Hélcio Corrêa

"JUIZ DAS GARANTIAS": inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia

GUARANTEE JUDGE: scientific inconsistency, pure ideology – as if the judge himself did not represent any guarantee

Abel Fernandes Gomes

RESUMO

Afirma que a criação do denominado "juiz das garantias", estrutural mudança trazida pelo PLS 156/2009, vem sendo abordada com otimismo e como forma de redenção do processo penal brasileiro, no que concerne à maior isenção do magistrado que estará encarregado de proferir a sentença.

Avalia, contudo, que o instituto carece de consistência científica, é incongruente com suas declaradas razões de ser, e culmina por retratar apenas uma ideologia, não justificando o custo de tamanha e complicada alteração em nosso Direito.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Penal; juiz das garantias; PLS 156/2009; Constituição de 1988; inconsistência científica; ideologia.

ABSTRACT

The author states that the establishment of the so-called "guarantee judge", a structural change brought about by the PLS 156/2009, has been discussed with optimism and considered as a renewal of the Brazilian criminal procedure, when it comes to granting higher exemption to the judge in charge of issuing a ruling.

From his standpoint, however, this institute is scientifically inconsistent and incongruous with its declared purposes. Moreover, it ends up by portraying a single ideology, thus failing to justify the costs of such a significant and complicated change in the Brazilian Law.

KEYWORDS

Criminal Procedural Law; guarantee judge; Bill 156/2009; 1988 Brazilian Constitution; scientific inconsistency; ideology.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, passou a ser discutido no âmbito legislativo e no mundo jurídico, o Projeto de Lei do Senado n. 156/2009, que pretende estabelecer reforma geral do Código de Processo Penal, e que traz uma modificação profunda no sistema processual penal brasileiro, com impacto inexorável na estrutura judicial nacional. Trata-se da criação do denominado **juiz das garantias**, previsto no Capítulo II do Título II do Livro I, este último que trata da persecução penal.

A nova figura é, reconhecidamente, o ponto mais marcante da mudança que se pretende operar no Código de Processo Penal, que vige desde 1941, e sobre a qual recaem muitas expectativas positivas, tanto por parte da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Projeto e sua Exposição de Motivos, quanto de vários autores de artigos que procuram pronunciar doutrina em torno do próprio texto da lei projetada.

É bem verdade que nosso Código de Processo Penal vigente é bastante antigo, editado num contexto histórico-político-social completamente diferente do atual, não sendo de se olvidar que sobre o seu texto já se estenderam três estruturas constitucionais diferentes, sendo a mais marcante delas a da atual Constituição da República de 1988, a denominada "Constituição Cidadã". Mas também não podemos esquecer que, durante toda a vigência do CPP de 1941, muitas alterações legislativas e sedimentação de jurisprudência, sobretudo da Suprema Corte nacional, já têm procurado adaptar a aplicação do CPP de 1941 à evolução ocorrida à luz do Direito Constitucional e do arcabouço de princípios democráticos por ele marcados em nosso sistema. (GOMES *et al*, 2008, p. 24-25)

Não obstante, e até mesmo devido a tantas alterações legislativas e diretrizes jurisprudenciais adotadas no curso de seis décadas, é de se reconhecer necessária e importante a consolidação de tais modificações no texto do próprio CPP de modo sistemático, sobretudo se a reforma procura retratar exatamente a concreta evolução histórica, social e jurídica do sistema processual penal do Brasil, ainda que com enfoque exclusivo na ordem constitucional de 1988, sob pena de configurar apenas uma ideologia, incapaz de encontrar correspondente na realidade vivida.

Assim, tomando como fonte primária do presente estudo crítico o próprio texto do PLS n. 156/2009 e sua Exposição de Motivos e, secundariamente, aquilo que já se pretende doutrinar em torno do que seria a excelência da criação da nova figura do juiz das garantias, é que, mediante outras considerações que levam em conta uma análise do instituto projetado à luz da real sistemática de nosso direito posto atualmente, e dos argumentos utilizados para sustentar o otimismo e a esperança de redenção do processo penal brasileiro por meio da nova figura, passamos a investigar as assertivas otimistas sobre a cientificidade e o funcionamento prático do juiz das garantias, tal como trazido pelo referido PLS n. 156/09, e se ele realmente se compatibiliza com o que, de fato, é imprescindível e se faz viável e razoável introduzir de alteração na lei processual penal brasileira, de acordo com o histórico das conquistas constitucionais que a matéria vem fazendo ao longo do tempo.

