¹³.

⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa. ed. Curitiba, v. 46, n. 183, p.103-115, 2009. p. 109.

⁹ Ibid., p. 109.

¹⁰ Ibid., p. 107.

¹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 30, n. 30, p.163-198, 1998. p.164.

¹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa da (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 112.

¹³ Ibid., p. 37.

Com a decadência do Império Romano, as populações da Europa, sobretudo para garantir a segurança, passaram a se avolumar em torno dos feudos, geralmente – e de forma estratégica –, estabelecidos nas montanhas, “[...] defesas naturais às quais somem-se a arquitetura medieval típica, quase totalmente diversa da concepção dos romanos que, como se sabe, em geral, conscientes do seu poderio, buscavam os locais planos e neles fixavam as cidades.”¹⁴.

A vida medieval, assim, desenvolvia-se em torno dos feudos, baseada na relação entre suseranos e vassallos. A sociedade feudal contava além do braço armado do poder – os cavaleiros –, com os camponeses e os clérigos. Conforme Jacinto Coutinho¹⁵:

[...] A Igreja, com a conversão de Constantino (312 d.C.), passa a ser a mais importante aliada do Poder e, por estratégia, depois do primeiro mosteiro fundado por São Bento em Subiaco, começa a preparar os seus membros a partir da patrística agostiniana, toda fundada em Platão e, portanto, dentro do padrão fornecido por uma verdade calcada em um mundo hipostasiado. Era natural, enfim, que as obras de Aristóteles fossem conservadas nas torres, trancafiadas de todos os modos e tão só alcançáveis através de labirintos adrede preparados.

Apesar disso, “[...] no apagar das luzes do século XII, a lógica aristotélica já espalhou uma inegável influência renovadora e permitiu escrupulosos pesquisadores retornar aos arquivos da cultura confinada dentro dos muros dos mosteiros [...]”,¹⁶sobretudo, por meio das mãos de mercadores árabes e hebreus.

O sistema processual até então era predominantemente estruturado nos chamados juízos de Deus; isso em face do domínio dos bárbaros e com o fenômeno de recepção do direito romano. Os juízos de Deus resumiam-se em três fórmulas: as ordálias (destinada ao povo); o duelo (em regra destinado aos cavaleiros); e o juramento (em geral, para os senhores feudais) – vinculado à ideia de que Deus também punia o perjúrio¹⁷. E, assim, manteve-se, pois, mesmo as fórmulas do

¹⁴ Ibid., p. 109.

¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa da (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 16.

¹⁶ SORRENTINO, Tommaso. Storia del processo penale. 1, ed. Itália: Rubbettino, 1999. p. 113. Tradução livre do original: “[...] a partire dagli albori del XII secolo, la logica di Aristotele spande già una innegabile influenza e consente a scrupolosi ricercatori di rionnodare de fila della cultura nascosta, sovente, tra mura di abbazie”.

¹⁷ CORDERO, Franco. Procedimiento penal. v. 1, Espanha: Editorial Temis, 2013, p. 16.

misticismo pagão dos primitivos povos germânicos, logo foram “domesticadas” pelo protagonismo da Igreja¹⁸.

A partir do ano 1000, a Europa continental passa por diversas mudanças socioeconômicas: “Com o aumento das caravanas de mercadores, frequentemente comandadas por hebreus e árabes (ou seja, não-cristãos), cada vez mais aparelhados belicosamente, começam a aparecer os entrepostos comerciais e, de consequência, as cidades, os burgos”¹⁹. Dessa forma, a perspectiva de vida que até então se levava é completamente modificada com a criação de “[...] um novo sistema de trocas e já não mais cada um respondia pela sua própria sobrevivência, mas dependia dos outros, o que se vê pelas chamadas Corporações de Ofício, cada uma produzindo um tipo (ou tipos) de bens [...]”²⁰.

Assim, o centro da atividade econômica desloca-se do campo para as cidades, e de meados do século XII até a metade do século XIII, as cidades medievais atingem o seu apogeu. Conseqüentemente, o crescimento demográfico e econômico dos burgos gera uma nova sociedade, e portanto, uma nova mentalidade, ligada ao comércio, muito diferente daquela que se tinha nos feudos, isto é, ligada à tradição platônico-cristã²¹. Desse modo “[...] o estudo do material até então mantido em sigilo, avança por si, pois a semente das teorias que se nutrem da redescoberta dos textos esquecidos, brota sobre um terreno bastante fecundo, para recolher a verdade revolucionária do pensamento de Aristóteles.”²². Segundo Danilo Marcondes²³:

[...] o interesse pela obra de Aristóteles não só a filosófica, a metafísica e os tratados de lógica, mas também científica – os tratados de física, biologia, astronomia –, cresce progressivamente. Entretanto, devido ao predomínio quase exclusivo da tradição platônico cristã, influenciada em grande parte por Santo Agostinho [...] a penetração do pensamento de Aristóteles é vista como problemática e mesmo

¹⁸ Ibid., 16.

¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa da (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 16.

²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa. ed. Curitiba, v. 46, n. 183, p.103-115, 2009. p. 108.

²¹ LE GOFF, Jacques. O apogeu da cidade medieval. Trad. Antônio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 1.

²² SORRENTINO, Tommaso. Storia del processo penale. 1 ed. Itália: Rubbettino, 1999. p. 108.

Tradução livre do original: “(...) lo studio delle materie colte progredisce proprio perché il seme delle teorie che si nutrono della riscoperta di testi dimenticati germoglia su di un terreno così tanto fecondato da raccogliere la verità rivoluzionaria del pensiero di Aristotele”.

²³ MARCONDES, Danilo. Iniciação à história da filosofia. 1 ed. Brasil: Zahar, 1997. p. 124. Ver o best-seller O nome da rosa, de Umberto ECO. (ECO, Umberto. O nome da rosa. 2ª ed. Trad. Aurora Fornoni Bernardini e Homero Freitas de Andrade. Rio de Janeiro. São Paulo: Record, 2010).

herética. Além disso, Aristóteles só é conhecido por intermédio das interpretações e traduções árabes, o que o torna duplamente condenável.”.

A expansão econômica, com o movimento migratório para as cidades ou burgos, a proliferação das novas crenças heréticas, além do advento de novas religiões ditas “pagãs” e da instauração de dissidências no seio da própria igreja, destaca-se, a seita dos Cátaros ou Albigenses, ameaçam a supremacia do domínio da Igreja Católica, na medida em que suas “verdades” passam a ser contestadas. Conforme ensina Jacinto Coutinho²⁴:

[...] a Igreja Católica se debatia com um fenômeno social interessante: pensavam alguns estar em risco o seu domínio sobre o mundo conhecido, do qual era detentora da grande parte. Sua doutrina – era visível – já não encontrava ressonância plena e, portanto, havia discórdia em alguns pontos capitais. Pensava que isso era fruto das ‘doutrinas heréticas’ e, portanto, de postulados contrários àqueles pregados desde Roma.

Ademais, salienta-se que “[...] a revolução inquisitorial satisfaz exigências comuns a dois mundos: o eclesiástico espreitado pelas heresias, e o civil, no qual a expansão econômica origina criminalidade [...]”²⁵. O aparato de repressão inquisitorial apresentava características muito específicas e tinha como fundamentação uma série de verdades absolutas, que giravam em torno do arcabouço ideológico oferecido pelo dogmatismo religioso da época, o que pode ser percebido pela existência de um conjunto de técnicas reunidas no Manual dos Inquisidores, de Eymerich. Um saber que, como Carvalho afirma, “[...] não é ingênuo nem aparente, mas real e coeso, fundado em pressupostos lógicos e coerentes, nos quais grande parte dos modelos jurídicos autoritários contemporâneos, alguns ainda em vigor, busca(ra)m inspiração [...]”²⁶.

Assim, desde o final do século XII, são ensaiadas as primeiras medidas para a manutenção do poder da Igreja Católica, rumo ao automatismo persecutório e a repressão canônica, com a bula *Vergentis in senium*, editada pelo Papa Inocência III,

²⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa. ed. Curitiba, v. 46, n. 183, p.103-115, 2009. p. 108.

²⁵ CORDERO, Franco. Procedimiento penal. v. 1, 1 ed. Espanha: Temis, 2013. p. 16. Tradução livre do original: “La revolución inquisitorial satisface exigencias comunes a dos mundos: el eclesiástico, asechado por las herejías, y el civil, en la cual la expansión económica origina criminalidad”.

²⁶ CARVALHO, Salo de. Pena e garantias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.8.

em 1199, que equiparou a heresia ao crime de lesa-majestade, historicamente o mais grave dos delitos²⁷.

Em 1215 – “[...] ano fortemente simbólico para as imagens da Europa medieval [...]”²⁸, pois nesse mesmo ano os barões ingleses impunham ao Rei João Sem-Terra a Magna Charta Libertatum, o Papa Inocêncio III reúne a cúpula da Igreja Católica, em São João de Latrão, e ali, estabelece o sistema inquisitório.

Leciona Sorrentino que: “[...] segundo Inocêncio III, o IV Concílio de Latrão deveria deixar uma marca imperecível. Deveria estabelecer, assim, qual a matriz originária de onde reinicia a ação reformadora da Igreja, firmemente decidida a assumir um papel hegemônico entre dentre as potências da Terra depois de haver removido os obstáculos que se impuseram à sua definitiva afirmação política.”²⁹.

Portanto, o IV Concílio de Latrão representou a síntese do projeto papal de ação reformadora eclesiástica estruturado no combate à heresia. Observa Jacinto Coutinho que a partir daí, a máxima de Bulgaro, jurista italiano do século XVII, “o processo é atividade de três pessoas: o juiz, o autor e o réu” tende a desaparecer no processo penal³⁰.

Desde então, conforme preceitua Aury Lopes Júnior, o sistema inquisitório muda a fisionomia do processo penal:

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 em mero objeto de investigação.³¹.

Barreiros evidencia as características de tal sistema: a) estrutura-se, portanto, um processo que exclui a figura das partes, já que, o juiz inquisidor atuava como parte,

²⁷ COUTINHO, op. cit., p. 108.

²⁸ A afirmação é de ALESSI, Giorgia. *Il Processo penale*. 1 ed. Itália: Laterza. p. 51. Tradução livre do original: “Anno fortemente simbolico per le immagini dell’Europa medievale”.

²⁹ SORRENTINO, Tommaso. *Storia del processo penale*. 1 ed. Itália: Rubbettino, 1999. p. 154. Tradução livre do original: “(...) secondo Innocenzo III, il Concilio Laterano IV deve lasciare una impronta imperitura. Deve porsi, cioè, quale matrice originaria da cui riparte l’azione riformatrice della Chiesa, fermamente decisa ad assumere da cui riparte mere un ruolo egemone tra le pontenze della Terra dopo aver rimosso gli ostacoli che si frappongono alla sua definitiva affermazione política”.

³⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*. ed. Curitiba, v. 46, n. 183, p.103-115, 2009. p. 108.

³¹ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos do processo penal*. 3. Ed. Saraiva jur, 2017. p. 149.

investigava, dirigia, acusava e julgava. O juiz passa de espectador para o papel de protagonista, dado o seu domínio único e onipotente do processo em qualquer uma das fases; b) a acusação é de ofício, admitindo acusação secreta; c) o procedimento é predominantemente escrito, secreto e sem a observância do contraditório; d) a prova é legalmente tarifada; d) a sentença não faz coisa julgada d) a prisão preventiva é a regra³².

No sistema inquisitório, o juiz congrega em relação à gestão da prova poderes de iniciativa e de produção, numa espécie de busca da “verdade”. Isso se dará, dentro daquilo que Franco Cordero chamou de lógica deforme, ou “primado da hipótese sobre o fato”. Ou seja, opera-se um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide, isto é, define uma hipótese e depois busca o conhecimento (prova) que justifica a decisão, a qual na verdade já foi tomada³³.

O juiz, longe do contraditório e sendo o senhor da prova, com liberdade, orienta o êxito em direção da sua hipótese, guiado essencialmente pela visão que tem ou faz do fato³⁴. O juiz, com liberdade, escolhe o “caminho da verdade”, orientando o êxito para onde quiser – e basta apontar em tal direção. Segundo Jacinto Coutinho “Modelo hipócrita, dado a decisão estar preordenada. Com o resultado antecipado, o resto eram os modos de se confirmar aquilo que a razão já havia projetado.”, isto é, ratificar as hipóteses já acordadas³⁵.

Cabe ao juiz, através da aplicação de um raciocínio lógico dedutivo, escolher a premissa maior e, escolhendo uma premissa falsa, chegará, por óbvio, a uma conclusão igualmente falsa, em uma espécie de verdade “construída”³⁶. Ainda, conforme o autor “Como modelo, a analítica de Aristóteles, pela lógica dedutiva. Com o domínio pleno das premissas, o inquisidor conduz o resultado para onde quiser”³⁷.

É por isso que Carvalho afirma que “[...] o processo inquisitivo é infalível, visto ser o resultado previamente determinado pelo próprio juiz [...]”³⁸. Constituíam-se assim

³² BARREIROS, José Antônio. Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1981. p. 11-14.

³³ LOPES JR., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos do processo penal. 3. ed. Saraiva jur: São Paulo, 2017, p. 170.

³⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio; DE PAULA, Leonardo Costa (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018b. p. 41-42.

³⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa. ed. Curitiba, v. 46, n. 183, p.103-115, 2009. p. 108.

³⁶ COUTINHO, 2018b, p. 43.

³⁷ COUTINHO, 2009, p. 109.

³⁸ CARVALHO, Salo de. Pena e garantias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 21-22.

uma “verdade” que reproduzia as convicções pessoais do inquisidor, o qual extraia por meio da força a confirmação pelo réu da hipótese que ele, o juiz, havia previamente assumido.

A aplicação dessa lógica deforme gera aquilo que Franco Cordero denominou de “quadro mental paranoico”:

A solidão na qual trabalham os inquisidores, nunca expostos ao contraditório, distantes de interpretações dialéticas, pode ser que ajude no trabalho policesco, mas desenvolve quadros mentais paranoicos. Chamemos-lhes ‘primado das hipóteses sobre os fatos’: quem inquire segue uma hipótese; às vezes de olhos fechados; nada garante que ela seja mais fundada em relação às alternativas possíveis, nem que este labor estimule a cautela autocrítica; uma vez que todas as cartas do jogo estão em sua mão, e foi ele que as colocou na mesa, aponta na direção da ‘sua’ hipótese³⁹.

A partir das lições de Cordeiro, analisa Jacinto Coutinho: “O modelo resiste e resistiu como o mais apurado sistema jurídico do qual se tem conhecimento, tendo persistido por tanto tempo justo por sua simplicidade, isto é, porque usa o próprio modelo de pensamento (por excelência) da civilização ocidental, o primado da hipótese sobre o fato.”⁴⁰.

Não se têm notícias de absolvição nos processos inquisitoriais, algo um tanto difícil, visto que, “[...] a verdade estava dada ex ante e o inquisidor dela tinha ciência [...]”⁴¹. Portanto, o inquisidor, soberano do processo, que possui a tarefa de combater as heresias e erradicar o mal, utiliza-se do meio que reputar mais adequado à busca da “verdade”.

No processo inquisitório, o réu vira um pecador, logo, detentor de uma “verdade” a ser extraída, tornando-se mero objeto de verificação. Ora, não há melhor maneira de se chegar à verdade do que por meio do próprio acusado mediante sua confissão. Por essa razão, a confissão torna-se “a rainha das provas” e não havia limitação quanto aos meios utilizados para extraí-la, visto que eram justificados pela sagrada missão de obter a verdade. A tortura torna-se o *modus operandi* do sistema

³⁹ CORDERO, Franco. Guida alla procedura penale. Torino: UTET, 1986. p. 51. Tradução livre de: “La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoide. Chiamiamoli ‘primato dell’ipotesi sui fatti’: chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte sono in mano sua ed è lui che l’ha intavolato, punta sulla ‘sua’ ipotesi”.

⁴⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa. ed. Curitiba, v. 46, n. 183, p.103-115, 2009. p. 108.

⁴¹ Ibid., p. 109.

inquisitório. Coutinho afirma que “[...] a Inquisição não inventou a tortura, mas o meio quase perfeito para justificá-la: os mecanismos do sistema inquisitório [...]”⁴². O juiz passa de espectador para o papel de protagonista da atividade de resgatar subjetivamente a verdade do investigado (objeto). O modelo processual da Inquisição dispensava a cognição e critérios objetivos, gerando uma subjetivação do processo que, de fato, afastava a comprovação de fatos históricos, supostamente o objetivo por trás da ambição de verdade que o movia⁴³. Já a punição possibilita ao imputado a absolvição e rendição pelos seus “pecados”⁴⁴.

Explica Salah Khaled: “As características do sistema conformavam uma objetificação de corpos: para o inquisidor, era necessário dispor do corpo do herege. Esse corpo era esquadrinhado, decomposto analiticamente e recomposto como objeto de um saber possível, de acordo com a conformação dogmática de um conjunto de verdades e procedimentos preestabelecidos.”⁴⁵.

Tem-se um sistema deformado logicamente que viabiliza a construção de decisões preordenadas. O sistema inquisitorial foi concebido para ser assim. E com a referida estrutura, tende a se perpetuar no tempo e permanece, na essência, para nós, no século XXI, porque serve e continua servindo àqueles que detêm o poder, em qualquer regime⁴⁶

Conforme Jacinto Coutinho⁴⁷:

Ao permitir – sobremaneira – que se manipule as premissas (jurídicas e fáticas), interessa e sempre interessou aos regimes de força, às ditaduras, aos senhores do poder. Podendo-se orientar o êxito, faz-se o que quiser. É o reino do solipsismo, por excelência. Daí ter durado por tanto tempo; a seguir intacto, em muitos pontos, ainda que os novos tempos, pela realidade, duramente o tenham atingido, mormente por lhe desmascarar o falso discurso.

Dessa forma, a democracia processual só será alcançada, quando for este sistema for superado.

⁴² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio; DE PAULA, Leonardo Costa (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018b. p. 46.

⁴³ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17 ed. São Paulo: Saraiva jur, 2005. p. 162.

⁴⁴ POLI, Camilin Marcie de. Sistemas processuais penais. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 98.

⁴⁵ KHALED JR, Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório? Revista de ciências sociais, Florianópolis v. 10 n. 2, p. 293-308, 2010. p. 294.

⁴⁶ COUTINHO, op. cit., 2018b, p. 47.

⁴⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa. ed. Curitiba, v. 46, n. 183, p.103-115, 2009. p. 108.

4 O SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório/adversarial nasce na Inglaterra medieval, após invasão normanda, sob o reinado de Henrique II (1154 a 1189) com o desenvolvimento do *common law*, no qual o direito costumeiro local é substituído por um direito comum a todo o reino⁴⁸.

A história do direito inglês assemelha-se aos países continentais até os séculos XII e XIII. Embora a Inglaterra tenha integrado o Império Romano do século I ao V, lá a romanização do direito foi pouco intensa. Em outras palavras: O direito inglês “[...] desenvolveu-se de forma autônoma, sofrendo apenas de forma limitada a influência de contatos com o continente europeu [...]”⁴⁹

Em razão do plantageneta Henrique II, que organizou com eficiência o Exército e Justiça, a experiência feudal inglesa foi distinta daquela experimentada na Europa continental, com característica marcadamente centralizada, militarizada e antibaronal. Segundo, leciona Jacinto Coutinho⁵⁰:

Para manter o controle integral e desestabilizar o poder dos suseranos/vassalos, Henrique II, seguindo um modelo visivelmente romano, impõe uma lei do Exército, pela qual impede a manutenção e criação de exércitos feudais em troca de proteção que a todos daria desde Westminster. Eis o lugar da força, concentrada em suas mãos.

Ainda no século XII, o costume é a única fonte do direito inglês, destacando-se os costumes locais anglo-saxônicos, os costumes das cidades nascentes (*borough customs*) e os costumes dos mercadores, chamados *lex mercatória* (posteriormente *merchant laws*), competindo à assembleia dos homens livres a aplicação do costumes por meio da *Couty Court* (Corte do Condado) ou *Hundred Court* (Corte da Centena, subdivisão dos condados). O rei exercia a chamada “alta justiça”, pela *curia regis*, jurisdição extraordinária, que julgava apenas casos excepcionais⁵¹.

Da mesma forma, no campo jurídico, Henrique II concentra em suas mãos a administração da justiça, numa tentativa de acabar com os juízos de Deus, presentes

⁴⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; DE PAULA, Leonardo Costa (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018b. p. 42.

⁴⁹ DAVID, René. Os grandes sistemas de direito contemporâneo. 4. ed. Tradução. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 355.

⁵⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa. ed. Curitiba, v. 46, n. 183, p.103-115, 2009. p. 108.

⁵¹ GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 8 ed. Lisboa: Calouste, 2008. p. 209-210.

também na ilha desde a invasão dos nórdicos, e assim o faz, concentrando na jurisdição de Westminster as decisões; e para todos. Dessa forma, segundo Jacinto Coutinho, “[...] todos os que se sentissem prejudicados poderiam reclamar ao rei e o faziam por meio de petições [...]”⁵².

O Tribunal real amplia sua competência, em detrimento das cortes baronais e territoriais, e se divide em três seções especializadas: o Tribunal do Tesouro (*Scaccarium* ou *Court of Exchequer*) que se ocupava das matérias fiscais e relacionadas a finanças, o Tribunal das Queixas Comuns (*Court of Commun Pleas*), que julgava matéria entre particulares sobre a posse de terra e o Tribunal do Banco do Rei (*King’s Bench*) itinerante, reservado aos crimes contra a paz do reino.⁵³ Como refere Gilissen:

A extensão da competência destes tribunais tornou-se possível pelo processo técnico utilizado para requerer as jurisdições reais de Westminster. Qualquer pessoa que quisesse pedir justiça ao rei, podia endereçar-lhe um pedido; o chanceler, em nome do rei, examinava o pedido e, se considerasse fundamentado, enviava uma ordem, chamada writ (em latim: breve; em francês bref) a um xerife (agente local do rei) ou a um senhor para ordenar ao réu que desse satisfação ao queixoso; o facto de não dar essa satisfação era uma desobediência a uma ordem real; mas o réu podia vir explicar a um dos tribunais reais porque razão considerava não dever obedecer a injunção recebida.⁵⁴

Desse modo, com tais procedimentos e suas respectivas “*forms of action*” nasce o *common law*. Entretanto, “[...] tal modo de agir (*forms of action*) logo abarrotou a jurisdição real e mesmo que o tribunal tivesse sido decomposto [...], a situação não encontrou solução. Foi daí que Henrique II deu, quem sabe, o grande passo à construção de um modelo singular [...]”⁵⁵. No ano de 1166, por meio de um novo writ emitido por Henrique II, dito *novel disseisin*, criou-se um Tribunal (*assise*) em Clerendon, e com ele, o *trial by jury*⁵⁶. Por ele, entende-se, segundo Jacinto Coutinho, um *Grand Jury*:

⁵² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa. ed. Curitiba, v. 46, n. 183, p.103-115, 2009. p. 108.

⁵³ GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 8 ed. Lisboa: Calouste, 2008. p. 209-210.

⁵⁴ Ibid., p. 210.

⁵⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Gradineti Castanho de (Orgs.). O novo processo penal à luz da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 5.

⁵⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa. ed. Curitiba, v. 46, n. 183, p.103-115, 2009. p. 108.

[...] que deve denunciar (indictment) os crimes mais graves (assassínios, roubos, etc.) aos juízes; composto de 23 jurados em cada condado (county), de 12 jurados em cada centena (hundred), tornou-se o júri de acusações; os jurados deviam decidir segundo o que sabiam e segundo o que se dizia; não deviam ocupar-se com as provas. Esta tarefa era transferida para um segundo júri, chamado Petty Jury, composto geralmente de 12 jurados, boni homines, recrutado entre os vizinhos [...] ⁵⁷.

Inicialmente, era perante eles que tinham lugar os juízos de Deus, porém, no século XIII, quando os juízos de Deus desapareceram progressivamente, o júri passou a decidir se o acusado era culpado ou inocente (*guilt or innocent*) com base naquilo que sabiam sobre o caso (como não poderia deixar de ser), sem ouvirem testemunhas ⁵⁸ “[...] não se produziavam provas no início, o júri é que era a prova dizendo a verdade (vere dictum-veredicto) [...]” ⁵⁹. As provas só vieram no século XV-XVI, como *evidence*, quando o *petty jury* é modificado: em vez de ser um júri de prova, torna-se a instituição que deveria ouvir as testemunhas (*oral evidence*) e apenas poderia julgar aquilo que tivesse sido objeto de prova ⁶⁰.

Dessa maneira, as regras processuais eram gerais, ditadas pelo rei, e geravam um sistema comum (*common law*) ⁶¹. Em consonância com as lições de Jacinto Coutinho, afirma Geraldo Prado:

A forma de atuação dos mecanismos de resolução de interesses adotados na Inglaterra, como conseqüência lógica da técnica usada para requerer as jurisdições reais, afastou o direito inglês do modelo romano-canônico, imperante no resto da Europa e possibilitou aos juízes profissionais, com a formação prática, a introdução de um mecanismo de recurso a precedentes (cases), a rigor condensados nos Years Books. ⁶²

Tal sistema, é o que se convencionou chamar, mais tarde, na forma como se conhece hoje, de sistema acusatório. O desenvolvimento desse sistema evidencia a centralização do poder, pois nessa quadra da história o regime inglês já era absolutista

⁵⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa. ed. Curitiba, v. 46, n. 183, p.103-115, 2009. p. 109.

⁵⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa da (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 55.

⁵⁹ COUTINHO, op. cit., 2009, p. 108.

⁶⁰ GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 8 ed. Lisboa: Calouste, 2008. p. 209-210.

⁶¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa. ed. Curitiba, v. 46, n. 183, p.103-115, 2009. p. 108.

⁶² PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 107.

(e o rei o suserano), o que irá acontecer na Europa ocidental bem mais tarde⁶³. Por outro lado, era elementar, que surgissem conflitos com os barões (chamados grandes vassalos) e também, com a Igreja, que também possuía autonomia judiciária, pois não consentia em se sujeitar aos tribunais reais, tanto assim que Henrique II foi ameaçado de excomunhão, após a morte do bispo de Canterbury, Thomas Becket, por sicários do rei.

Entretanto, a grande crise experimentada pela coroa aconteceu no reinado de João Sem-Terra, usurpador do trono de Ricardo, Coração de Leão (o sucessor de Henrique II), que não só perdeu feudos sob o domínio inglês na França, mas criou um grande desconforto com a Igreja na interferência da escolha do Arcebispos de Cantenbury, rejeitando o candidato do papa Inocêncio III, Estevam Langton; esse ato lhe rendeu a excomunhão em 1211, tendo o papa colocado a Inglaterra sob interdito⁶⁴. Em contrapartida, o rei confiscou os bens eclesiásticos. Nesse quadro e objetivando não perder o apoio de Roma, o rei submeteu-se à vontade papal, de quem passa a ser vassalo e após o fracasso na tentativa de recuperar os domínios ingleses perdidos em França, acaba por enfrentar a revolta dos barões, os quais obrigam-no a assinar, em 1215, a Magna Charta Libertatum, “[...] um dos documentos mais importantes da humanidade [...]”⁶⁵ e que transcende o contexto do seu nascimento.

O documento, à reboque da vitória da nobreza, que assumiu o controle sobre o rei, estabeleceu regras que atingiam a todos e fizeram florescer a consciência da cidadania, como aquela que previa que “[...] nenhum homem livre será preso ou despojado ou colocado fora da lei ou exilado, e não se lhe fará nenhum mal, a não ser em virtude de um julgamento legal dos seus pares ou em virtude da lei do país [...]”⁶⁶. Na tensão que girava entre as forças, “[...] entre os barões e o rei, parece ter levado vantagem o povo, até assumir a consciência de ser efetivo detentor do poder, pelo menos para efeito de não ter violado o seu espaço de intimidade, com uma cultura de respeito à cidadania [...]”⁶⁷.

⁶³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa da (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 124.

⁶⁴ Ibid., p. 126.

⁶⁵ Ibid., p. 127.

⁶⁶ Ibid., p. 128.

⁶⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa da (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 127.

Evidentemente, um processo, calcado sob essa base dá ensejo a uma cultura processual menos exposta a manipulações, sobretudo porque o réu, antes de ser um acusado, é um cidadão e, portanto, detentor de direitos inafastáveis e respeitados. Leciona Figueiredo Dias:

Se o sistema vai sendo combinado com elementos inquisitoriais em quase toda a Europa continental, é na Inglaterra que – incentivado pela ideologia liberal que se desprende já da Magna Charta Libertatum de João Sem-Terra (1215) e acentuado sobretudo pelo Bill of Rights (1689) e pelo Act of Settlement (1701) – ele ganha o seu maior e vivaz florescimento, a ponto de ainda hoje se manter essencialmente imodificado⁶⁸.

Assim, o processo penal inglês durante o nascimento e desenvolvimento do *common law* gera um genuíno processo de partes, pois,

[...] na essência o contraditório, é pleno; e o juiz estatal está em posição passiva, sempre longe da colheita da prova. O processo, destarte, surge como uma disputa entre as partes que, em local público (inclusive praças), argumentavam perante o júri, o qual, enquanto sociedade, dizia a verdade, *vere dictum* [...] ⁶⁹.

Portanto, no sistema acusatório, verifica-se um espetáculo dialético, uma luta quase atlética, um combate aberto; limitado à pura operação técnica, na qual, o único valor se encontra na observância das regras, o processo é insensível à sobrecarga ideológica, presente no sistema oposto – o inquisitório⁷⁰. Isto é, o processo constitui-se numa aventura agonística, o imputado joga as suas chances: ainda quando desamparado, a ele é garantido espaço psíquico.

Além da gestão da prova não estar nas mãos dos juízes, mas ser confiada às partes, outras características secundárias conferem ao sistema acusatório uma fisionomia distinta daquele inquisitorial. Dessa forma, Barreiros deixa evidente as características do sistema: a) o órgão julgador é uma assembleia ou jurados populares (corpo de jurados); b) há igualdade das partes, sendo o juiz (estatal) um árbitro sem iniciativa investigatória; c) o processo é oral, público e contraditório; e) nos delitos públicos, a acusação é desencadeada por ação popular e, nos privados, a ação é de iniciativa dos ofendidos; f) o processo é oral, público e contraditório; e) a sentença faz

⁶⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 66.

⁶⁹ COUTINHO, op. cit., p. 128.

⁷⁰ CORDERO, Franco. Procedimiento penal. v. 1, 1 ed. Espanha: Temis, 2013. p. 86.

coisa julgada; f) a liberdade do acusado é regra; g) a prova é avaliada pela livre convicção.⁷¹

5 POR QUE TODOS OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS SÃO “MISTOS”?

Na Europa, até o final do século XVIII, com exceção da Inglaterra, imperava o sistema inquisitório. Na França, a Revolução Francesa, inspirada pelo pensamento iluminista reformador contra a irracionalidade e a arbitrariedade do processo inquisitório, reclamava a adoção de um sistema acusatório baseado no modelo inglês com a participação dos cidadãos, os jurados, na administração da justiça e no reconhecimento de seus direitos fundamentais.⁷²

Como consequência, entre 1789 e 1791, é introduzido um sistema de júri na França, que apresentava as características da oralidade, do contraditório, da publicidade do juízo, do direito de defesa, além da livre convicção do juiz.⁷³ No mesmo sentido, explica Ferrajoli:

A batalha cultural e política contra a irracionalidade e a arbitrariedade do processo inquisitório é um dos motivos que animaram a Ilustração reformadora. Assim, de Thomasius a Montesquieu, de Beccaria a Voltaire, de Verri a Filangieri e Pagano, todo o pensamento ilustrado estava de acordo em denunciar a inumanidade da tortura e o caráter despótico da inquisição, assim como o descobrimento do valor garantista da tradição acusatória, recepcionada pelo ordenamento inglês. Por isso que na fase imediatamente posterior à Revolução francesa foi adotado o sistema acusatório, baseado na ação popular, os jurados, o contraditório, a publicidade e a oralidade do juízo e a livre convicção do juiz⁷⁴.

Contudo, a experiência acusatória francesa foi breve e não durou além dos anos da revolução. No ano de 1795, entra em vigor o *Code des délits et des peines*, concedendo extensos poderes ao juiz presidente do júri, que estava autorizado a utilizar de todos os meios para a descoberta da “verdade”⁷⁵

⁷¹ BARREIROS, José Antônio. Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1981. p. 11-14.

⁷² SILVEIRA FILHO, Lourenço. Introdução ao Direito Processual Penal. 3. ed. São Paulo: Tirant, 2015. p. 86.

⁷³ ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. 1. ed. Madri: Marcial Pons, 2018. p. 141.

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. 10. ed. Espanha: Trotta, 2011. p. 566.

⁷⁵ SILVEIRA FILHO, Lourenço. Introdução ao Direito Processual Penal. 3. ed. São Paulo: Tirant, 2015. p. 86.

Entretanto, o efetivo regresso à tendência inquisitória do Anciën Régime, ocorre com a ascensão de Napoleão Bonaparte ao poder, a partir de 19 Brumário do ano VII, no calendário da Revolução Francesa, (correspondente a 9 de novembro de 1799, no gregoriano) com a criação, em 17 de novembro de 1808, do *Code d'instruction criminelle*, ou Código Napoleônico, e sua estrutura “mista” de processo, chamado por Franco Cordero de “monstro de duas cabeças”⁷⁶ e que serviu de modelo para os demais Códigos da Europa⁷⁷. A ideologia inquisitória do Código de 1808 difundiu-se rapidamente, primeiro pelos países da Europa, depois em suas colônias, influenciando todo o mundo ocidental e perpetuando sua estrutura inquisitória no tempo.⁷⁸

Em resumo, o chamado “processo misto” surge na França, no início do século XIX, com a ascensão de Napoleão Bonaparte ao poder, no dia 9 de novembro de 1799⁷⁹.

Parcela significativa da doutrina processual penal sustenta que vigora no Brasil um sistema reformado, napoleônico ou misto, que seria, em tese, resultado da reunião de elementos dos dois outros sistemas processuais puros, acusatório e inquisitório.⁸⁰

Sobre o dito sistema misto, leciona Jacinto Coutinho que desde o seu nascimento:

[...] o dito processo misto [...] mostrou-se, desde sempre, uma fraude à democracia processual. No fundo o código napoleônico nada mais era – e é, para quem o adota – um sistema misto, ou seja, um sistema inquisitorial mesclado com elementos provenientes de um sistema acusatório, sobretudo, partes, acusação separada formalmente do órgão julgador, e debates orais⁸¹.

Na atualidade, não existem mais os sistemas processuais penais puros (tipos históricos), ou seja, na forma clássica como foram concebidos⁸², todos são mistos ou sincréticos, isto é, mesclam/agregam características dos dois (de ambos) os sistemas

⁷⁶ CORDERO, Franco. Guida alla procedura penale. Torino: UTET, 1986. p. 73.

⁷⁷ POLI, Camilin Marcie de. Sistemas processuais penais. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 180.

⁷⁸ Ibid., p.180.

⁷⁹ SILVEIRA FILHO, op cit., p. 84-85.

⁸⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio; DE PAULA, Leonardo Costa (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018b. p. 123.

⁸¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio; DE PAULA, Leonardo Costa (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018b. p. 125.

⁸² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa. ed. Curitiba, v. 46, n. 183, p.103-115, 2009. p. 108.

processuais puros, inquisitório e acusatório, sem que, todavia, do somatório desses elementos, decorra a existência de um terceiro sistema, dito misto, como equivocadamente se classifica o sistema napoleônico.

Isso porque, a própria noção de sistema, na origem do sistema kantiano, não comportaria tal gênero. Retomemos que um sistema é um conjunto de elementos regidos por um princípio unificador, que, por sua vez, é determinado pela finalidade do sistema e como tal, *a priori*. Por evidente, o sistema não admite a coexistência de princípios (no plural), por isso, não é possível a existência de um princípio misto e, por consequência, um sistema misto.⁸³

Dessa forma, Jacinto Coutinho assevera que:

Os sistemas são mistos não por força da simples somatória dos elementos que os integram, mas fundamentalmente, porque em sendo sistemas regidos pelo princípio inquisitivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema acusatório, como vai suceder com o sistema processual penal brasileiro em vigor e que tem por base o CPP de 1941; ou, em sendo regidos pelo princípio dispositivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema inquisitório, como vai suceder com o sistema processual penal norte-americano⁸⁴.

Desde uma abordagem conceitual mais adequada, os sistemas são mistos, isto é, mantêm o seu núcleo, mas agregam elementos secundários importados do outro sistema. Portanto, a diferenciação dos sistemas processuais penais, quais sejam, inquisitório e acusatório, regidos, respectivamente, pelos referidos princípios, inquisitivo e dispositivo, faz-se por meio de tais princípios unificadores, determinados pelo critério de gestão da prova.

6 A GESTÃO DA PROVA COMO CRITÉRIO DIFERENCIADOR DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Na doutrina processual penal, há um debate acerca do critério para a identificação e conseqüente diferenciação de um sistema processual do outro. Em geral, o critério utilizado para a distinção entre os sistemas é a separação “inicial” das

⁸³COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio; DE PAULA, Leonardo Costa (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018b. p.123.

⁸⁴COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa. ed. Curitiba, v. 46, n. 183, p.103-115, 2009. p. 108.

funções de acusar e julgar. O sistema processual seria inquisitório, caso exista a fusão entre as funções de acusar e julgar, permitindo-se reunir num mesmo órgão do Estado as funções que hoje competem ao Ministério Público e ao juiz, e acusatório, quando acusador e julgador forem figuras separadas⁸⁵.

Sem embargo, a separação *a priori* das funções de acusar e julgar seja um elemento relevante para ajudar a se caracterizar um sistema acusatório não é possível utilizá-lo como critério determinante para a diferenciação entre os sistemas, pois, é plenamente possível haver um processo inquisitório com partes.