2 A DISPOSIÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PLS N. 156/09

O juiz das garantias será, segundo a Exposição de Motivos do referido Projeto de Lei, o *responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais*. Conforme expressa, o arrazoado do PLS n. 156/09, como motivo da criação de tal figura, o juiz das garantias consolida o modelo processual focado no princípio acusatório, e atende às exigências de proteção da intimidade, da privacidade e da honra do cidadão, porquanto tal juiz poderá atuar de forma otimizada, na medida em que estará especializado no exame de tais questões, à vista das medidas que serão a ele requeridas, além de estar distanciado da decisão de mérito, haja vista que os elementos de convicção que serão obtidos com a execução eventual das medidas deferidas pelo juiz das garantias serão dirigidos ao órgão da acusação, mas sobre eles o juiz das garantias jamais realizará qualquer avaliação de mérito, porquanto a ação penal será proposta perante outro juiz e por este segundo será julgada.

> *[...] o juiz das garantias consolida o modelo processual focado no princípio acusatório, e atende às exigências de proteção da intimidade, da privacidade e da honra do cidadão [...]*

Conforme o texto legal do art. 14 do PLS n. 156/09[1]: *O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:*

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

II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555;

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

IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal;

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

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

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

VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

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

X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

XI – decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

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

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

XIV – arquivar o inquérito policial;

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

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

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

A competência do juiz das garantias, que abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, cessa quando for proposta a ação penal [...] *quando então as questões pendentes passarão a ser decididas pelo juiz do processo* [...]

A competência do juiz das garantias, que abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, cessa quando for proposta a ação penal (art. 15), quando então as questões pendentes passarão a ser decididas pelo juiz do processo (§ 1º do art. 15), o qual ainda poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso (§ 2º do art. 15).

Como se conclui da disposição do juiz das garantias e sua competência no Projeto de Código de Processo Penal, a expectativa de acerto e melhora do processo penal brasileiro após o seu advento está no fato de que se contará, a partir de então, com um órgão judiciário responsável pela tutela das inviolabilidades pessoais, cuja especialização no exame de questões atreladas à proteção da intimidade, privacidade e honra do cidadão tornará ótima a participação do juiz no processo, no que concerne especificamente a tal tutela de interesses individuais dos investigados, além de ser capaz de imunizar o juiz que julgará o processo do contato prévio com elementos de convicção que se destinam, numa primeira fase do processo, apenas a formar a base do libelo acusatório a ser levada ao crivo jurisdicional pelo órgão de acusação.

Examinemos, então, cada uma das justificativas do Projeto para criação da figura do juiz das garantias, e as respectivas assertivas otimistas em torno do seu funcionamento empírico, com vistas a verificarmos se é possível extrair a conclusão inquestionável a respeito da arraigada manutenção de tal figura, assim como posta está, no PLS n. 156/09.

3 A DENOMINAÇÃO – REDUNDÂNCIA E RÓTULO

Comecemos por examinar a própria denominação do instituto: "juiz das garantias". A nosso ver, ela configura verdadeira tautologia, do momento em que expressa discurso vicioso, inútil e repetitivo, porquanto a existência do juiz já é, histórica e essencialmente, senão a mais importante, uma das mais relevantes garantias conquistadas pela humanidade, na medida em que se trata da investidura de um cidadão na autoridade pública de julgar segundo regras constitucionais e leis editadas pelo Poder Legislativo, tudo dentro de uma concepção tradicionalmente consagrada por Montesquieu sobre a divisão harmônica dos poderes. Divisão essa que não se limita apenas a refrear fatores de poder real, mas que além de tudo se dirige a coordenar de forma apropriada as funções estatais dos órgãos aos quais tais funções são confiadas. (HESSE, 1998, p. 368-369). Vale dizer, a própria figura do juiz, tal como prevista nas leis de organização judiciária, com base na Constituição, já traz em si a garantia ao cidadão de que no processo penal sua função não se há de confundir com a função daquele órgão de outro Poder concebido constitucionalmente para perseguir o fato criminoso, e que por isso, mesmo diante da acusação estatal ou privada a ser deduzida e apurada perante o Poder Judiciário, alguém estará constituído para julgá-lo segundo regras de direito. Nisso, o juiz já é garantia.