Basta a análise das *Ordonnance Criminelle*, de 1670, do rei Luís XIV, da França, que de fato previa a figura do Ministério Público, ou seja, o exercício da ação atribuído a um órgão distinto do juiz, mas, ao mesmo tempo, mantinha a estrutura inquisitorial típica do processo penal canônico medieval, com emprego, inclusive, da tortura⁸⁶. Afirma Jacinto Coutinho que as *Ordonnance Criminelle*, quiça um dos maiores monumentos do sistema inquisitorial laico da história da humanidade, comportava órgão de acusação distinto do órgão julgador, debates orais, e sobretudo, partes.⁸⁷

Esse senso comum doutrinário também sucumbe diante do exame do Código Napoleônico de 1808 que instaurou um processo de partes com juízes (no plural, porque são dois: um que instrui, absolve ou formula acusações; outro que decide sobre o mérito), mas conservou a estrutura do processo inquisitório, excluída a tortura⁸⁸. Há uma primeira fase, de investigação preliminar, de cunho inquisitorial, inspirada nas *Ordonnance Criminelle*, de 1760, de Luís XIV, de responsabilidade de um juiz instrutor que visava a busca de provas mediante um procedimento escrito, secreto e sem contraditório; e uma segunda fase processual, dita acusatória, oral, pública, na presença dos jurados, participação da defesa, órgão de acusação diferente aparentemente daquele julgador, e respeito à contradição probatória.

Sobre o Código Napoleônico, diz Jacinto Coutinho⁸⁹:

⁸⁵ SILVEIRA FILHO, Lourenço. Introdução ao Direito Processual Penal. Introdução ao Direito Processual Penal. 3. ed. São Paulo: Tirant, 2015. p. 86.2015, p. 26.

⁸⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; DE PAULA, Leonardo Costa (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018b. p.42

⁸⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa. ed. Curitiba, v. 46, n. 183, p.103-115, 2009. p. 108.

⁸⁸ CORDERO, Franco. Procedimiento penal. v. 1, 1 ed. Espanha: Temis, 2013. p. 58.

⁸⁹ COUTINHO, op cit., 2009. p. 108.

Salvava-se, retoricamente, pela fase processual, a democracia dos julgamentos, dando-lhes uma aparência acusatória e assim, um espetáculo com partes, acusação e defesa, debates orais e, de certa forma, tão só a intervenção do juiz para o controle da sessão [...] No fundo, toda a prova produzida na primeira fase da persecução, em regra por um juiz instrutor, na investigação preliminar puramente inquisitorial, era usada na fase processual, por exemplo por sua leitura do chamado *jugement*. A sessão virava, como era sintomático, teatro, não raro pantomima; puro embuste; e os discursos, pomposos e longos, inflação fonética. As cartas do jogo já estavam marcadas [...].

Nesta toada, afirma Aury Lopes que “[...] a condenação está calcada nos atos de investigação, naquilo feito na pura inquisição [...]”, isto é, a fraude democrática reside no fato da prova colhida nos mecanismos inquisitoriais das *Ordonnance Criminelle*, de Luís XIV, ser trazida integralmente para dentro do processo⁹⁰. O Código Napoleônico de 1808 e seu processo “misto” é um “monstro de duas cabeças”, do qual fala Franco Cordeiro (investigação preliminar totalmente inquisitória e fase processual com “ares” de acusatório) e, no mesmo sentido, explica Ferrajoli⁹¹ “[...] um monstro, nascido da união do processo acusatório com o inquisitório, que foi o chamado processo misto [...]”.

Logo, o critério da separação entre as atividades de acusar e julgar é importante para a diferenciação dos sistemas, mas, somente como elemento distintivo secundário, assim como os demais. Assim, resta analisar o critério de gestão da prova, isto é, quem estará incumbido de aportar o conhecimento ao processo, por meio das provas: as partes ou o juiz. Este sim, critério capaz de caracterizar o princípio unificador/fundador/reitor e assim, o sistema adotado⁹².

Afinal, faz-se uma opção política quando se dá a função, seja ao juiz, seja às partes, de fazer aportar as provas ao processo, e que respectivamente fundará o sistema inquisitório e acusatório. A partir dos ensinamentos de Jacinto Coutinho, afirma-se que o princípio inquisitivo funda o sistema inquisitório, uma vez que a gestão da prova é de responsabilidade do juiz, por outro lado, o princípio dispositivo funda o sistema acusatório, pois a gestão da prova incumbe às partes⁹³. Sendo o Processo Penal atividade marcadamente recognitiva, o juiz para decidir o caso penal precisará

⁹⁰ LOPES JR., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos do processo penal. 3. ed. Saraiva jur, 2017. p. 148.

⁹¹ Ibid., p. 149.

⁹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa. ed. Curitiba, v. 46, n. 183, p.103-115, 2009. p. 108.

⁹³ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n. 30, p. 163-198, 1998, p. 164.

de conhecimento, por meio das provas⁹⁴. Entende-se por prova tudo aquilo que é aportado no processo para fins de tornar conhecido fatos, pessoas ou coisas.⁹⁵

7 A RAIZ INQUISITÓRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

Francisco Campos foi o principal articulador do pensamento autoritário nacional, jurista e homem de Estado, foi ministro da Justiça na ditadura estadonovista de Getúlio Vargas, onde foi responsável por uma série de modificações legislativas, no Brasil; idealizador da Constituição ditatorial de Vargas, de 1937, e redator do Ato Institucional nº 1 do golpe militar de 1964⁹⁶.

Francisco Campos foi o mentor do Código de Processo Penal de 1941, inspirado no Código Rocco do fascismo italiano – por trás de todos estava o Código Napoleônico – teve em Manzini o paradigma na construção da novel legislação⁹⁷. Este devoto à tradição inquisitorial italiana, o que só agravou a natureza política inquisitória do Código italiano de 1930 já inserido na lógica “mista” napoleônica⁹⁸.

Em defesa da Constituição de 1937 e do Estado Novo, Campos partirá para a conciliação da democracia com autoritarismo. O jurista não enfrentou a democracia e o totalitarismo/autoritarismo como fenômenos antitéticos. Apresenta Campos: “O Estado brasileiro sendo democrático, é também autoritário, cabendo ao Presidente da República a autoridade suprema exercida em nome do povo e do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade.”.⁹⁹

Nesse ponto, Francisco Campos aproxima-se do ideólogo do nazismo Carl Schmitt ao defender a concepção do “antiliberalismo de massas” ou “democracia de massas” (esta última expressão era utilizada pelo autor Carl Schmitt)¹⁰⁰ mobilizada e instrumentalizada a serviço dos desígnios personalistas de um líder carismático, que

⁹⁴ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n. 30, p. 163-198, 1998, p. 164.

⁹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa da (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018b. p. 78.

⁹⁶ MEDEIROS, Jarbas. Introdução ao Estudo do Pensamento Político Autoritário Brasileiro 1914/1945. Revista de Ciência Política, Rio de Janeiro, v. 1, n. 17, p. 30-85, 1974. p. 79.

⁹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada Parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa. ed. Curitiba, v. 46, n. 183, p.103-115, 2009. p. 103

⁹⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodivm, 2013.

⁹⁹ CAMPOS, Francisco. O Estado Nacional. São Paulo: Ebooks Brasil, 2002. p. 267.

¹⁰⁰ SCHMITT, Carl. Sobre o parlamentarismo. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1990. p.100-101.

falaria em nome do povo, com comunicação direta e pessoal com a sociedade, sem corpos intermediários.¹⁰¹

Francisco Campos foi o artífice do ordenamento jurídico-constitucional antiliberal do regime de exceção do Estado Novo varguista, inspirado na teoria constitucional de Carl Schmitt.¹⁰²

Dessa forma, foi quem proporcionou de maneira mais farta o material para a análise do autoritarismo processual penal no Brasil. No campo do direito, Francisco Campos produziu obras políticas e também discursos voltados ao processo penal, é possível, dessa forma, tentar reconstituir suas ideias a esse respeito pela análise de fragmentos amalhados a partir de três fontes originais.

A primeira é a obra “O Estado nacional: sua estrutura e seu conteúdo ideológico”, notadamente em seus capítulos dedicados às reformas processuais engendradas pelo Estado Novo e a segunda é a própria “Exposição de Motivos” do Código de Processo Penal vigente.

Para Campos, o processo penal era um imperativo da Constituição autoritária de 1937, como já era em 1934. Campos defende a substituição da concepção duélica de processo pela concepção autoritária de processo como sendo “[...] instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça [...]”.¹⁰³ Como é possível perceber, a concepção autoritária de processo subsume-se à noção de instrumentalidade do processo. Por via de consequência, cabe ao magistrado o papel de órgão militante e ativista para fins de investigação e busca da “verdade”.

Para esse desiderato, Campos avulta a importância de atribuir-se ao juiz amplos poderes instrutórios/de ofício e de iniciativa probatória, seja no curso da investigação preliminar, seja no processo. Afirma Campos:

Por outro lado, o juiz deixará de ser um expectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe pareçam úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não está sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação

¹⁰¹ CAMPOS, Francisco. O Estado Nacional. São Paulo: Ebooks Brasil, 2001.

¹⁰² SANTOS, Rogério Dutra dos. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal do Brasil. DADOS: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v.50, n. 2, pp. 281-323, 2007.

¹⁰³ CAMPOS, op. cit., p. 161.

ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar *in dubio pro reo* ou *non liquet*.¹⁰⁴

Por via de consequência, quanto ao ato processual de interrogatório, Campos defende a criação de uma “franca oportunidade de obtenção de prova”, permitindo-se ao Magistrado formular quaisquer perguntas à obtenção da verdade e do uso do silêncio do interrogando como argumento de prova para se condená-lo. Ademais disso, Campos defende restrição ao *brocardo in dubio pro reo* e dever judicial de decretar a prisão preventiva em certos casos, restando, por evidente, que o novo Código de Processo Penal criou a presunção de culpabilidade como regra de tratamento do acusado. O que aproxima Campos do pensamento de Manzini que inclusive nega peremptoriamente a existência de presunção de inocência, reputando-a como “paradoxal” e “irracional”.

Conforme Campos:

[...] o processo é eminentemente popular. Pondo a verdade processual não mais apenas a cargo das partes, mas confiando, numa certa medida, ao juiz a liberdade de indagar dela, rompendo com o formalismo, as ficções e presunções que o chamado ‘princípio dispositivo’, ‘de controvérsia’ ou ‘contradição’, introduzira no processo, o novo Código procura restituir ao público, a confiança na justiça.¹⁰⁵

Tal concepção autoritária de processo se dá por meio da prevalência de um chamado interesse coletivo em detrimento dos diretos individuais, segundo o autor, “Não se podia continuar a transigir com direitos individuais em antagonismo ou colidência com o bem comum.”.¹⁰⁶

É a partir desse primado que decorre a insistência de Campos na semântica “popular” e “estatal” do processo penal, instituindo um âmbito de proteção dos direitos individuais frente ao poder estatal de natureza cambiável de acordo com “[...] a medida reclamada pelo interesse social [...]”. Segundo Campos, as garantias são favores concedidos aos criminosos e que urge conferir maior força repressiva ao Estado. Nesse sentido, o objetivo do processo penal é a ideologia da defesa social, isto é, “[...] conferir maior eficiência e energia repressiva do Estado, contra os que delinquem [...]”.¹⁰⁷

¹⁰⁴ CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Decreto-Lei número. 3.689, de 03 de outubro de 1941.

¹⁰⁵ CAMPOS, Francisco. O Estado Nacional. São Paulo: Ebooks Brasil, 2002. p. 65.

¹⁰⁶ Ibid., p. 75.

¹⁰⁷ Ibid., p. 65.

Campos faz candentes críticas à legislação processual que precedeu a nova codificação, acusando-a de assegurar aos acusados “[...] um tão extenso catálogo de garantias e favores processuais, que a repressão terá de ser deficiente, decorrendo daí um estímulo indireto à criminalidade [...]”. Nesse sentido, diz ainda Campos, o objetivo do processo penal é “[...] conferir maior eficiência e energia repressiva do Estado, contra os que delinquem [...]”.¹⁰⁸

Campos colocará em duas categorias esta função de combate ao crime: nas mãos do órgão julgador, poderes instrutórios/de ofício e de gestão da prova; nas mãos do órgão julgador, o princípio da livre apreciação da prova. Dessa forma, o juiz é colocado no lugar de super- parte, com a missão de “combater o crime”. O jurista ainda defendia a subtração das partes processuais consideradas obstáculos desnecessários e a monopolização do processo pelo juiz, reproduzindo o pensamento de Manzini de processo de “parte única”, qual seja, o juiz. Aponta Campos: “Outro característico do sistema processual consubstanciado no projeto, e que pode considerar como corolário da função ativa e autoritária do juiz é, seguramente o papel atribuído ao juiz em relação à prova.”.¹⁰⁹

Como vimos, a concepção autoritária do direito processual penal está ligada à noção de instrumentalidade do processo: “[...] este é instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça [...]”¹¹⁰, cabendo ao juiz criminal a função de buscar a verdade, com amplos poderes de ofício e instrutórios para atuar na esfera probatória.

Essa noção influenciou, dentre diversos outros institutos, a regulamentação da disciplina das nulidades e invalidades processuais penais pelo Código de Processo Penal de 1941. Tal regulação criou a versão fundamentalista da instrumentalidade das formas, calcada no anacrônico brocardo “[...] não há nulidade sem prejuízo [...]”, para buscar limitar ao máximo as possibilidades de o juiz criminal vir a declarar uma nulidade.¹¹¹

De fato, esse processo autoritário concebe a forma processual como um grande obstáculo a ser vencido, tornando-se maleável e elástica. Dessa forma, o sistema inquisitório, cujo princípio fundante se radica na atividade probatória do magistrado,

¹⁰⁸ Ibid., p. 193.

¹⁰⁹ Ibid., p. 199.

¹¹⁰ CAMPOS, Francisco. O Estado Nacional. São Paulo: Ebooks Brasil, 2002. p. 65.

¹¹¹ GLOECKNER, Jacobsen. Autoritarismo e processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant, 2018. p. 80.

possui, como outra relevante peça do funcionamento da engrenagem, a tendência ao amorfismo que, segundo Jacobsen Gloeckner, significa dizer que o sistema inquisitório potencializa a disrupção das formas processuais.¹¹²

Assim, de acordo com o pensamento de Cordero, “[...] há uma relação proporcional entre os sistemas processuais e a forma. Enquanto, o predomínio da forma afasta as atividades instrutórias, a participação do juiz como uma verdadeira parte contribui para o tratamento das nulidades como uma solenidade vazia [...]”.¹¹³

Percebe-se, facilmente, o teor político das formas e sua importância para o sistema acusatório. Adverte Cordero “[...] há um formalismo acusatório, quanto menos espaço ocupa o órgão que julga, tanto mais pesam as formas [...]”.¹¹⁴

A forma é uma característica tão relevante para a consubstanciação do sistema acusatório como o é a ausência de poderes instrutórios do juiz, o que lhe permite assumir uma postura mais passiva e fazer justamente um rigoroso controle sobre os atos processuais.¹¹⁵

A regulação da matéria das nulidades no processo penal brasileiro é subserviente ao sistema inquisitorial italiano arquitetado por Manzini que pretendia “[...] desflorestar a selva de nulidades [...]”.¹¹⁶ Inclusive, Francisco Campos homenageia – embora não mencionando o nome – Vincenzo Manzini, o grande elaborador intelectual do Código do fascismo italiano.

Nesse ponto, devemos trazer à tona a “Exposição de Motivos” de nosso atual Código de Processo Penal de 1941, de lavra do então ministro da Justiça, Francisco Campos, que já no pórdico, indica o tratamento dado ao tema das nulidades, acentuando sua estrutura avessa ao formalismo: “[...] as nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoam a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito de fraudes, subterfúgios e alicantinas.”¹¹⁷

¹¹² GLOECKNER, Jacobsen. Nulidades no Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹¹³ CORDERO, Franco. Guida alla procedura penale. Torino: UTET, 1986. p. 55.

¹¹⁴ Ibid., p. 55.

¹¹⁵ GLOECKNER, Jacobsen. Nulidades no Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 75.

¹¹⁶ GLOECKNER, Jacobsen. Autoritarismo e processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant, 2018. p. 80.

¹¹⁷ CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Decreto-Lei número. 3.689, de 03 de outubro de 1941: Saraiva, 2020. p. 6.

Segue ainda o jurista no item XVII, da mesma Exposição, afirmando que “[...] como já foi dito de início o projeto é infenso ao rigorismo formal, que dá ensejo atualmente, à infundável série das nulidades processuais [...]”.¹¹⁸

O sistema de nulidades – reduzidas ao mínimo possível e concebidas como mero ritualismo a obstaculizar a apuração da verdade – regulamentado pelo Código de Processo Penal de 1941 é claramente inspirado no Código de Processo Penal italiano de 1930. Inclusive, Francisco Campos homenageia - embora não mencionando o nome- Vincenzo Manzini, o grande elaborador intelectual do Código do fascismo italiano.

O “Código Rocco” italiano, do qual é cópia o Código de Processo Penal brasileiro, iniciou a regulamentação da disciplina das nulidades em seu artigo 184, eliminando as chamadas nulidades absolutas, ou seja, aquelas incapazes de serem sanadas nos modos estabelecidos pela lei.¹¹⁹

Alfredo Rocco, ministro da justiça de Mussolini, ao falar descrever a respeito, na “Exposição de Motivos”, do Código de Processo Penal italiano, de 1930, afirma que:

[...] todas as nulidades, específicas ou gerais, podem ser sanadas nos modos estabelecidos pela lei [...]; b) a inobservância da forma prescrita para os atos processuais é causa de nulidade exclusivamente quando a nulidade é expressamente (isto é, especificamente para um caso determinado ou genericamente) prescrita pela lei (art.184, parte primeira); c) a nulidade não pode ser arguida pela parte que lhe deu causa ou concorreu para lhe dar causa (art.184, parágrafo 1); d) a nulidade não pode ser oposta pela parte que não tenha interesse na observância da disposição à qual a nulidade se refere; e) a nulidade é sanada se não obstante a irregularidade, o ato igualmente atingiu a sua finalidade relativamente a todos os interessados (art.187, parágrafo segundo); [...].¹²⁰

Vejamos, dessa forma, os “princípios” em matéria de nulidade no processo penal brasileiro, de acordo com a “Exposição de Motivos” no Código de Processo Penal, descreve Francisco Campos:

[...] se a parte interessada não argui a irregularidade ou com esta implicitamente se conforma, aceitando-lhes os efeitos, nada mais natural que se entenda haver renunciado ao direito de argui-la. Se toda

¹¹⁸ CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Decreto-Lei número. 3.689, de 03 de outubro de 1941: Saraiva, 2020. p. 8.

¹¹⁹ GLOECKNER, Jacobsen. Autoritarismo e processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant, 2018.

¹²⁰ ROCCO, Alfredo. Lavori preparatori del código penale e del código di procedura penal. v. 8. Roma: Tipografia della Camera dei Deputati, 1930. p. 40.

formalidade processual visa um determinado fim, e este fim é alcançado, apesar de sua irregularidade, evidentemente carece esta de importância. Decidir de outro modo será incidir no despropósito de considerar-se a formalidade um fim em si mesma. É igualmente firmado o princípio de que não se pode arguir nulidade quem lhe tenha dado causa ou não tenha interesse na sua declaração. Não se compreende que alguém provoque a irregularidade e seja admitido em seguida, a especular com ela; nem tampouco que, no silêncio da parte prejudicada, se permita a outra parte investir-se no direito de pleitear a nulidade [...].¹²¹

A partir dessa breve incursão pode-se perceber o ajuste principiológico entre o sistema de nulidades de orientação italiana e brasileira. O discurso autoritário de Francisco Campos importado da Itália fascista permitiu aportar no Brasil uma intensa defesa da relativização das formas. O novo CPP de 1941 não passa de uma atualização das velhas entidades principiológicas cujo escopo principal era desbastar o sistema de nulidades. Em ambos, percebe-se que o sistema de redução das nulidades processuais se dá a partir de uma orientação finalista, ou seja, determinado modo de ser teleológico dos atos processuais, cujo objetivo da forma é servir de instrumento de descoberta da “verdade real”.