Como destaca Tucci (1993, p. 53 e ss.), assumido o monopólio da administração da justiça pelo Estado, indivíduos e demais instituições integrantes do corpo social passaram a ter direito a invocar a prestação jurisdicional para a solução de determinados conflitos de interesses que porventura surjam, cabendo ao Estado, por sua vez, por meio do Poder Judiciário e seus juízes, o dever de prestar jurisdição, que se consubstancia, à luz da Constituição de 1988, em garantia individual e coletiva (inc. XXXV do art. 5º). E complementa, então, Santos (1947, p. 16), que juiz é aquele que julga ou decide um caso concreto que lhe é apresentado, competindo-lhe dizer o direito aplicável e impor sua observância, o que, como é elementar a tal tarefa, só se perfaz mediante pré-compreensão e enquadramento do caso na norma jurídica adequada, sendo que quem realiza tal tarefa não está comprometido com nenhum dos pontos de vista pugnados pelos interessados.

O juiz, portanto, já é a própria garantia de uma jurisdição que se presta segundo avaliação e asseguração de direitos fundamentais, seja do indivíduo (autor da infração ou vítima) seja do grupo social. Mesmo na fase em que se lhe apresenta um caso concreto sobre o qual se quer fazer incidir um instrumento legal qualquer de investigação ou coleta de prova, previsto nas leis e de acordo com a Constituição, sua função será exatamente aquela de pré-compreender, interpretar e aplicar o direito ao caso concreto e nada mais. Técnica, inclusive, que sempre

se estenderá no desempenho da função jurisdicional, em qualquer fase do processo judicial. Se a hipótese apresentada ao juiz justificar a aplicação de determinada restrição legal ao investigado, e já considerada constitucional pela Suprema Corte, ele deverá aplicá-la. Caso não se afigure tal justificativa, fará a privacidade, a intimidade, ou qualquer outro direito do cidadão investigado prevalecer. Tudo isso independentemente de ser o juiz denominado: "das garantias".

Mas se garantir direitos aos que figuram na relação processual já é a própria função filosófica e histórico-jurídica do juiz, a denominação "juiz das garantias" perde o sentido, e somente na sua conjugação com a unilateralidade do objeto da responsabilidade que o Projeto parece reservar para esse juiz – a qual segundo a literalidade do art. 14 do texto do PLS n. 156/09 é a salvaguarda de direitos individuais do investigado – passa a ser compreendida, mas já agora apenas como uma ideologia: a de que o juiz deve sempre assegurar direitos individuais do réu, independentemente do que orienta a Constituição da República na sua compreensão garantista integral.

Com efeito, se o texto projetado ignora a concepção assumida pela figura do juiz no desenvolvimento histórico e filosófico da função judicial, para, não obstante, atrelar a ela o rótulo "das garantias", e ainda dispõe que a responsabilidade de tal juiz é para com a salvaguarda dos direitos individuais de intimidade e privacidade do indivíduo investigado, a impressão que se colhe é que se pretende arrancar desse juiz o compromisso de garantir com preferência o interesse individual do investigado[2], em qualquer circunstância. Isso em nada corresponde à própria jurisdição como garantia fundamental do cidadão e da coletividade, tal como inserido de forma pétrea no inc. XXXV do art. 5º da CRFB, para a qual o instituto do processo, dentro de uma concepção sistemática do Direito Penal, também é garantia constitucional de tutela de bens jurídicos individuais ou coletivos lesados ou ameaçados de lesão pela prática da infração penal, que por vezes precisa ser investigada com utilização de meios mais incisivos, mas que são considerados conforme a Carta de 1988, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Neste prisma, somente por meio de um processo que marcha com olhos nos dois interesses públicos em cotejo: direito individual do acusado a um processo justo e direito coletivo (e/ou do lesado ou ofendido) a que se apure de modo eficaz e mediante os meios legalmente admitidos, a prática da infração penal, é que se pode alcançar a justiça que cabe a cada um, consubstanciando, assim, um garantismo penal integral[3], que se aglutina tão somente na denominação: JUIZ.