A sanabilidade geral dos atos processuais será orientada pela finalidade do processo penal, a ponto de encontrar uma expressão do artigo 563 do CPP brasileiro, revelando a lógica inquisitorial que permeia a teoria das nulidades no Judiciário pátrio. Os fins passam a justificar os meios. O ato processual dá-se em função da consecução de um fim, qual seja, a apuração da “verdade substancial” no processo penal, conceito típico dos sistemas inquisitórios, não passando de mera utopia, alibi retórico, invocado para “justificar” a prática de atos abusivos quando do exercício do poder estatal pelo órgão julgador. Basta que, por meio de mecanismos retóricos, o julgador alegue que não houve qualquer “prejuízo” por parte do ato viciado na decisão final. Como explica Jacinto Coutinho:

Prejuízo, em sendo um conceito indeterminado, como tantos outros dos quais está prenhe a nossa legislação processual penal, vai encontrar seu referencial semântico naquilo que entender o julgador, e aí não é difícil perceber, manuseando as compilações de julgados, que não raro expressam decisões teratológicas.¹²²

¹²¹ CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Decreto-Lei número. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Rio de Janeiro: Saraiva, ano. p. 6.

¹²² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Nota Dez Editora, n. 1, 2001, p. 44.

Consoante a lição de Jacinto Coutinho, diz Aury Lopes:

É por isso que chegamos – infelizmente – nesse ponto: hoje no Brasil quando um ato é nulo? Quando o tribunal quiser, para quem ele quiser e como o alcance que ele quiser. Essa é a verdadeira ditadura judicial. No espaço impróprio do casuísmo, os tribunais praticam (o ilegítimo e antidemocrático) decisionismo.¹²³

No Brasil, a temática das nulidades encontra-se impregnada da noção autoritária de processo, tal qual imaginada por Campos nas pegadas de Rocco e Manzini, e que se subsume à noção de instrumentalidade das formas (conexa à instrumentalidade do processo), portanto, estas devem ser reduzidas ao mínimo.

Verifica-se, claramente, que o sistema inquisitorial compreende o processo de uma maneira amórfica. A dimensão autoritária da forma processual por meio do “princípio” da instrumentalidade das formas preserva o amorfismo, a informalidade no processo penal, abrindo espaços irreduzíveis de discricionariedade judicial, alocando o julgador em uma posição de superioridade, com forte influência da filosofia da consciência.¹²⁴

Parte da doutrina brasileira não reconhece a autonomia teórica do processo penal em uma equivocada importação de categorias jurídicas do processo civil ao processo penal. É o que se denominou de Teoria Geral do Processo ou Teoria Unitária do Processo.

Na lição de Jacinto Coutinho:

Por primário, não se há de construir uma teoria, muito menos geral, quando os referenciais semânticos são diferentes e, de consequência, não comportam um denominador comum. Pense-se só nos casos citados, ou seja, entre Direito Processual Penal e Direito Processual Civil o princípio unificador, o sistema e o conteúdo do processo são distintos, resultando daí uma teoria geral do processo plena de furos e equívocos, alguns intransponíveis, no direito processual penal naturalmente. Urge, portanto, uma teoria geral do direito processual penal arredia à falta de ensanchar da teoria geral do direito processual civil, pelo menos para poder-se ter uma base mais coerente no momento de uma reforma que pretenda não ser só de verniz [...].¹²⁵

¹²³ LOPEZ, Aury. Sistema de nulidades a la carte precisa ser superado. Consultor Jurídico, São Paulo, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal>. Acesso em: 8 out. 2020.

¹²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 940.

¹²⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. Empório do Direito, São Paulo, 23 abr. 2015. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais>. Acesso em: 8 out. 2020.

A Teoria Unitária é inaceitável exatamente porque não há similitude entre os conteúdos do processo civil e do processo penal, ignorando-se que o direito processual civil tem conteúdo próprio que o difere substancialmente do direito processual penal, razão pela qual não é possível aplicar princípios e regras do processo civil ao processo penal, sob pena de realizarmos uma odiosa “processualização civil” do processo penal.¹²⁶

Segundo Jacinto Coutinho, “A Teoria Geral é do Processo Civil e, a partir dela, as demais”. Ou seja, trata-se, na realidade, de uma transposição irrefletida de categorias do processo civil para o processo penal. Ainda conforme o autor, na Teoria Geral do Processo, a Teoria do Processo Civil “[...] penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz ao primo pobre, uma parcela, uma fatia da teoria geral [...]”¹²⁷.

Afirma Aury Lopes sobre o processo penal, em consonância com as lições de Jacinto Coutinho, que “[...] durante muito tempo foi visto como mero apêndice do direito penal. Evolui um pouco rumo à autonomia, é verdade, mas continua sendo preterido. Se comparamos com o processo civil então, a distância é ainda menor [...]” e continua, “E, pensam tudo desde o lugar do processo civil, com um olhar viciado, que conduz a um engessamento do processo penal nas estruturas do processo civil. Todo um erro de pensar, que podem ser transmitidas e aplicadas no processo penal [...]”.¹²⁸

Eugenio Florian, já, em 1927, escreveu sobre a contradição de uma Teoria Geral do Processo. Para ele, a tese da identidade dos dois processos era inconciliável:

A nosso juízo, o processo penal e o civil são duas instituições distintas. O objeto essência do processo penal é, como vimos, relação de direito penal. Já no processo civil o objeto é sempre ou quase sempre uma relação de direito privado, seja civil ou mercantil. [...] O triunfo da tese unitária conduziria a absorção da ciência do processo penal pela ciência do processo civil, perdendo o primeiro a sua autonomia, resultando profundamente alterado em sua concepção e estrutura.¹²⁹

¹²⁶ LOPES JÚNIOR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹²⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1998. p. 23.

¹²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Teoria geral do processo é danosa para a boa saúde do processo penal. Consultor Jurídico, [s. L.], 27 jun. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>. Acesso em: 8 out. 2020.

¹²⁹ FLORIAN, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. Barcelona: Bosch Editorial, 1933. p. 20-23.

A recepção da Teoria Unitária do Processo pelo sistema inquisitorial deve-se, sobretudo, à capacidade de servir aos ilegalismos congêntos, já detectados como um dos elementos de funcionamento desta cultura autoritária. Como aponta Binder:

Mas como em geral ocorreu com a teoria geral do processo, seu afã de elevar o nível de abstração das doutrinas processuais por meio do uso de conceitos fundamentais do direito, impediu ou dificultou a compreensão do funcionamento das instituições judiciais e as desvinculou de sua forma histórica mais recente, que era o sistema inquisitivo e seu universo cultural [...].¹³⁰

A conformação da Teoria das Nulidades a partir dos sistemas processuais permite entender-se como a justaposição de conceitos privatísticos (justaposição entre a Teoria da Invalidade de direito privado e sua recepção pelo direito processual civil) no processo penal aderiram perfeitamente ao funcionamento do sistema inquisitorial. É necessário demonstrar a existência dessa relação, a fim de evitar cair nas facilidades retóricas desta extensão entre princípios e categorias do direito e processo civil ao modelo inquisitorial.¹³¹ Um processo penal orientado constitucionalmente, parte de uma ruptura indelével entre processo penal e civil. Negar esse cruzamento é crer que o sistema inquisitório se constitui como modelo histórico que não cruzou a modernidade.¹³²

A atual Teoria das Nulidades, importada do direito civil para o processo civil e depois para o processo penal que distingue as nulidades absolutas das relativas, legitima a manifestação de um processo penal inquisitório, visto que essa pretensão de edificação de uma teoria uniforme desvela a sua flexibilidade, maleabilidade que, ao desprezar núcleos duros, serve para qualquer objetivo. Ensina, Aury Lopes:

Em especial, a categoria das nulidades, por exemplo, é imprestável para o processo penal, pois possui gravíssimo vício de origem: nasce e se desenvolve no direito civil, com a teoria dos atos anuláveis e nulos, com uma incompatibilidade epistemológica insuperável. Depois é transplantada para o processo civil, o que em nada atenua essa incompatibilidade.¹³³

¹³⁰ BINDER, Alberto M. O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. 1. ed. Buenos Aires: ADHOC, 2000. p.35.

¹³¹ GLOECKNER, Jacobsen. Nulidades no Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 23.

¹³² Ibid.

¹³³ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 939.

Aury Lopes ataca a classificação, destacando a impropriedade da categoria das nulidades relativas em se tratando do campo processual penal que aliada à “teoria do prejuízo” adere perfeitamente ao funcionamento do sistema inquisitório. Sobre o tema, diz, Aury Lopes:

[...] infelizmente no Brasil a moda é relativizar todas as nulidades, tendo gente ainda a sustentar que a categoria das nulidades absolutas acabou. Ora, com todo o respeito, isso é um imenso tiro no pé do processo penal constitucional que se pretende. É alinhar-se (e talvez ir até além) ao discurso fascista anteriormente citado [...].¹³⁴

Dessa forma, para se pretender uma teoria das formas processuais não mais serviçal ao sistema inquisitorial, é imperioso que a Teoria das Nulidades no processo penal refute as nulidades relativas. Estas reúnem os seguintes princípios: a) sanabilidade; b) demonstração de prejuízo; c) finalidade atingida; d) iniciativa das partes; e) preclusibilidade de sua arguição.¹³⁵ As denominadas nulidades absolutas conservam alguns elementos que se afeiçoam ao processo penal: a) insanabilidade; b) independência de verificação de prejuízo (prejuízo presumido); c) possibilidade de declaração de ofício pelo magistrado (independe de arguição das partes); d) não preclusibilidade. Por seu turno, as nulidades relativas têm como características principais: a) sanabilidade; b) demonstração de prejuízo; c) finalidade atingida; d) iniciativa das partes; e) preclusibilidade de sua arguição.¹³⁶

Há direitos no processo cível que são absolutamente indisponíveis. Outros, por sua vez, são disponíveis. Daí por que é possível a existência de duas formas de nulidade a tutelar, respectivamente, direitos/normas de “caráter público” (indisponíveis) e “privados” (disponíveis). O equivocado transplante da classificação das nulidades é facilmente percebido pois, no processo penal, essa divisão é contraproducente, o que poderia levar à relativização de direitos que não deveria admitir qualquer forma de negociação ou relativização.¹³⁷

Como explica, Aury Lopes:

¹³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. Sistema de nulidades “a la carte” precisa ser superado. Consultor Jurídico, [s. L.], 5 de set. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal#:~:text=Regra%20b%C3%A1sica%3A%20o%20que%20foi,contr%C3%A1rio%2C%20nulidade%20deve%20ser%20reconhecida>. Acesso em: 8 out. 2020.

¹³⁵ GLOECKNER, Jacobsen. Nulidades no Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, ano. p 328.

¹³⁶ Ibid., p 329.

¹³⁷ Ibid., p 341.

[...] a distinção entre normas que tutelam interesse da parte e outras que dizem respeito a interesses públicos tropeça na desconsideração da especificidade do processo penal, onde não há espaço normativo privado. Com isso se está a excluir a principal argumentação que sustenta o edifício das nulidades relativas: a existência de interesses privados, que ficariam à mercê da atividade protetiva da própria parte.¹³⁸

A inexistência de interesse privado no processo penal é muito simples de fundamentar. Nas palavras de Aury Lopes, “A proteção do réu é pública, porque público são os direitos e garantias fundamentais que o tutelam [...]”.¹³⁹ O antagonismo/dicotomia interesse público *versus* interesse privado que prevalece no campo civil não merece prosperar no processo penal, isso pelo fato de no processo penal inexistir interesse exclusivo da parte.

E essa renúncia a uma Teoria Geral do Processo tem como consequência básica a imprestabilidade da Teoria das Nulidades amarrada aos conceitos privatísticos de sanabilidade, preclusão, declaração por interesse das partes, de prejuízo e finalidade do ato atingida, todos eles inadequados para a tutela dos direitos fundamentais do acusado.

Os interesses são bastante diversos, pois, no processo penal não estão em jogo meros interesses individuais, mas sim garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas. Em decorrência disso, faz-se como imperiosa a necessidade de manejo dos ramos de acordo com suas categorias próprias.¹⁴⁰

Como aponta Binder: “Entendo por ‘teoria unitária’ a tentativa que se fez de construir um corpo doutrinário uniforme para tratar os diferentes casos de invalidez dos atos processuais, sem importar os interesses em jogo ou os princípios que se quer proteger.”.¹⁴¹

¹³⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Sistema de nulidades “a la carte” precisa ser superado. Consultor Jurídico, [s. L.], 5 de set. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal#:~:text=Regra%20b%C3%A1sica%3A%20o%20que%20foi,contr%C3%A1rio%2C%20nulidade%20deve%20ser%20reconhecida>. Acesso em: 8 out. 2020.

¹³⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. Sistema de nulidades “a la carte” precisa ser superado. Consultor Jurídico, [s. L.], 5 de set. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal#:~:text=Regra%20b%C3%A1sica%3A%20o%20que%20foi,contr%C3%A1rio%2C%20nulidade%20deve%20ser%20reconhecida>. Acesso em: 8 out. 2020.

¹⁴⁰ GLOECKNER, Jacobsen. Nulidades no Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p 318.

¹⁴¹ BINDER, Alberto M. O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. 1. ed. Buenos Aires: ADHOC, 2000. P. 54.

Como anteriormente analisado, a principal reforma introduzida pelo Código Rocco foi acabar com as nulidades absolutas, consideradas “fraudes” nas palavras de Rocco e de Campos. A legislação brasileira não possui dispositivo similar, mas a orientação jurisprudencial exige para a declaração de ato nulo, mesmo no caso de nulidades absolutas, a demonstração de prejuízo, transformado em sanatória geral.

8 A IMPARCIALIDADE DO JUIZ COMO A PEDRA DE TOQUE DO SISTEMA PROCESSUAL

Diante das características dos sistemas processuais apresentadas, conclui-se que o núcleo fundante de um sistema processual penal está essencialmente no lugar que o juiz ocupa. Nas palavras de Aury Lopes:

[...] a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial de funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.¹⁴²

A imparcialidade do juiz revela-se como a pedra de toque do sistema processual, desse modo, quanto mais garantias de proteção da imparcialidade, mais próximo se estará de um autêntico processo de partes, isto é, mais próximo do sistema acusatório, por conseguinte, de um Estado Democrático de Direito. Aduz Aury Lopes:

A posição do juiz é crucial para o (des)equilíbrio de todo o sistema de administração da justiça (e do processo, por elementar). Se a imparcialidade é o Princípio Supremo, deve ser compreendido que somente um processo penal acusatório, que mantenha o juiz afastado da iniciativa e gestão da prova, cria as condições de possibilidade para termos um juiz imparcial. Impossível a imparcialidade do juiz numa estrutura inquisitória.¹⁴³

A Constituição da República de 1988 prevê a separação das funções de acusar, defender e julgar, entregando-as a diferentes atores, quais sejam: o Ministério Público como órgão responsável pela acusação estatal, com autonomia e independência nas suas funções (art.127 a 130-A); a Advocacia (art. 133) e Defensoria Pública (art.134)

¹⁴² LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Formato digital. Não paginado.

¹⁴³ LOPES JÚNIOR, Aury. Fundamentos do processo penal: uma introdução crítica. Saraiva: Saraiva Jur. 2017. Formato digital. Não paginado.

como responsáveis pela defesa; e o Poder Judiciário (art.92 e seguintes) incumbido da função jurisdicional, e ainda, erigiu ao patamar de direitos fundamentais uma série de princípios processuais que almejam garantir a imparcialidade do juiz. Nesse sentido, destacam-se o princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV); presunção de inocência (art. 5º, LVII); motivação e publicidade das decisões judiciais (art. 93, IX); e, principalmente, o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV).

Diversas prerrogativas e vedações foram impostas aos magistrados pelo texto constitucional como forma de garantir a imparcialidade e a independência funcional e evitar a prática de atividades que prejudiquem a imparcialidade. Dessa maneira, fica evidente que a imparcialidade do juiz é uma garantia constitucional implícita.

O art. 95 da Constituição Federal define como prerrogativa dos magistrados: a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios. E como vedações: o exercício de outro cargo ou função, salvo magistério; dedicar-se à atividade político-partidária; receber custas relativas a processos; auxílios de qualquer espécie, salvo os permitidos em lei; exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento.¹⁴⁴ Sobre a imparcialidade, diz Badaró:

A imparcialidade do julgador é elemento integrante do devido processo legal. Não é devido, justo ou equo, um processo que se desenvolva perante um julgador parcial [...] a imparcialidade é conditio sine qua non de qualquer juiz. Juiz parcial é contradição em termos.¹⁴⁵

Dessa forma, uma vez que a Constituição Federal prevê a separação das funções de acusar, defender e jogar e ainda alberga diversos princípios voltados à garantia do devido processo legal, com a finalidade de consolidação do Estado Democrático de Direito, fica evidente sua adoção ao sistema acusatório.

Embora a Constituição Federal não anuncie expressamente o direito ao juiz imparcial, os Tratados Internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário, contêm previsão expressa do princípio da imparcialidade. Salienta-se: em primeiro, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14, 1 “Toda pessoa terá direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um

¹⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há o juiz de garantias. *Empório do Direito*, [s. L.], 2011. Disponível em: <http://badaroadogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesse em: 8 out. 2020.

¹⁴⁵ Ibid.

tribunal competente, independente e imparcial.”¹⁴⁶; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em seu artigo. 8, 1: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial.”¹⁴⁷.

Os referidos diplomas internacionais integram o ordenamento jurídico nacional, porém não há consenso sobre o grau hierárquico ocupado por tais normas, havendo respeitável doutrina que por força do disposto no art. 5º, parágrafo segundo, da Constituição, entende que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos têm *status* constitucional. Entretanto, conforme Gilmar Mendes, o entendimento do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 88.240-4 SP, de Relatoria da Ministra Ellen Gracie, assentou-se no sentido de que Tratados Internacionais de Direitos Humanos subscritos pelo Brasil, possuem status de norma supralegal.¹⁴⁸. Conforme Mendes e Branco¹⁴⁹:

[...] a esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. Concluiu, assim, que o status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante [...].

Dessa forma, a adesão aos documentos internacionais implicará necessariamente na adoção das regras processuais penais ali previstas. Nesse sentido, a atividade legislativa e interpretativa deve ser realizada sempre sob o pálio do direito processual penal constitucional em conjunto com os tratados internacionais de direito humanos dos quais o Brasil se subscreve, com o objetivo de efetivação de um processo verdadeiramente acusatório que reflita os anseios democráticos definidos na Constituição da República.

Em 1942, o Código de Processo Penal brasileiro entrou em vigência como uma exigência da outorgada Constituição autoritária de 1937, como exemplo ela dissolveu

¹⁴⁶ BRASIL. Decreto no 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Brasília: Planalto, 6 jul. 1992. Anexo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 8 out. 2020.

¹⁴⁷ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). Pacto de San José da Costa Rica. Costa Rica: Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969. In: SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Tratado Internacional. São Paulo: PGE-SP, [201-]. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 8 out. 2020.

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. Formato digital. Não paginado.

¹⁴⁹ Ibid.

o Poder Legislativo (art. 178), por isso, o Decreto-Lei 3.689/1941 que instituiu o CPP, não foi resultado de deliberação legislativa, mas fruto da vontade soberana do presidente da República.¹⁵⁰

Como já analisado anteriormente, tanto a Constituição Federal de 1937 quanto o Código de Processo Penal de 1941 foram produtos de um homem só, o jurista e homem de Estado, Francisco Campos, “[...] um intelectual de forte inclinação autoritária, que chegava às raias do fascismo [...]”, que se inspirou na codificação processual italiana de 1930, em plena ditadura fascista, para elaborar um CPP com base no princípio inquisitivo.¹⁵¹

No que está relacionado à garantia da imparcialidade do juiz, o CPP de 1942 elege circunstâncias de fato e de direito ou condições pessoais do juiz que, presumidamente, comprometem a imparcialidade do julgador e são configuradas como impedimento, suspeição ou incompatibilidade.¹⁵²

As causas de impedimento estão previstas, em rol taxativo, nos arts. 252 e 253 do CPP, relacionam-se, direta ou indiretamente, a fatos internos ao processo e afetam objetivamente o juiz, independentemente de seu ânimo subjetivo, havendo, portanto, presunção absoluta de parcialidade nesses casos.¹⁵³

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito; II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juizes que forem entre si parentes, consangüíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive

As causas de suspeição estão previstas no artigo 254, em rol exemplificativo. Renato Brasileiro explica que “[...] as causas de suspeição são circunstâncias

¹⁵⁰ SOUZA NETO Cláudio Pereira de; NETO, Daniel Sarmiento. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Formato digital. Não paginado.

¹⁵¹ SOUZA NETO Cláudio Pereira de; NETO, Daniel Sarmiento. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Formato digital. Não paginado.

¹⁵² LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 4. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. Formato digital. Não paginado.

¹⁵³ Ibid.

subjetivas relacionadas a fatos externos ao processo capazes de prejudicar a imparcialidade do juiz [...]”¹⁵⁴.

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consangüíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV - se tiver aconselhado qualquer das partes; V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

A incompatibilidade prevista no art. 112 do CPP, “[...] abrange tudo aquilo que não se refira diretamente às causas de suspeição ou impedimento [...]” e pode ser compreendida como uma suspeição por razão de foro íntimo, isto é, possui caráter residual.¹⁵⁵

O Código de Processo Penal de 1942 desde o início de sua vigência passou por diversas mudanças, mas mantém hígida a sua estrutura inquisitória e deve, portanto, ser interpretado à luz da Constituição Federal de 1988 e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Em um sistema acusatório democrático constitucional, a função precípua do juiz na fase de investigação deveria ser de garantidor dos direitos fundamentais do investigado, devendo restringir-se ao controle da legalidade dos atos investigativos que relativizam direitos fundamentais.¹⁵⁶ Entretanto, o CPP, ao arrepio dos ditames acusatório-constitucional e seguindo a lógica da sua base inquisitória, retira o juiz de seu lugar constitucionalmente demarcado, isto é, posição de alheamento à causa, estruturalmente afastado, para assumir uma postura ativista, conferindo-lhe poderes instrutórios de ofício, por exemplo, o juiz pode: requisitar, nos crimes de ação penal pública, a instauração de inquérito (artigo 5º, II, CPP), discordar do requerimento do Ministério Público de arquivamento do inquérito policial (art. 28 CPP), determinar o sequestro de bens (art.127, CPP), decretar a busca e apreensão (art. 242, CPP), converter a prisão em flagrante em prisão preventiva ou decretar medidas cautelares

¹⁵⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 4. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. Formato digital. Não paginado

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ LOPEZ, Aury. Fundamentos do processo penal: uma introdução crítica. Local: Saraiva Jur. 2017. Formato digital. Não paginado.

(art. 310, II, CPP) . No mesmo sentido está o artigo 156, inc. I, do CPP, que confere ao juiz iniciativa probatória mesmo na fase de investigação, podendo ordenar a produção antecipada de provas que considerar urgentes e relevantes.

Assim, conforme leciona Juarez Tavares:¹⁵⁷

Nos julgamentos, a imparcialidade, entendida como equidistância dos interesses em jogo, torna-se cada vez mais problemática, isso porque o julgador não parte de uma “posição de não-saber”, mas de uma certeza prévia à instrução. As figuras do acusador e do julgador, não raro, passam a se confundir. Não há dialética, isso porque o julgador já carrega uma certeza. Cria-se uma fantasia em torno do “acusado”, sem qualquer compromisso com a faticidade. Fatos são distorcidos, potencializados ou mesmo inventados: o importante é chegar ao resultado desejado pelo julgador. O acontecimento, o fato que se afirma querer julgar, e a análise racional da prova perdem importância para a hipótese, carregada de certeza, previamente formulada pelo acusador/julgador a partir de preconceitos, ressentimento, inveja e, sobretudo, ódio.

No mesmo sentido, segundo Aury Lopes, o juiz da fase de investigação, mesmo que não atue de ofício – nunca deve fazê-lo, tendo em vista que:

[...] é inegável a contaminação que decorre dos pré-juízos que é chamado a fazer, a todo o momento, diante dos pedidos de prisão preventiva/temporária, de busca e apreensão, de sequestro de bens etc. [...] Neste cenário, é mais do que evidente a necessidade de separação do juiz “da investigação” do juiz “do processo” (prevenção como causa de exclusão da competência), como forma de assegurar a máxima eficácia do contraditório judicial e a “originalidade” do julgamento (da expressão italiana *originalità* para externar a importância de que o juiz forme sua convicção “originariamente” a partir da prova produzida no contraditório processual).¹⁵⁸

A condição de terceiro é a de ignorância cognitiva. Ele não sabe, pois não deve ter uma cognição prévia ao processo. Deixará o juiz de ser um ignorante quando lhe trouxerem as partes às provas que lhe permitirão então conhecer (cognição). Aduz Aury Lopes:

A imparcialidade é um princípio supremo do processo, como ensina Werner Goldschmidt, fundante da própria estrutura dialética (*actum trium personarum* – Búlgaro). A garantia da jurisdição é ilusória e

¹⁵⁷ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. Prova e Verdade. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. cap. 21.

¹⁵⁸ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no processo penal. Consultor Jurídico, [s. L.], 29 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>. Acesso em: 8 out. 2020.

meramente formal quando não se tem um juiz imparcial. Mais honesto seria reconhecer que nesse caso não se tem a garantia da jurisdição, pois juiz contaminado é juiz parcial, logo, um não-juiz. A questão, portanto, vincula-se à originalidade cognitiva da temática submetida ao julgamento.¹⁵⁹

O art. 83 do CPP prevê que o juiz que atua na fase de investigação torna-se preventivo para a respectiva ação penal, isto é, basta que o juiz pratique qualquer ato relativo ao processo, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou queixa-crime, para que se torne preventiva a sua competência.¹⁶⁰ Assim, o juiz preventivo pelas decisões que tomou na fase pré-processual será aquele que irá julgar o processo.

A prevenção como causa de fixação da competência é um grande obstáculo para o estabelecimento de um processo penal acusatório, posto que, de acordo com Aury Lopes, o juiz, ao atuar na fase de investigação, tem contato com os elementos de informação constantes no inquérito, produzidos em procedimento administrativo unilateral e inquisitório, alheio ao contraditório e a ampla defesa.¹⁶¹ A principal consequência da prevenção como causa de fixação de competência é a violação da originalidade cognitiva e, portanto, da imparcialidade objetiva. Leciona Aury Lopes:

Portanto, o juiz criminal – para efetivamente ser juiz e, portanto, imparcial – deve conhecer do caso penal originariamente no processo. Deve formar sua convicção pela prova colhida originariamente no contraditório judicial, sem pré-juízos e pré-cognições acerca do objeto do processo. Do contrário, a seguir-se com a prática atual, o processo acaba sendo mero golpe de cena, com um juiz que já formou sua imagem mental sobre o caso e que entra na instrução apenas para confirmar as hipóteses previamente estabelecidas pela acusação e tomadas por verdadeiras por ele juiz, tanto que decretou a busca e apreensão, a interceptação telefônica, a prisão preventiva, etc. e ainda recebeu a denúncia. A instrução é apenas confirmatória e simbólica de uma decisão já tomada.¹⁶²

Nessa perspectiva, o cenário mais grave e recorrente no processo penal é a contaminação que ocorre, quando o juiz – pior ainda quando de ofício – é chamado a decidir sobre várias medidas incidentais do inquérito, há um evidente pré-juízo, que

¹⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no processo penal. *Consultor Jurídico*, [s. L.], 29 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>. Acesso em: 8 out. 2020.

¹⁶⁰ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 7 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁶¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Formato digital. Não paginado.

¹⁶² LOPES JÚNIOR; ROSA, op. cit.

conduz a prevenção como causa de necessária exclusão da competência (e não fixação). Salienta Aury Lopes:

[...] mas todas essas questões perpassam por um núcleo imantador, que é a originalidade cognitiva, ou seja, que o juiz não tenha tido um envolvimento prévio com o caso penal (por exemplo, na fase pré-processual, decretando prisões cautelares ou medidas cautelares reais) que o contamine, que fomente os pré-julgamento, pré-juízos que geram um imenso prejuízo cognitivo.¹⁶³

O juiz deve ser terceiro, justamente para não ter parcialidade (interesse, pré-juízo, pré-julgamento) na resolução do caso penal em favor de qualquer uma das partes. A imparcialidade é uma construção técnica artificial do sistema acusatório, que não se confunde com “neutralidade”. Não existe neutralidade porque se trata de um juiz-no-mundo, mas deve haver imparcialidade, um afastamento estrutural, um alheamento em relação ao caso penal, ser um terceiro desinteressado, isto é, “[...] o juiz é um sujeito processual (não parte) ontologicamente concebido como um ignorante, porque ele (necessariamente) ignora o caso penal em julgamento [...]”.¹⁶⁴

Aduz, Aury Lopes: “O julgador ignora os fatos, mas não é neutro, já que possui suas conotações políticas, religiosas, ideológicas etc., mas deve ser imparcial cognitivamente: afastamento objetivo do caso penal e afastamento subjetivo das partes.”.¹⁶⁵

Dessa forma, invoca-se o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, no *habeas corpus* HC 94.641, destacando o voto do ministro Cezar Peluzo, no caso em que o mesmo juiz teria conhecido da ação de investigação de paternidade e depois a ação penal que resultou a gravidez (Informativo 528):

Pelo conteúdo da decisão do juiz, restará evidenciado que ele teria sido influenciado pelos elementos coligidos na investigação preliminar. Dessa forma considerou que teria ocorrido hipótese de ruptura da denominada imparcialidade objetiva do magistrado, cuja falta, incapacita-o, de todo, para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida. Esclareceu que a imparcialidade denomina-se objetiva, uma vez que não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sem partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas porque corresponde à condição de originalidade da cognição que

¹⁶³ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no processo penal. Consultor Jurídico, [s. L.], 29 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>. Acesso em: 8 out. 2020.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Ibid.

o juiz irá desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide a decidir. Assim, sua perda significa falta de isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional”.¹⁶⁶

A prevenção como causa de fixação da competência e o conseqüente comprometimento da imparcialidade do juiz precisam ser pensado à luz da teoria da dissonância cognitiva, trazida por Shünemann para o campo processual penal, e aplicando-a diretamente sobre a atuação do juiz até a formação da decisão. Leciona, Schünemann, que:

[...] cada pessoa ambiciona um equilíbrio em seu sistema cognitivo. Em outros termos, busca-se obter relações harmônicas entre seu conhecimento e suas opiniões. Dessa busca resulta a manifestação de uma motivação cognitivamente dissonante a ser reduzida ou trazida à consonância. Assim, para se alcançar este equilíbrio do sistema cognitivo há de se solucionar a contradição existente entre conhecimento e opiniões.¹⁶⁷

Nesse sentido, explica Aury Lopes:

Em linhas gerais, a teoria da ‘dissonância cognitiva’ desenvolvida na psicologia social, analisa as formas de reação de um indivíduo frente a duas ideias, crenças, ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de ‘consonância’ (mudar uma das crenças para torná-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos etc.) que reduzam a dissonância e, por conseqüente, a ansiedade e o estresse gerado. Pode-se afirmar que o indivíduo busca – como mecanismo de defesa do ego – encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e sua opinião. É um anseio por eliminação das contradições cognitivas.¹⁶⁸

A respeito desse tema, vale sempre destacar a importante pesquisa empírica realizada pelo professor Bernd Schünemann no campo da Teoria da Dissonância Cognitiva com 58 juízes criminais e promotores de diversas regiões da Alemanha Federal.¹⁶⁹

¹⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 7 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 55.

¹⁶⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. São Paulo: Marcial, 2013. p. 35.

¹⁶⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Comentários a um Acórdão: O Processo Lula no TRF4. São Paulo: Outras impressões, 2018.

¹⁶⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. São Paulo: Marcial, 2013.

O estudo em questão visava aferir se a “cumulação de papéis” por parte do magistrado, isto é, um só magistrado, da fase de investigação até a sentença, a partir da ciência integral dos autos da investigação preliminar e decidindo pela admissibilidade da acusação, redundava em comprometimento da imparcialidade objetiva do órgão julgador.

Os resultados foram justamente no sentido de que (i) “[...] o conhecimento de autos da investigação preliminar tendencialmente incriminadores leva o juiz a condenar o acusado, ainda que a audiência seja ambivalente, o que sugeriria uma absolvição [...]” e (ii):

[...] os juízes dotados de conhecimento dos autos não apreenderam e não armazenaram corretamente o conteúdo defensivo presente na audiência de instrução e julgamento, porque eles só aprendiam e armazenavam as informações incriminadoras, que já lhes eram conhecidas (‘redundantes’) em razão da leitura prévia dos autos [efeito inércia ou perseverança].¹⁷⁰

O que se concluiu foi que:

[...] o processamento de informações pelo juiz é em sua totalidade distorcido em favor da imagem do fato que consta dos autos da investigação e da avaliação realizada pelo ministério público, de modo que o juiz tem mais dificuldade em perceber e armazenar resultados probatórios dissonantes do que consonantes”.¹⁷¹

Portanto, ao estudar a influência psicológica ocasionada pela participação do mesmo juiz na fase de investigação e na fase processual, Bernd Schünemann utiliza a Teoria da Dissonância Cognitiva desenvolvida na psicologia social para justificar a tendência de, sistematicamente, o juiz supervalorizar elementos no processo que confirmem a sua percepção formada na fase de investigação, menosprezando informações divergentes.

Explica, Aury Lopes:

[...] considerando que o juiz constrói uma imagem mental dos fatos a partir dos autos do inquérito e da denúncia, para recebê-la, é inafastável o pré-julgamento (agravado quando ele decide anteriormente – mesmo que não de ofício – sobre prisão preventiva, medidas cautelares, etc.). É de se supor – afirma Schünemann – que ‘tendencialmente’ o juiz a ela se apegará (a imagem já construída) de modo que ele tentará confirmá-la na audiência (instrução), isto é,

¹⁷⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. São Paulo: Marcial, 2013. p 212.

¹⁷¹ Ibid., p. 221.

tendencialmente deverá superestimar as informações consoantes e menosprezar as informações dissonantes.¹⁷²

Dessa maneira, duas reações cognitivas surgem para que a mente consiga reduzir o estresse gerado pelo antagonismo de ideias, isto é, para diminuir a tensão psíquica gerada pela dissonância cognitiva, que são: O “efeito perseverança” ou “efeito inércia” e o “princípio da busca seletiva de informações”. O efeito perseverança é um “[...] mecanismo de autoconfirmação de hipótese [...]”¹⁷³ que busca supervalorizar as informações que sejam consonantes com a hipótese preconcebida. Por sua vez, a busca seletiva de informações significa uma procura seletiva por elementos que ratifiquem a opinião preconcebida, dessa forma, o indivíduo procura refutar informações dissonantes à sua concepção.¹⁷⁴

O que questiona Schünemann é justamente se a leitura dos autos da investigação preliminar (inquérito policial) não acaba fixando uma imagem unilateral e tendenciosa do fato na psique do juiz, capaz de lhe vedar para outras possibilidades, visto que, apegado a esta, buscará comprová-la no processo, comprometendo decisivamente a sua imparcialidade.¹⁷⁵

No campo do processo penal, por meio de experimentos empíricos realizados com juízes, Schünemann concluiu que o contato com os autos do inquérito policial gera uma “imagem mental dos fatos” e, conseqüentemente, um pré-julgamento:

Em virtude de o magistrado formar determinada concepção do crime pela leitura dos autos do inquérito, é de se supor, que o juiz, em princípio, não divirja de seu conteúdo. Por esse motivo, é natural que o magistrado busque confirmar o inquérito na audiência de instrução e julgamento de acordo com as informações tendencialmente supervalorizadas e em desacordo com as tendencialmente subvalorizadas.¹⁷⁶

Dessa forma, conforme as pesquisas empíricas de Schünemann, conclui Aury Lopes:

[...] grande parte desse problema vem do fato de o juiz ler e estudar os autos da investigação preliminar (inquérito policial) para decidir se

¹⁷² LOPES JÚNIOR, Aury. Comentários a um Acórdão: O Processo Lula no TRF4. São Paulo: Outras impressões, 2018.

¹⁷³ SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. São Paulo: Marcial, 2013. p 75.

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Ibid.

¹⁷⁶ Ibid., p. 43.

recebe ou não a denúncia; para decidir se decreta ou não a prisão preventiva; formando uma imagem mental dos fatos para, depois, passar a 'busca por confirmação' dessas hipóteses na instrução. O quadro agrava-se se permitimos que o juiz, de ofício, vá em busca dessa prova sequer produzida pelo acusador. Enfim, o risco de pré-julgamento é real e tão expressivo, que a tendência é separar o juiz que recebe a denúncia (que atua na fase pré-processual) daquele que vai instruir e julgar ao final.¹⁷⁷

O juiz, contaminado pela preconceção formada exclusivamente pela visão inquisitória do inquérito policial, buscará, no decorrer da fase processual, elementos que minimizem a dissonância cognitiva formada pelo antagonismo entre as teses da acusação e da defesa, conduzido pelo efeito inercia e pela busca seletiva de informações. Dessa maneira, existe um grande prejuízo para a defesa, porque o juiz tenderá a não assimilar a tese defensiva da mesma forma com que retém as informações consoantes à sua preconceção voltada à tese acusatória.¹⁷⁸ De acordo com Schünemann:

Quando o juiz tem conhecimento dos autos do inquérito, profere a decisão de recebimento da denúncia e exerce atividade inquisitória na audiência de instrução e julgamento. Em razão de o magistrado exercer esta atividade inquisitória, ele termina por faticamente obter a posição de parte, principalmente, quando está consideravelmente fixado no itinerário do inquérito e encontra um réu que negue os termos da denúncia e a veracidade dos fatos relatados no inquérito.¹⁷⁹

Consoante as lições de Shünemann, diz Aury Lopes:

A partir disso o juiz desenvolve uma interessante pesquisa de campo que acaba confirmando várias hipóteses, entre elas a já sabida – ainda que empiricamente – por todos: quanto maior for o nível de conhecimento/envolvimento do juiz com a investigação preliminar e o próprio recebimento da acusação, (muito) mais provável é a frequência com que ele condenará. Toda pessoa procura um equilíbrio do seu sistema cognitivo, uma relação não contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) e conduz a (molesta) dissonância cognitiva. Como consequência existe o efeito inércia ou perseverança, de autoconfirmação das hipóteses, através da busca seletiva de informações.¹⁸⁰

¹⁷⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Comentários a um Acórdão: O Processo Lula no TRF4. São Paulo: Outras impressões, 2018.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. São Paulo: Marcial, 2013. p. 45.