Destarte, apartado da própria substância que é o juiz, qualquer outro rótulo que pretenda fazer dele mais garantia do que é, com enfoque apenas num aspecto da finalidade do processo penal de um Estado democrático de Direito, qual seja a de assegurar apenas direitos individuais do investigado, deixando nebulosidade sobre a importância da jurisdição assegurada pelo próprio processo – que não é só do acusado, mas de todos os indivíduos e da coletividade, inclusive das vítimas – a conjugação dos termos "juiz das garantias" no contexto exposto se apresenta como pura ideologia[4].

O juiz, [...] já é a própria garantia de uma jurisdição que se presta segundo avaliação e asseguração de direitos fundamentais, seja do indivíduo (autor da infração ou vítima) seja do grupo social.

Adiante, ainda veremos que o instituto do juiz das garantias, tal como concebido no PLS n. 156/09 não peca só por sua denominação, mas também por não consubstanciar realmente as propostas a que se destina, segundo sua motivação.

4 JUIZ DE GARANTIAS – ELEMENTO NÃO ESSENCIAL DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Segundo a Exposição de Motivos do PLS n. 156/09, o juiz das garantias consolidaria o modelo processual focado no princípio acusatório, sendo certo que a mudança definitiva do novo CPP para o sistema acusatório previsto pela Constituição de 1988 passou a ser, conforme realça Coutinho (2010, p. 16-17), o ponto mais relevante da mudança introduzida pelo PLS n. 156/09. Para esse autor – um dos juristas responsáveis pela elaboração do texto projetado – o contato com qualquer decisão sobre a coleta de elementos de convicção, em qualquer fase do processo, não se compagina com a atividade judicial em um processo penal acusatório. Assim, para tal corrente de pensamento, se o juiz tiver que realizar qualquer juízo que tangencie o pressuposto da existência da infração penal e os indícios de sua autoria para decidir sobre medidas provisórias, que não quando do exame do mérito, estará agindo fora do princípio acusatório previsto na Constituição.

Se bem compreendemos, essa seria, portanto, uma das razões pelas quais o PLS n. 156/09 prevê um juiz que fica apenas encarregado de decidir sobre medidas cautelares e pedidos de coleta de elementos de convicção para a formação do libelo acusatório por parte do Ministério Público, e que sejam necessariamente obtidos mediante decisão judicial.

Todavia, o fundamento apresentado acaba contrariado pelo próprio PLS n. 156/09, porquanto o juiz das garantias irá decidir questões no curso da fase das investigações e antes do recebimento da denúncia, mas quando esta for oferecida e a ação penal for instaurada, passará ao juiz responsável pelo julgamento decidir sobre as mesmas questões que o juiz das garantias terá sob sua competência, no curso da primeira fase da persecução penal (§ 1º do art. 15).

Mas a incoerência não pára por aí. Note-se que o juiz competente para o processo e julgamento da ação penal poderá rever as decisões tomadas pelo juiz das garantias (§ 2º do art. 15), para o que terá que refazer as mesmas avaliações de pressupostos de existência da infração, indícios de autoria e necessidade das medidas, sem que seja para decidir o mérito. Neste ponto, o PLS n. 156/09 tangencia a criação de um novo recurso: a revisão daquilo que decidiu o juiz das garantias pelo juiz que atua posteriormente à denúncia.

Como se vê, tanto numa hipótese como na outra, aquilo que seria o fundamento de tão estrutural modificação no processo penal brasileiro, acabaria esvaziado pela própria lei, pois em algum momento seria possível ao juiz competente para o julgamento, ter que formar

convicção prévia e decidir sobre pressupostos de algumas medidas que, necessariamente, estão ligadas à verificação da existência do crime e de indícios suficientes da autoria.