¹⁸⁰ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 34.

Pelo exposto, para que haja confiança na imparcialidade, o juiz da fase processual deve iniciar o processo livre de pré-juízos formado a partir do contato com os elementos do inquérito, aquilo chamado de “originalidade” do julgamento que externa a importância de que o juiz forme sua convicção “originariamente” a partir da prova produzida no contraditório processual, como forma de assegurar a máxima eficácia do contraditório judicial e do devido processo legal. Dessa forma:

É imprescindível refletir e perceber que, imersos em uma cultura jurídica criminal punitivista, as heurísticas e os vieses de julgamento aparentam estar vinculados a desfechos condenatórios, pevertendo-se o princípio da presunção de inocência, uma vez que o status de inocente sustentado pelo réu, no processo penal, demandaria que juízes estivessem ‘enviesados’ à absolvição e, apenas após análise minuciosa do processo ‘tendo tudo em conta’ e a identificação de provas cabais, convencessem-se do contrário.¹⁸¹

Nesse sentido, para que o juiz se aproxime da originalidade cognitiva sobre o caso penal e não seja um “terceiro inconscientemente manipulado”¹⁸² pelos autos do inquérito policial, considerando que o juiz também está sujeito a vieses cognitivos, é necessário que haja uma separação entre o juiz que atua na fase pré-processual daquele que atua na fase processual. Para isso, é imprescindível que a prevenção seja uma causa de exclusão da competência como forma de ser um mecanismo de proteção à imparcialidade do juiz.

O tema da imparcialidade na doutrina nacional e na jurisprudência pátria não tem recebido a devida atenção, havendo

[...] poucos casos em que a questão foi analisada sob o ponto de vista de garantia processual fundamental, sendo ordinariamente tratada apenas sob o ponto de vista dos impedimentos e suspeições dos magistrados disciplinados no Código de Processo Penal¹⁸³.

¹⁸¹ ROSA, Alexandre de Moraes; WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. Entenda o que é a atuação contraintuitiva no processo dual. Consultor Jurídico, [s. L.], 9 mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-09/limite-penal-entenda-atuacao-contraintuitiva-processo-dual>. Acesso em: 8 out. 2020.

¹⁸² SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. São Paulo: Marcial, 2013.

¹⁸³ BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há o juiz de garantias. Badaró Advogados, [s. L.], 2011. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesse em: 8 out. 2020.

A análise sobre a imparcialidade do juiz ou do tribunal terá que buscar aporte nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e na jurisprudência das cortes internacionais. Desde o julgamento pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, do caso *Piersack vs. Bélgica*, a doutrina passou a fazer uma distinção entre imparcialidade objetiva e imparcialidade subjetiva. Naquele julgamento afirmou o tribunal:

Se a imparcialidade se define ordinariamente pela ausência de pré-juízos ou parcialidades, sua existência pode ser apreciada, especialmente conforme o art. 6.1 da Convenção, de diversas maneiras. Pode-se distinguir entre um aspecto subjetivo, que trata de verificar a convicção de um juiz determinado em um caso concreto, e um aspecto objetivo, que se refere a se este oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável ao respeito.¹⁸⁴

E ainda afirmou que

Todo juiz em relação ao qual possa haver razões legítimas para duvidar de sua imparcialidade deve abster-se de julgar o processo. O que está em jogo é a confiança que os tribunais devem inspirar nos cidadãos em uma sociedade democrática [...], [concluindo que] [...] é possível afirmar que o exercício prévio nos processos de determinadas funções processuais pode provocar dúvidas de parcialidade [...].¹⁸⁵

A imparcialidade objetiva resta comprometida quando o magistrado tem pré-juízos, pré-conceitos e pré-julgamentos sobre o fato objeto de julgamento. A imparcialidade é denominada “objetiva” porque decorre não da relação do juiz com as partes, mas da relação com o objeto do processo.¹⁸⁶

A imparcialidade objetiva diz respeito a se o juiz se encontra “[...] em uma situação dotada de garantias suficientes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua parcialidade [...]”.¹⁸⁷

¹⁸⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há o juiz de garantias. Badaró Advogados, [s. L.], 2011. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em: 8 out. 2020.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no processo penal. *Consultor Jurídico*, [s. L.], 29 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>. Acesso em: 8 out. 2020.

¹⁸⁷ LOPES JÚNIOR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. v. 11, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 132.

Exemplificando esse posicionamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, podem-se destacar o julgamento do caso Piersack vs. Bélgica, em 1982, já citado, e o caso Cubber vs. Bélgica, em 1984, entre outros.

No primeiro caso, um promotor que havia sido responsável pela investigação preliminar assumiu posteriormente o cargo de juiz, julgando o próprio fato por ele investigado. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendeu que houve comprometimento de sua imparcialidade ante o acúmulo de funções e manifestou-se no sentido de rejeitar o juiz sobre o qual recaiam razões legítimas para desconfiar de sua imparcialidade, sintetizando que “[...] o exercício prévio no processo de determinadas funções processuais pode provocar dúvidas de parcialidade [...]”.¹⁸⁸

No segundo julgado a discussão ocorreu em torno da possibilidade de o juiz instrutor, aquele que comanda a fase de investigação preliminar, com poderes instrutórios, atuar também na fase de julgamento. Nessa oportunidade, o Tribunal decidiu pela proibição de acumulação das atividades de investigar e julgar o caso, uma vez que haveria contaminação da imparcialidade objetiva resultante de seus juízos valorativos. A Corte Europeia concluiu que:

[...] na própria direção, praticamente exclusiva, da instrução preparatória das ações penais empreendidas contra o Requerente, o citado magistrado havia formado já nesta fase do processo, segundo toda verossimilhança, uma ideia sobre a culpabilidade daquele. Nestas condições, é legítimo temer que, quando começaram os debates, o magistrado não disporia de uma inteira liberdade de julgamento e não ofereceria, em consequência, as garantias de imparcialidade necessária.¹⁸⁹

Em outras palavras, é imprescindível para assegurar a imparcialidade objetiva, a absoluta separação entre as figuras do juiz que irá proferir decisões na fase de investigação e o juiz que irá julgar a causa. E, nesse sentido, tem-se sobressaído a necessidade de adoção da figura do juiz de garantias – que em nada se confunde com a figura do juiz instrutor – esvaindo-se a competência daquele com a propositura da ação penal.

¹⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há o juiz de garantias. Badaró Advogados, [s. L.], 2011. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesse em: 8 out. 2020

¹⁸⁹ Ibid.

No tema da imparcialidade, especialmente, do aspecto objetivo da imparcialidade, faz-se necessária a “teoria da aparência de justiça”, ou seja, a imparcialidade deve ser compreendida também como uma ideia de aparência de imparcialidade.

Tão importante quanto o juiz ser imparcial é o juiz parecer ser imparcial. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no julgamento do caso *Delcourt vs. Bélgica*, proclamou: “Justice must not only be done; it must also be seen to be done”¹⁹⁰.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos posicionou-se no sentido de que os tribunais, numa sociedade democrática, devem inspirar confiança aos cidadãos, isto é, também é necessário que a sociedade acredite que o julgamento se deu perante um juiz objetivamente imparcial, além de o magistrado ser subjetivamente imparcial.¹⁹¹

Leciona, Aury Lopes:

Também deve-se valorizar a ‘estética de imparcialidade’, ou seja, a aparência, a percepção que as partes precisam ter de que o juiz é realmente um ‘juiz imparcial’, isto é, que não tenha tido um conhecimento prévio do caso penal (por exemplo, na fase pré-processual, decretando prisões cautelares ou medidas cautelares reais) que o contamine, que fomente os pré-juízos que geram um imenso prejuízo cognitivo. Isso é crucial para que se tenha a “confiança” do jurisdicionado na figura do julgador. Mas todas essas questões perpassam por um núcleo imantador, que é a originalidade cognitiva.¹⁹²

Eduardo Maia Costa, juiz do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, leciona que “[...] as partes, além de equidistantes do juiz, devem situar-se no mesmo plano [...]”.¹⁹³

¹⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há o juiz de garantias. Badaró Advogados, [s. L.], 2011. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em: 8 out. 2020.

¹⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há o juiz de garantias. Badaró Advogados, [s. L.], 2011. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em: 8 out. 2020.

¹⁹² LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no processo penal. *Consultor Jurídico*, [s. L.], 29 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>. Acesso em: 8 out. 2020.

¹⁹³ COSTA, Eduardo Maia. Para a democratização da sala de audiência. *Temas para uma perspectiva crítica do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 347-352.

No Brasil, na maioria das unidades da federação, a sala de audiência ou o salão do júri reservam-se ao Ministério Público na qualidade de parte autora, posição cênica superior, ao lado direito do órgão julgador, enquanto a defesa técnica e o réu permanecem em plano inferior e afastados do juiz.

Leciona, André Nicolitt, que este é “[...] um modelo cênico herdado de Portugal, com cariz inquisitório, no qual o juiz e acusador se colocam em oposição ao réu, visto como um mero objeto da persecução penal em juízo [...]”.¹⁹⁴

A concepção cênica das salas de audiência comunica um processo penal tendencioso e parcial. Diante disso, explica Rubens Casara:

A disposição cênica da sala de audiência é uma forma de comunicação que é recebida, consciente, e por vezes, inconscientemente, pelas partes, pelo juiz e pela população. A proximidade física de uma das partes com o juiz, ambos representando o Estado, gera no imaginário popular a impressão de promiscuidade funcional, de contaminação da imparcialidade, não raro confirmado por conversas ao pé-do-ouvido entre o acusador e julgador.¹⁹⁵

A estrutura cênica das audiências, além de violar a injunção constitucional do tratamento igualitário/isonômico das partes e de refletir a inobservância do princípio da paridade de armas no processo penal, leva a uma confusão entre as figuras do acusador e do julgador, reforçando-se a estrutura inquisitória.

A separação entre juiz e acusador é fundamental para a configuração da opção constitucional pelo princípio acusatório, e esta separação deve ser respeitada no que se refere a todos os elementos capazes de interferir na percepção do leigo. A proximidade física do acusador com o juiz viola a “estética da imparcialidade”, já consagrada, como vimos, na jurisprudência do Tribunal de Direitos Humanos, isto é, uma “aparência” de estranhamento e afastamento de quem julga em relação a quem acusa.¹⁹⁶

¹⁹⁴ NICOLITT, André; CASARA, Rubens. O Supremo Tribunal Federal e a ADI 4768: onde deve sentar o promotor? Consultor Jurídico, [s. L.], 25 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-25/nicolitt-casara-stf-adi-4768-onde-sentar-promotor>. Acesso em: 9 out. 2020.

¹⁹⁵ CASARA, Rubens. Igualdade entre MP e defesa contribui para a Democracia. Consultor Jurídico, [s. L.], 29 jul. 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-jul-29/ministerio-publico-constituicao-busca-espaco-publico-republicano>. Acesso em: 9 out. 2020.

¹⁹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. Não percebemos o quanto o nosso processo penal é primitivo e inquisitório. Consultor Jurídico, [s. L.], 16 mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/limite-penal-processo-penal-brasileiro-primitivo-inquisitorio>. Acesso em: 9 out. 2020.

Nesse sentido, conclui Nicolitt que a “[...] imparcialidade desaparece do imaginário popular sempre que se reforça a imagem do acusador ao lado do juiz em uma espécie de parceria excludente [...]”.¹⁹⁷

A manutenção de posição cênica privilegiada à acusação é uma afronta ao princípio da isonomia e aos valores republicanos que vedam privilégios de agentes públicos e revela uma ideologia de casta incompatível com República.¹⁹⁸ Ademais, revela-se autoritária e discriminatória ao advogado, que é tão essencial à administração da Justiça quanto o *parquet*, autor da ação penal, não existindo uma hierarquia entre as funções de julgar, acusar e defender.¹⁹⁹

9 IMPUNIDADE: A LENDA URBANA EM TORNO DO JUIZ DE GARANTIAS E A CRIAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS NA LEI N° 13.964/2019

A principal crítica que se fez (e se faz) ao sistema acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz, umbilicalmente vinculada à imposição da imparcialidade, pois isso comprometeria a eficácia do combate ao crime.²⁰⁰ Este sempre foi o argumento que conduziu a atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se, por meio da Inquisição, um gravíssimo erro histórico. Leciona, Aury Lopes:

O mais interessante é que não aprendemos com os erros, nem mesmo com os mais graves, como foi a inquisição. Basta constatar que o atual CPP atribui poderes instrutórios para o juiz, a maioria dos tribunais e doutrinadores defende essa “postura ativa” (ativista) por parte do juiz (muitas vezes invocando a tal “verdade real”, esquecendo a origem desse mito e não percebendo o absurdo do conceito), proliferam projetos de lei criando juízes inquisidores e juízos de instrução.²⁰¹

¹⁹⁷ NICOLITT, André; CASARA, Rubens. O Supremo Tribunal Federal e a ADI 4768: onde deve sentar o promotor? Consultor Jurídico, [s. L.], 25 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-25/nicolitt-casara-stf-adi-4768-onde-sentar-promotor>. Acesso em: 9 out. 2020.

¹⁹⁸ COSTA, Eduardo Maia. Para a democratização da sala de audiência. Temas para uma perspectiva crítica do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 347-352.

¹⁹⁹ NICOLLIT, op. cit.

²⁰⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. Fundamentos do processo penal, uma introdução crítica. 6 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020. Formato digital. Não paginado.

²⁰¹ Ibid.

Dessa forma, os poderes do magistrado foram invadindo cada vez mais a esfera de atribuições reservada ao acusador, até o extremo de se reunir no mesmo órgão do Estado as funções que hoje competem ao Ministério Público e ao juiz.

Leciona Jacinto Coutinho que no sistema inquisitório há:

Quanto à gestão da prova (é por ela, sobretudo, que aporta o conhecimento e, portanto, está no centro do sistema), como se sabe, uma primazia absoluta ao juiz, senhor plenipotenciário do processo. Isso não significa, por óbvio, que as partes não possam produzir provas e que isso não seja uma medida salutar; significa, porém, que se as partes não o fizerem ele poderá/deverá fazê-lo; mas, sobretudo, que ele – juiz – pode decidir antes e, depois, testar sua decisão através do conhecimento recebido. Nessa altura, o processo é quase um jogo de cartas marcadas; e incompatível, de todo, com a democracia processual e a CR.²⁰²

Assinala, nesse sentido, Júlio J. B. Maier²⁰³ que a característica fundamental do sistema processual acusatório reside no equilíbrio e na divisão dos poderes que são exercidos ao longo do processo. A crítica serve tanto para a atribuição de poderes instrutórios ao juiz na fase de investigação preliminar como também quando ela é feita na fase pré-processual, admitindo que o juiz pratique atos de investigação. Geraldo Prado²⁰⁴ conclui que ao permitir ao magistrado que procure por algo, pode-se concluir que já é sabido o que se quer encontrar.

Em razão da necessidade de se afastar a falácia da busca da verdade real como legitimante da iniciativa probatória nas mãos do magistrado, Aury Lopes ensina que:

O ponto-chave é negar a ‘verdade’ como função do processo (até para fugir da armadilha do sistema inquisitório, fundado na busca da verdade). É uma ingenuidade que reflete a crença na onipotência do conhecimento jurídico moderno. A equação até então é (era): razão moderna + juiz + ritual judiciário = mito da verdade. É o mito fundador da sentença e até do processo (inquisitório) é a verdade. Daí por que desvelar é preciso, inclusive para, liberto da missão de revelador da verdade, caminhar em direção ao processo penal acusatório e democrático.²⁰⁵

²⁰² COUTINHO, Jacinto. Delação premiada: posição contrária. Carta Forense, São Paulo, 5 maio 2015. Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/delacao-premiada-posicao-contraria/13613>. Acesso em: 8 out. 2020.

²⁰³ MAIER, J. J. B. Derecho Procesal Penal. 1 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

²⁰⁴ PRADO, Geraldo. Processo Penal e garantias: Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan. Choukr. 2 ed. Local: Tirant, 2016.

²⁰⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processo Penal. 17. ed. Local: Editora, 2020. p. 575.

No que concerne ao juiz combatente do crime é preciso a elucidação trazida por Antonio Pedro Melquior e Rubens Casara:

Note-se que o ativismo judicial em matéria criminal é absolutamente prejudicial à tutela dos direitos fundamentais por várias razões. Ao transformar o Estado-juiz em agente de uma suposta ‘guerra contra o crime’, o ativismo desloca o lugar constitucionalmente demarcado para o discurso do julgador (locus da imparcialidade) possibilitando/ sugerindo a atuação abusiva do poder jurisdicional, ao mesmo tempo que fragiliza o regime de garantias constitucionais (que, nesse quadro, passam a ser percebidas como óbices à eficiência bélica).²⁰⁶

No sistema inquisitório, o juiz torna-se o comandante supremo do combate ao crime, portanto, um não-juiz, se se pensar na função jurisdicional e no princípio da imparcialidade assentado na Constituição da República.

O juiz das garantias, instituído pela Lei n° 13.964/2019, representa evidente evolução civilizatória e avanço democrático do processo penal brasileiro em direção a um paradigma de maior compromisso democrático. O modelo de juiz das garantias adotado no Brasil prestigia a estrutura acusatória e se afasta da figura do juiz de instrução, na medida em que traz a vedação à iniciativa do juiz na fase de investigação e à substituição da atuação probatória do órgão de acusação, ressaltando-se, portanto, a ausência de funções instrutórias do juiz das garantias²⁰⁷, por meio de um realinhamento constitucional do lugar do órgão jurisdicional na fase de investigação preliminar compatível à luz do paradigma processual acusatório, na perspectiva funcional de um juiz controlador da legalidade e garantidor dos direitos fundamentais, e não como investigador do caso penal.²⁰⁸

Como explica, Jacinto Coutinho:

Procura-se acabar, deste modo e de vez, com a sobreposição de funções entre o órgão jurisdicional e aquele acusador. Daí a criação de um juiz de garantias, na qual não atua senão para controlar eventual invasão indevida na esfera dos direitos e garantias individuais.²⁰⁹

²⁰⁶ CASARA, Rubens R. R.; Melquior, Antonio Pedro. Teoria do Processo Penal Brasileiro. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 193.

²⁰⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de Garantias: um nascituro estigmatizado. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.). 70 anos do Código de Processo Penal Brasileiro: balanço e perspectivas de reforma. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 308.

²⁰⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 123-124.

²⁰⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa. ed. Curitiba, v. 46, n. 183, p.103-115, 2009. p. 108.

O juiz de garantias atuaria por meio de provocação, sendo sua atuação contingente e excepcional, diferentemente da atual sistemática do Código de Processo Penal vigente, que prevê a possibilidade de o juiz requerer, de ofício, inclusive, a produção antecipada de provas, mesmo antes de iniciada a ação penal (art.156, I, do referido diploma legal).²¹⁰

O “juiz das garantias” promove, portanto, uma hermética distinção entre as seguintes fases procedimentais: investigação preliminar e recebimento da acusação *versus* instrução, debates e julgamento do caso. Explica Fabiano Silveira:

A separação física entre juiz da investigação e juiz do processo é resultado de um percurso evolutivo que tem início, historicamente, na descentralização das funções de julgar e acusar [...] Chegamos, então, a um nível de maior refinamento do processo penal acusatório, cuja estrutura aponta, por um lado, para a distinção dos papéis do juiz e do Ministério Público, e por outro, para a diferenciação interna do órgão judicial. Nos dois casos, fala mais alto o ideal de imparcialidade.²¹¹

Contudo, o juiz de garantias não só divide os órgãos jurisdicionais como também impede a comunicação direta entre os elementos produzidos em cada uma dessas etapas. Dessa forma, enquanto na fase de investigação e de recebimento da acusação, atuará o juiz de garantias, na fase de julgamento, o juiz de julgamento não receberá nem se contaminará pelo produzido na fase anterior.

Ressalvadas as “provas irrepetíveis” e as “medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas”, as quais deverão ser remetidas para apensamento em apartado (artigo 3º-C, § 3º, do CPP), os autos do inquérito policial não serão apensados ao processo e permanecerão acautelados na secretaria do Juízo das Garantias (CPP, art. 3-B, parágrafo terceiro), com acesso, exclusivo, às partes (CPP, art. 3-C, parágrafo quarto), como uma forma democrática de “[...] amenizar as deletérias consequências da permeabilidade inquisitória do processo penal em relação aos atos de investigação preliminar [...]”.²¹²

Somente assim, afirma Aury Lopes, estar assegurada a distinção entre atos de investigação e atos de prova e, por via de consequência, assegurado o direito de ser

²¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury; Ruiz Ritter. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 13, n. 73, p. 12-25, 2016.

²¹¹ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, As Cautelares e o Juiz das Garantias. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 46, n.183, p. 77-93, jul./set. 2009. p. 89.

²¹² QUEIROZ, David. A Permeabilidade do Processo Penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 189.

julgado com base em “prova”, produzida em contraditório judicial, em audiência pública e oral, abandonando-se o procedimento escrito/inquisitório em nome da oralidade que deverá presidir os pedidos.²¹³

O objetivo, mais uma vez, é o de impedir a contaminação da imparcialidade objetiva do órgão julgador decorrente da violação da originalidade cognitiva, a partir do conhecimento prévio (ou seja: antes do contraditório pleno e da ampla defesa) dos atos informadores do inquérito policial. Explica Daniel Oliveira:

Isto exige que reconheçamos todos, a inegável influência dos elementos colhidos na investigação sobre o julgamento final do processo e isto está para além de questionar a capacidade ou a idoneidade do órgão julgador, mas fazer valer a regra da separação de juízes, para fazer valer a imparcialidade.²¹⁴

Ao dispor sobre o “juiz de garantias”, a nova Lei estabelece uma hipótese de cisão de competência funcional do juízo por fase do processo e de impedimento decorrente dessa divisão, isto é, a competência do “juiz das garantias” finda ao ser recebida a denúncia e ou queixa (art. 3- A, CPP), de modo que o juiz que atua na fase preliminar de investigação e admissibilidade da acusação não terá competência funcional para atuar no processo, porquanto, objetivamente impedido de instruir e julgar as ações penais dela originada, sob pena de nulidade de suas decisões. Dito de outro modo: o magistrado que figurou no “juízo de garantia” não pode atuar no mesmo caso no “juízo de julgamento”, sob pena de nulidade (art. 3 -D, CPP). Como afirma, Lenio Streck: “[...] despidendo dizer que o juiz das garantias é garantia de imparcialidade objetiva e que o juiz das garantias garante a não contaminação da segunda fase (instrução processual) [...]”.²¹⁵

Nesse sentido, salienta o professor lusitano Sousa Mendes que, no tocante à competência funcional, há de se “[...] intervir no processo pelo menos dois juízes, um

²¹³ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre de Moraes da. Entenda o impacto do Juiz de Garantias no Processo Penal. Consultor Jurídico, [s. L.], 27 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>. Acesso em: 9 out. 2020.

²¹⁴ OLIVEIRA, Daniel Kessler de. A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 245.

²¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo. Consultor Jurídico, [s. L.], 2 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>. Acesso em: 8 out. 2020.

para a fase de investigação e outro para a fase de julgamento [...]”, sem o que restaria prejudicada a garantia da independência judicial.²¹⁶

No dia 22 de janeiro de 2020, a disciplina legal do “juiz das garantias” teve eficácia suspensa por decisão liminar do Min. Luiz Fux proferida, em 15 de janeiro de 2020, em sede de Medida Cautelar na ADI 6298/2019 (julgamento *ad referendum* do Tribunal Pleno).

11 JUIZ DE GARANTIAS E JUIZ DE INSTRUÇÃO: UMA DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA E O JUIZ INSTRUTOR NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL ESTRANGEIRA

O juiz de garantias da fase de investigação não se confunde com o juiz de instrução ou juiz investigador, sendo o primeiro responsável pelas decisões acerca de medidas restritivas de direitos fundamentais requeridas pelo investigador (polícia ou Ministério Público) e que ao final recebe ou rejeita a denúncia, sem poderes instrutórios/de ofício ou iniciativa probatória.²¹⁷

11.1 O MODELO JURISDICIONAL NA FASE DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: JUIZ DE INSTRUÇÃO

Como visto nos capítulos anteriores, o Código Napoleônico de 1808 influenciou sobremaneira os ordenamentos jurídicos da Europa e o juiz assume, nessa fase, o papel de investigador, com ampla atuação de ofício, em vez de garante, tal como a figura do juiz de garantias.²¹⁸ Fixou-se, dessa maneira, em quase todo o continente europeu a figura do juiz instrutor, titular da instrução preliminar, encarregado da investigação e incompetente para a formulação da acusação.²¹⁹

Aury Lopes afirma que originariamente a figura do juiz instrutor estava intimamente ligada ao juiz inquisidor, porque, inicialmente, o juiz instrutor “[...] atuava como parte, investigando, dirigindo, acusando e julgando [...]”. Entretanto, não se pode

²¹⁶ MENDES, Paulo de Sousa. Lições de Direito Processual Penal. Coimbra: Almedina, 2013, p. 111.

²¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar. 6 ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

²¹⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. Curitiba: Juruá, 2008.

²¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

indicar o juiz instrutor como puro inquisidor, principalmente porque ele não mais acusa, “[...] mas não se pode negar que ainda permanecem rasgos da figura inquisidora, inerente à própria posição de investigador [...]”.²²⁰

A figura do juiz instrutor foi gradualmente proscrita de quase todos os ordenamentos jurídicos dos países europeus, restando albergada apenas na legislação francesa e espanhola.

11.1.1 França

Na França, o juizado de instrução tem raízes históricas que “[...] fincaram-se desde a entrada em vigor do Código Napoleônico de 1808 [...]”.²²¹ Segundo Dervieux:²²²

O processo penal francês se desenrola em três estágios: primeiro, investigação e instauração dos procedimentos; depois, segue-se a instrução; e finalmente o julgamento. A fase investigativa é aberta a partir da notícia da infração, uma provocação da vítima ou por informações das polícias ou do Ministério Público. No caso de um crime ou delito existe o flagrante, e inúmeros poderes são conferidos à polícia. O estágio de instrução difere caso se trate de um delito ou um crime (situação na qual ela é obrigatória).

Nos casos de delito, a instrução é facultativa e nas contravenções é excepcional.²²³

Dessa maneira, a investigação preliminar é realizada pelo juiz de instrução, a quem compete a tarefa de averiguar o fato e a participação do sujeito passivo. A fase investigativa é aberta a partir da provocação da vítima ou por informações da polícia ou do Ministério Público.²²⁴ Se for um crime, o Procurador da República invoca o juiz de instrução por meio de um requerimento formal no qual se pleiteia a investigação precisa dos fatos. Nos casos de delito, a instrução é facultativa e nas contravenções é excepcional.²²⁵

²²⁰ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 64.

²²¹ CHOUKR, Fauzi. Garantias constitucionais na investigação preliminar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 38.

²²² DERVIEUX, O sistema francês. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). Processos penais da Europa. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p 171-174, 2005. p. 54.

²²³ Ibid.

²²⁴ DERVIEUX, O sistema francês. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). Processos penais da Europa. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p 171-174, 2005. p. 177.

²²⁵ Ibid.

Conforme Dervieux, o juiz de instrução assume dupla função, de investigador e juiz:

Como investigador ele está encarregado de recolher as provas da infração, de elucidar a autoria e formalizar os autos. Como juiz, ele pode requisitar o emprego da força pública e decide sobre a realização de exames, mas, eventualmente, da colocação de pessoa investigada em detenção provisória ou sob o controle judiciário. Uma vez que os autos estejam formalizados, ele determina as imputações e decide, à vista dos requerimentos do Ministério Público, seja pelo encaminhamento da pessoa a jurisdição de julgamento, seja pela decisão de não processar.²²⁶

Conforme o artigo 81 do Código de Processo Penal francês, o juiz de instrução deverá proceder de acordo com a lei, recolhendo todas as informações que considere útil à manifestação da verdade, (Article 81: “Le juge d’instruction procede, conformément à la loi, à tous les actes d’information qu’il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et a décharge”)²²⁷ inclusive “[...] sobre a personalidade do sujeito passivo e aqueles elementos que possam servir para a defesa. Investiga sobre os fatos materiais e também sobre a personalidade do autor [...]”.²²⁸

O juiz de instrução deve investigar em favor da acusação e da defesa, pessoalmente ou por meio de um oficial de polícia que age como seu agente em comissão rogatória, segundo o artigo 151 do Código Processual francês. (Art.151: “Le juge d’instruction peut requérir par commission rogatoire tout juge de son tribunal, tout juge d’instruction ou tout officier de police judiciaire, qui en avise dans ces cas le procureur de la République, de proceder aux actes d’information qu’il estime nécessaires dans les lieux où chacun d’eux est territorialement competente [...]”).

A Lei n° 200-516, de junho de 2000, criou uma outra figura que passou a atuar na fase de investigação preliminar, é o juiz das liberdades e da detenção. Este é competente para determinar a custódia ou sua prorrogação, caso ela já tenha sido decidida. O juiz das liberdades e da detenção divide com o juiz de instrução “[...] o poder de ordenar medidas restritivas e de libertar às pessoas previamente custodiadas [...]”.²²⁹

²²⁶ DERVIEUX, O sistema francês. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). Processos penais da Europa. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p 171-174, 2005. p. 164.

²²⁷ FRANÇA. Código de Processo Penal. Section 1. França: Légifrance. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000038369344/ Acesso em: 8 out. 2020

²²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 219.

²²⁹ DERVIEUX, op. cit., p. 164.

Não obstante a influência histórica do juiz instrutor, o *juge des libertès et de la détention* representa um contraponto aos poderes do juiz instrutor, em que lhe cabe a última palavra quanto à restrição da liberdade na fase de investigação preliminar, demonstrando que há uma evidente tendência na França de se diminuir ou até mesmo extirpar os poderes instrutórios do juiz, passando a instrução ficar a cargo, exclusivamente, do Ministério Público. Contudo, permanece o juiz de instrução “[...] atuante em destacada minoria de casos, nada obstante os mais importantes [...]”²³⁰.

11.1.2 ESPANHA

O processo penal espanhol é redigido pela *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882, que desde sua vigência sofreu diversas modificações, sobretudo, após a promulgação da Constituição da Espanha, em 1978.

A fase de investigação preliminar é presidida pelo juiz de instrução com poderes investigativos, “[...] atuando de ofício e sem estar vinculado a petições do Ministério Público e ou da Defesa que são meros colaboradores [...]”²³¹. Segundo Aury Lopes:

Com a conclusão da fase de instrução preliminar, decidindo o juiz que há elementos suficientes, (auto de conclusión del sumario), ele o remeterá para o tribunal competente para processar e julgar, comunicando o Ministério Público e o acusado. Com a conclusão dá-se início à fase intermediária que não mais se desenvolve junto ao juiz instrutor e poderá levar à abertura do júízo oral ou ao arquivamento.²³²

Os poderes do juiz de instrução vêm sendo reduzidos, como ocorre na França, privilegiando uma atuação maior do Ministério Público na fase de instrução preliminar. Como se passa a expor, começa-se a delinear os contornos da atuação do juiz na fase de investigação preliminar como garantidor de direitos fundamentais e não mais como investigador.

²³⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. As reformas pontuais do Código de Processo Penal. Revista Âmbito Jurídico, São Paulo, 28 fev. 2000. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/as-reformas-pontuais-do-codigo-de-processo-penal/>. Acesso em: 8 out. 2020.

²³¹ LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 208.

²³² Ibid., p. 208.

12 BREVES NOTAS SOBRE O JUIZ DAS GARANTIAS NO MODELO PROCESSUAL DOS PAÍSES DA EUROPA

A partir da década de 1970, evidencia-se nas legislações processuais europeias uma tendência a se eliminar a figura do juiz instrutor e atribuir, exclusivamente, ao Ministério Público a direção da fase de investigação preliminar, retirando do magistrado poderes instrutórios, de ofício, afastando-o da atividade da colheita de elementos informativos destinados a fundamentar a propositura da ação penal. Esse deslocamento de funções redefiniu o papel do juiz na fase de investigação rumo à consolidação do sistema acusatório.²³³

12.1 ALEMANHA

O Código de Processo Penal alemão data de fevereiro de 1877 e, desde sua publicação, passou por diversas alterações que ensejaram uma nova publicação em 1975. A Alemanha foi o primeiro país do continente europeu a extirpar a figura do juiz instrutor ao romper com o sistema napoleônico, delegando, exclusivamente, ao Ministério Público a direção da fase de investigação preliminar. Segundo Aury Lopes: “[...] o promotor deverá verificar não só as circunstâncias que sirvam para demonstrar a responsabilidade penal, mas também aquela que esculpe o sujeito passivo [...]”.²³⁴

A lei prevê que o papel do juiz na fase de investigação é garantir os direitos individuais do investigado “[...] tismados pela atividade investigativa [...]”, a quem “[...] o promotor requer as medidas investigativas que reputa necessárias [...]”. Isto é, determinados atos de investigação que afetem a liberdade individual devem ser autorizados pelo juiz sem, contudo, adentrar no seu mérito.²³⁵

Não há no ordenamento jurídico alemão uma regra que impeça o juiz que atuou na fase de investigação ser o mesmo juiz da sentença. O que pode ocorrer é a recusa

²³³ ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. Curitiba: Juruá, 2008.

²³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 228.

²³⁵ PIMENTEL, José Eduardo de Souza. A reforma do Código de Processo Penal. Análise crítica ao PL n 156/09 do Senado. Jus.com.br, [s. L.], abr. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18931/a-reforma-do-codigo-de-processo-penal>. Acesso em: 8 out. 2020.

do juiz, sob o argumento de suspeita de parcialidade, havendo, nesse caso, a necessidade de um exame caso a caso.²³⁶

12.2 PORTUGAL

O novo Código de Processo Penal português, de 1987, seguiu o modelo alemão e também sofreu influências das discussões que se passaram com o Código de Processo Penal italiano.²³⁷

O Código de 1987 delimitou as funções do Ministério Público, do juiz da fase de instrução e do juiz do julgamento.

O Ministério Público preside o inquérito, constitucionalmente incumbido do exercício da ação penal, nos termos do artigo 53 desse código (“Art. 53 – Compete em especial ao Ministério Público: a) receber as denúncias, as queixas, e as participações e apreciar o seguimento a dar-lhes; b) dirigir o inquérito; c) deduzir acusação e sustentá-la efetivamente na instrução e no julgamento; [...]”).²³⁸

Ao juiz da fase de investigação, compete, nos termos do artigo 268 do Código de Processo Penal português²³⁹:

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.

²³⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. Curitiba: Juruá, 2008.

²³⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 235.

²³⁸ PORTUGAL. Código de Processo Penal. Portugal: Diário da República n.º 40/1987, Série I de 1987. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/139876418/202011121736/73861834/diploma/indice>. Acesso em: 8 out. 2020

²³⁹ Ibid.

Segundo Aury Lopes, “[...] apesar da aparente atividade instrutória do juiz, na verdade o protagonismo é do promotor e que não existe a figura do juiz instrutor prevalecendo a postura garantista [...]”.²⁴⁰ No mesmo sentido, Pimentel, afirma que “[...] nada obstante à sua existência, o juiz de instrução atua como verdadeiro juiz das garantias, pois sua função é reconhecidamente passiva, eis que atua como garantidor de direitos e sem iniciativa processual própria [...]”.²⁴¹

É importante frisar que nos termos do artigo 40 do Código português, o juiz de instrução está impedido de julgar:

Artigo 40 impedimento por participação em processo – nenhum juiz pode intervir e julgamento, recurso ou pedido de revisão relativos a processo em que tiver: a) aplicado medida de coacção prevista nos artigos 200 a 202; 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.²⁴²

Nesse sentido, nota-se a consonância com a doutrina do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que impede o juiz prevento de atuar na fase processual por haver praticado atos ou decidido sobre questões incidentais do inquérito, restando sua imparcialidade comprometida.²⁴³

O artigo 269 arremata os atos de investigação de competência do juiz de instrução:

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

²⁴⁰ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 237.

²⁴¹ PIMENTEL, José Eduardo de Souza. A reforma do Código de Processo Penal. Análise crítica ao PL n 156/09 do Senado. Jus.com.br, [s. L.], abr. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18931/a-reforma-do-codigo-de-processo-penal>. Acesso em: 8 out. 2020.

²⁴² PORTUGAL. Código de Processo Penal. Portugal: Diário da República n.º 40/1987, Série I de 1987. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/139876418/202011121736/73861834/diploma/indice>. Acesso em: 8 out. 2020

²⁴³ LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 238.

Dessa forma, o juiz português segue o modelo alemão no tocante ao papel do juiz na fase de investigação como garantidor de direitos, mas diverge do juiz alemão no tocante à sua impossibilidade de ser o juiz da sentença.

12.3 ITÁLIA

A Itália passou por uma reforma processual em 1987/1988 que culminou com a entrada em vigor de seu *Codice di Procedura Penale*, em 1989, despojando-se da ideologia fascista do Código Rocco de 1930.

Segundo Ferrajoli, o Código de Processo Penal de 1989 estabeleceu um autêntico processo de partes numa “[...] 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 [...]”. Diz Ferrajoli:

Em Italia la reforma del CPP de 1989 se decantó por uma clara aproximación al sistema acusatório “puro” sustentado em dos pilares: la estricta separación entre las funciones del fiscal y del tribunal, propiciando um autêntico “processo de partes”, y la clara diferenciación entre fase previa al juicio y fase judicial.²⁴⁴

No novo Código, a figura do juiz instrutor foi substituída pelo *giudice per le indagini* preliminar, que não realiza atos instrutórios, e sim, garante a legalidade da investigação. Ao juiz garante, compete o controle das medidas restritivas de direitos fundamentais do investigado, tais como as cautelares e as interceptações telefônicas, o controle da duração da investigação preliminar e a garantia da forma antecipada de prova.

Nos termos do artigo 326 do Código de Processo Penal, a fase de investigação preliminar é concebida como as investigações realizadas pelo Ministério Público tendo à sua disposição a polícia judiciária.²⁴⁵

²⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do garantismo penal. 3 ed. ver e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 677.

²⁴⁵ Art. 326 (finalità delle indagini preliminari) 1. Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell’ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale. ITÁLIA. Código de Processo Penal. Itália: Studio Cataldi. 1989. Disponível em: <https://www.studiocataldi.it/codiceprocedurapenale/indagini-disposizioni-generalis.asp>. Acesso em: 8 out.2020

De acordo com o artigo 34, 2-bis do *Codice di Procedura Penale*, a regra é que o juiz que atue na fase de investigação está impedido de ser o juiz da fase processual, assim como o juiz português. Aury Lopes afirma que juiz preventivo é juiz contaminado e, por isso, não pode julgar, ainda cita a sentença da Corte Costituzionele número 432, de setembro de 1995, para ratificar essa posição.²⁴⁶

13 BREVES NOTAS SOBRE O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL REFORMADO DA AMÉRICA LATINA

Os reflexos das reformas processuais nos países europeus projetaram-se na América Latina, reclamando novas reformulações, iniciando, no final dos anos 90 e na primeira década deste século, um movimento reformista orientado à estruturação acusatória do processo penal. Segundo Júlio Mayer, essas reformas tiveram o objetivo de erradicar, definitivamente, os diplomas legislativos de matriz inquisitorial introduzidos no continente como consequência da colonização espanhola e que predominaram no continente desde o século XVIII, permanecendo inalteradas mesmo após a promulgação das Constituições de matriz liberal, no curso do século XX.²⁴⁷ Um dos mais perceptíveis resultados desse movimento reformista foi a substituição do juiz de instrução pelo denominado juiz de garantias. Como se passa a seguir num breve panorama das reformas processuais penais nos países latino-americanos, com destaque para a fase investigatória.

13.1 ARGENTINA

O ponto fulcral deste movimento reformista foi o Código de Processo Penal da Província de Córdoba, na Argentina, sancionado em 1939, e que recebeu os influxos da legislação iluminista da Europa Continental. Segundo Mayer, a legislação processual cordobesa significou a superação da matriz espanhola inquisitória, influenciada, marcadamente, pelos Códigos de Processos italianos de 1913 e 1930, pela *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882 e pela *Ordenanza processual alemã*. A

²⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 224.

²⁴⁷ MAYER, Julio; STRUENSEE, Eberhard. Introducción. In: MAYER, Julio; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. (Coord.). Las Reformas procesales penales en América Latina. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 17.

partir do Código de Processo Penal da Província de Córdoba foi redigido o Código Processual Penal modelo Ibero-americano, no qual se baseou a reforma processual que se seguiu à incipiente democratização dos países da região nas décadas de 1980 e 1990, dentre eles Guatemala (1992), Costa Rica (nova reforma, 1996), Chile (2000), Venezuela (1998), Paraguai (1998) e Bolívia (1999).²⁴⁸

Em países como Chile, Paraguai e Colômbia, assim como em algumas províncias argentinas, dentre elas a capital federal Buenos Aires, com o objetivo de se aproximar do sistema acusatório, as novas legislações optaram, como leciona Falcone e Medina, na fase investigatória, a atribuição das funções investigatórias ao Ministério Público, com o consequente afastamento do juiz dos poderes instrutórios, significou a inserção de um controle jurisdicional na fase pré-processual.²⁴⁹

13.2 PARAGUAI

A reforma processual do Paraguai em 1988 redesenhou o papel do juiz na fase de investigação como “[...] el ultimo garante y refugio de los imputados [...]”²⁵⁰, sem poderes instrutórios/de ofício e atribuindo ao Ministério Público a responsabilidade da investigação com o auxílio de seus “[...] agentes fiscales, asistentes fiscais e otros funcionarios junto a sus órganos auxiliares que son la Policía nacional y la Policía Judicial, de necesaria creación [...]”.²⁵¹ Assinala, Duarte:

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,

²⁴⁸ MAYER, Julio; STRUENSEE, Eberhard. Introducción. In: MAYER, Julio; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. (Coord.). Las Reformas procesales penales en América Latina. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 23-29.

²⁴⁹ FALCONE, Roberto A.; MADINA, Marcelo A. El proceso penal en la provincia de Buenos Aires. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007. p. 87. A propósito, consta da Nota de Elevación do anteprojeto do Código de Processo Penal da Província de Buenos Aires (publicada pelo Senado da Província de Buenos Aires, La Plata, junho de 1996, p. 196 e sec., apud: BERTOLINO, Pedro J. El juez de garantías en el Código Procesal Penal de la Província de Buenos Aires. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 7: “procura de conferir el más alto grado de garantismo, se ha delineado la creación y actuación de un juez de garantías, presente a lo largo de toda la etapa de investigación penal preparatoria, como custodio de las reglas del debido proceso y del derecho a una adecuada defensa en juicio de las personas sometidas a persecución penal.”.

²⁵⁰ DUARTE, Christian Bernal. Reforma del Proceso Penal en Paraguay y el Juez de Garantías y sus funciones. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). O novo Processo Penal à luz da Constituição. Análise crítica do projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p 177.

²⁵¹ Ibid., p 178.

aplicación de mecanismos de control relativos a la duración del proceso incorporación de mecanismos de control relativos a la duración del proceso, incorporación del juicio oral como acto central del procedimiento.²⁵²

E continua,

Em la etapa preparatória se espera que ele juez penal assuma uma posição de garante de los derechos del imputado, contra cualquier posibilidad de abuso o violaciones por parte de los acusadores o sus organos auxiliares, nunca debe assumi funciones persecutorias o de investigación.²⁵³

O juiz de garantias paraguaio está impedido, por lei, de ser o juiz da fase processual, isto é, de atuar como julgador do fato que teve contato na etapa preparatória, assim como, na Itália e Portugal.

13.3 CHILE

O Chile é o país referência em termos de reformas processuais no continente latino-americano; ao pretender uma aproximação ao modelo acusatório, trouxe a recriação do Ministério Público, que havia sido extinto no país em 1927.²⁵⁴ A criação do juiz de garantias, ao qual compete a proteção dos direitos do investigado e o controle da legalidade da investigação, de atribuição do Ministério Público, teve como consequência um novo Código de Processo Penal que estruturou a fase de julgamento sobre os princípios de oralidade e de publicidade, realizado perante um tribunal composto por três juízes que não tenham participado da fase pré-processual.

13.4 COLÔMBIA

A reforma processual penal da Colômbia, datada de 1991, também merece referência, ocorreu no mesmo ano em que foi promulgada a Constituição Federal do país. O novo Código de Processo Penal estabelece um procedimento em que a primeira fase se constitui em uma investigação prévia facultativa e por uma instrução

²⁵² Ibid., p. 173.

²⁵³ DUARTE, Christian Bernal. Reforma del Proceso Penal en Paraguay y el Juez de Garantías y sus funciones. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). O novo Processo Penal à luz da Constituição. Análise crítica do projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 177.

²⁵⁴ RIEGO, Cristián. Chile. In: MAYER, Julio; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan (Coord.). Las Reformas procesales penales en América Latina. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 169.

obrigatória, ambas conduzidas pelo Ministério Público, sob a fiscalização e o controle do juiz de garantias, cuja atuação se restringe à fase preliminar.²⁵⁵

CONCLUSÃO

A nossa sistemática processual penal inquisitória que se retira do Código de Processo Penal de 1941, deita raízes na ditadura do Estado Novo e no fascismo italiano, em permanente incompatibilidade com a Constituição da República de 1988 que reclama um processo penal nos moldes do sistema acusatório, posto que, o processo penal democrático/garantista trazido pelo texto constitucional é incompatível com o decisionismo/solipsismo inquisitório.

O nosso sistema processual penal, dito misto, reformado ou napoleônico, insere-se na laicização do inquisitorialismo, mostrando-se, desde sempre, uma fraude à democracia processual e por meio de uma visão equivocada e reducionista, acaba-se desconectando a problemática dos sistemas processuais da questão da imparcialidade do juiz, não levando em consideração que a imparcialidade é uma construção técnica artificial do sistema acusatório, razão pela qual se busca mecanismos para garanti-la. Isso porque boa parte da doutrina brasileira ainda reproduz o senso comum teórico da neutralidade/imparcialidade do sujeito, que prevalece no paradigma newtoniano-cartesiano, não reconhecendo sequer a superação.

O percurso da evolução civilizatória do processo penal que se inicia, historicamente, com a separação inicial das funções de acusar e julgar, exige, a atribuição de competência na fase do processo a magistrado distinto daquele da fase de investigação.

O juiz de garantias já é realidade banal nos países democráticos, dignos do nome, mas o principal obstáculo à implementação do juiz de garantias no Brasil, não é de natureza estrutural - resolvida em todos os países que se propuseram a instituí-lo - mas o obstáculo imposto por uma cultura/mentalidade inquisitória que sustenta um modelo de juiz plenipotenciário, que decide antes e depois vai em busca do conhecimento que justifique a decisão já tomada.

²⁵⁵ PERRALTA, Oscar Julián Guerrero. Colômbia. In: MAYER, Julio; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. (Coord.). Las Reformas procesales penales en América Latina. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 197.

O Código de Processo Penal vigente, de 1941, em que pese submetido a diversas reformas parciais, mantém hígida a base inquisitória, porque reformas são feitas pelas mudanças, que, de fato, só se darão quando mudar a base epistemológica que passa, necessariamente, pelo lugar que o juiz ocupa no processo. A tarefa é compatibilizar, de um lado, uma Constituição democrática e, de outro, um Código autoritário, antiliberal e antidemocrático.

Por isso, defende-se a criação do instituto do juiz de garantias, como forma de fundamento democrático do processo penal e rompimento com a epistemologia inquisitória. O juiz de garantias exige na fase de investigação um reposicionamento do juiz penal que é despido de iniciativa e poderes instrutórios/iniciativa probatória, passando a ser o garante jurídico-constitucional da presunção de inocência e fiscalizador da legalidade dos atos de investigação.

Este reposicionamento do juiz não se restringe à fase de investigação, pois a criação do juiz de garantias prevê, ainda, a inversão da atual regra de fixação da competência pela prevenção, pois torna impedido de atuar na fase processual, o juiz que atuou na fase de investigação preliminar.

Desse modo, há limitação de poderes do juiz na fase processual, isto é, o juiz da sentença não tem acesso ao que foi produzido na fase anterior, como forma de assegurar a originalidade cognitiva do órgão julgador – imposição da imparcialidade – e, portanto, a máxima eficácia do contraditório e do devido processo legal. O instituto do juiz de garantias é imprescindível à consolidação da democracia processual e do processo penal acusatório, consagrado na Constituição da República de 1988, cuja pedra de toque está radicada na imparcialidade do órgão julgador.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Giorgia. *Il Processo penale*. 1 ed. Itália: Laterza. p. 51.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

ROCCO, Alfredo. *Lavori preparatori del código penale e del código di procedura penal*. v. 8. Roma: Tipografia della Camera dei Deputati, 1930. p. 40.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há o juiz de garantias. *Badaró Advogados* [s. L.], 2011. Disponível em:

<http://badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em: 8 out. 2020.

BARREIROS, José Antônio. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 11-14.

BERTOLINO, Pedro J. *El juez de garantías en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRASIL. *Decreto no 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília: Planalto, 6 jul. 1992. Anexo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 8 out. 2020.

CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do Decreto-Lei número. 3.689, de 03 de outubro de 1941*. São Paulo: Saraiva, 2020.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. São Paulo: Ebooks Brasil, 2002.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASARA, Rubens R. R.; Melquior, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 193.

CASARA, Rubens. Igualdade entre MP e defesa contribui para a Democracia. *Consultor Jurídico*, [s. L.], 29 jul. 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-jul-29/ministerio-publico-constituicao-busca-espaco-publico-republicano>. Acesso em: 9 out. 2020.

CHOUKR, Fauzi Hassan. As reformas pontuais do Código de Processo Penal. *Revista Âmbito Jurídico*, São Paulo, 28 fev. 2000. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/as-reformas-pontuais-do-codigo-de-processo-penal/>. Acesso em: 8 out. 2020.

CHOUKR, Fauzi. *Garantias constitucionais na investigação preliminar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). *Pacto de San José da Costa Rica*. Costa Rica: Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969. In: SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Tratado Internacional. São Paulo: PGE-SP, [201-]. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 8 out. 2020.

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

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. v. 1, 1 ed. Espanha: Temis, 2013.

COSTA, Eduardo Maia. *Para a democratização da sala de audiência. Temas para uma perspectiva crítica do direito*. São Paulo: Lumen Juris, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*. ed. Curitiba, v. 46, n. 183, p.103-115, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. *Empório do Direito*, São Paulo, 23 abr. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais>. Acesso em: 8 out. 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, dez. 1998. ISSN 2236-7284, p. 4. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892>. Acesso em: 6 maio 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Nota Dez Editora, n. 1, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa da (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

COUTINHO, Jacinto. Delação premiada: posição contrária. *Carta Forense*, São Paulo, 5 maio 2015. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/delacao-premiada-posicao-contraria/13613>. Acesso em: 8 out. 2020.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. 4. ed. Tradução. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 355.

DERVIEUX, O sistema francês. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos penais da Europa*. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p 171-174, 2005.

DUARTE, Christian Bernal. Reforma del Proceso Penal en Paraguay y el Juez de Garantías y sus funciones. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O novo Processo Penal à luz da Constituição. Análise crítica do projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FALCONE, Roberto A.; MADINA, Marcelo A. *El proceso penal en la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 1o. ed. Espanha: Editoroial Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 3 ed. ver e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FESTINGER, Leon. *Teoria da Dissonância cognitiva*. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 66.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Barcelona: Bosch Editorial, 1933.

FRANÇA. *Código de Processo Penal*. Section 1. França: Légifrance. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000038369344/ Acesso em: 8 out. 2020

GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de Garantias: um nascituro estigmatizado. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.). *70 anos do Código de Processo Penal Brasileiro: balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 308.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 8 ed. Lisboa: Calouste, 2008. p. 209-210.

GLOECKNER, Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal brasileiro*. São Paulo: Lumens Juris, 2018.

GLOECKNER, Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: JusPodivm, 2013.

ILLUMINATI, Giulio. *El sistema acusatorio en Italia*. 1. ed. Madri: Marcial Pons, 2018.

ITÁLIA. *Código de Processo Penal*. Itália: Studio Cataldi.1989. Disponível em: <https://www.studiocataldi.it/codiceprocedurapenale/indagini-disposizioni.generalisp.asp>. Acesso em: 8 out.2020

KHALED JR, Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório? *Revista de ciências sociais, Florianópolis* v. 10 n. 2, p. 293-308, 2010.

LE GOFF, Jacques. *O apogeu da cidade medieval*. Trad. Antônio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 4. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. Formato digital. Não paginado.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Comentários a um acórdão: o processo Lula no TRF4*. São Paulo: Outras Expressões, 2018.

LOPES JÚNIOR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JÚNIOR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. v. 11, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 162.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. Local: Editora, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Formato digital. Não paginado.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 123-124.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: uma introdução crítica*. São Paulo: Saraiva Jur., 2017. Formato digital. Não paginado.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury. Não percebemos o quanto o nosso processo penal é primitivo e inquisitório. *Consultor Jurídico*, [s. L.], 16 mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/limite-penal-processo-penal-brasileiro-primitivo-inquisitorio>. Acesso em: 9 out. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. Sistema de nulidades “a la carte” precisa ser superado. *Consultor Jurídico*, [s. L.], 5 de set. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal#:~:text=Regra%20b%C3%A1sica%3A%20o%20que%20foi,contr%C3%A1rio%2C%20nulidade%20deve%20ser%20reconhecida...> Acesso em: 8 out. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. Teoria geral do processo é danosa para a boa saúde do processo penal. *Consultor Jurídico*, [s. L.], 27 jun. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-bo-saude-processo-penal>. Acesso em: 8 out. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 7 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre de Moraes da. Entenda o impacto do Juiz de Garantias no Processo Penal. *Consultor Jurídico*, [s. L.], 27 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>. Acesso em: 9 out. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no processo penal. *Consultor Jurídico*, [s. L.], 29 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>. Acesso em: 8 out. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; Ruiz Ritter. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 73, p. 12-25, 2016.

LOPEZ JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPEZ, Aury. *Fundamentos do processo penal: uma introdução crítica*. São Paulo: Saraiva Jur. 2017. Formato digital. Não paginado.

LOPEZ JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPEZ, Aury. Sistema de nulidades a la carte precisa ser superado. *Consultor Jurídico*, São Paulo, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal>. Acesso em: 8 out. 2020

MACHADO, André Maya. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, [s. L.], v. 23, n. 1, p. 71-88, jan./abr., 2018.

MAIER, J. J. B. *Derecho Procesal Penal*. 1 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*. 2 ed. Local: Zahar, 1997. p. 124.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal: Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 237.

MAYER, Julio; STRUENSEE, Eberhard. Introducción. In: MAYER, Julio; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. (Coord.). *Las Reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 23-29.

MEDEIROS, Jarbas. Introdução ao Estudo do Pensamento Político Autoritário Brasileiro 1914/1945. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 17, p. xx-xx, 1974. p. 79.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. Formato digital. Não paginado.

MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2013.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 30, p. 163-198, 1998.

NICOLITT, André; CASARA, Rubens. O Supremo Tribunal Federal e a ADI 4768: onde deve sentar o promotor? *Consultor Jurídico*, [s. L.], 25 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-25/nicolitt-casara-stf-adi-4768-onde-sentar-promotor>. Acesso em: 9 out. 2020.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. *A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PEREIRA, A. W. *Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, Chile e Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PERRALTA, Oscar Julián Guerrero. Colômbia. In: MAYER, Julio; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. (Coord.). *Las Reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. A reforma do Código de Processo Penal. Análise crítica ao PL n 156/09 do Senado. *Jus.com.br*, [s. L.], abr. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18931/a-reforma-do-codigo-de-processo-penal>. Acesso em: 8 out. 2020.

POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas processuais penais*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 98.

PORTUGAL. *Código de Processo Penal*. PORTUGAL. Código de Processo Penal. Portugal: Diário da República n.º 40/1987, Série I de 1987. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/>

PRADO, Geraldo. *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRADO, Geraldo. *Processo Penal e garantias: Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr*. 2 ed. São Paulo: Tirant, 2016.

QUEIROZ, David. *A Permeabilidade do Processo Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

RIEGO, Cristián. Chile. In: MAYER, Julio; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan (Coord.). *Las Reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

SANTOS, Rogério Dultra dos. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal do Brasil. *DADOS: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v.50, n. 2, pp. 281-323, 2007.

SCHMITT, Carl. *Sobre el parlamentarismo*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1990.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHUNEMANN, Bernd. *Estudos de direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVEIRA FILHO, Lourenço. *Introdução ao Direito Processual Penal*. 3. ed. São Paulo: Tirant, 2015.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, As Cautelares e o Juiz das Garantias. *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, v. 46, n.183, p. 77-93, jul./set. 2009. p. 89.

SORRENTINO, Tommaso. *Storia del processo penale*. 1 ed. Itália: Rubbettino, 1999.

SOUZA NETO Cláudio Pereira de; NETO, Daniel Sarmento. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Formato digital. Não paginado.

SOUZA NETO Cláudio Pereira de; NETO, Daniel Sarmento. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Formato digital. Não paginado.

STRECK, Lenio Luiz. Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo. *Consultor Jurídico*, [s. L.], 2 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>. Acesso em: 8 out. 2020.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.