Mesmo nas duas hipóteses em que o próprio PLS n. 156/09 autoriza o juiz competente para o julgamento apreciar as mesmas questões que estariam originariamente na competência do juiz das garantias, o faz em momento em que o magistrado não está ainda avaliando toda a matéria de mérito da ação penal, e nem mesmo levando em consideração toda a prova a ser produzida no curso da instrução e os argumentos finais e mais abrangentes das partes, para formar seu convencimento sobre tais questões, da mesma maneira que acontece com o juiz das garantias, sendo de se concluir, portanto, que um dos fundamentos da reforma, consistente em impedir que o juiz que aprecia situações prévias ou cautelares ao mérito da ação penal venha a tangenciar as questões que no exame dele serão reapreciadas, sequer corresponderá, empiricamente, à realidade do que vai acontecer. Vale notar, que o principal motivo da criação do juiz das garantias, declarado na Exposição de Motivos do PLS n. 156, não está congruente com o que pode vir a acontecer na fase posterior à formalização da denúncia, mais uma vez vertendo pura ideologia que envolve a nova criação.

Quando, eventualmente, o juiz do julgamento final tiver que apreciar algumas daquelas questões do art. 14 do Projeto do novo CPP, ou rever as que foram apreciadas pelo juiz das garantias, em momento que não corresponder ao da prolação da sentença, também não o fará com base na formação da convicção de mérito, mas sim de acordo com circunstâncias prévias e não exaustivas de um dado momento processual, tal como expressa a Exposição de Motivos do PLS n. 156/09 como uma das razões e finalidades da criação do juiz das garantias.

O processo penal brasileiro sempre esteve construído para assumir o caráter público, calcado no valor da justiça como aquela que a jurisdição possa realizar segundo o que cabe a cada a um [...]

E mais, não se perca de vista que o próprio Projeto atribui ao juiz da sentença a competência para receber a denúncia[5], quando então também terá que avaliar em juízo provisório a existência de justa causa para a ação penal, o que não deixa de lançar luzes na alta probabilidade de que o fato delituoso existe, é típico e o denunciado é o seu autor. Mais apropriado, então, ao fundamento exposto pelo Projeto e por seus defensores, seria que o juiz do processo não viesse a ter que decidir sobre nada, e que o processo lhe fosse entregue, quando muito, apenas para a realização da audiência de instrução e julgamento, na qual somente as provas orais seriam produzidas na sua presença, sem que daí para frente nenhuma outra produção de prova ou diligência viesse a ser apreciada pelo magistrado encarregado de julgar o mérito, mesmo que a requerimento das partes, só restando a ele proferir sentença[6].

Por fim, sobre a assertiva de que a inércia do juiz responsável pelo julgamento da ação penal, quanto à admissibilidade e deferimento de diligências tendentes à formação da prova, é o elemento essencial do sistema processual penal acusatório e do qual não se pode prescindir, é de se chamar atenção para as lições em sentido cientificamente oposto a tal assertiva. Estas demonstram que a inércia judicial não é elemento essencial do sistema acusatório, o qual tanto a admite quanto é compatível com a atividade supletiva do juiz, e o que importa é a decisão política sobre qual tipo de processo acusatório se pretende para a República: o de cunho liberal, voltado para a vontade e a habilidade das partes em jogo; ou o de caráter público, em que a justiça é o valor que se busca aplicar ao conflito de interesses estabelecido (ANDRADE, 2010, p. 189-228).

Parece-nos, quanto ao ponto, que, afastada cientificamente a afirmação de que juiz inerte é a única hipótese essencialmente compatível com o sistema acusatório, também não é correto afirmar, à luz da nossa própria Carta de 1988, com foco na evolução do processo penal brasileiro, que nossa opção secular tenha sido pelo estabelecimento de um processo como um jogo de interesses privados e individuais, em que a habilidade das partes e o manancial de recursos de que dispõem e lançam mão na esgrima probatória seja a tônica a ser seguida doravante. O processo penal brasileiro sempre esteve construído para assumir o caráter público, calcado no valor da justiça como aquela que a jurisdição possa realizar segundo o que cabe a cada a um, e não conforme a habilidade e as possibilidades de quem melhor esteja apto a construí-la em seu interesse, e é nesse ponto que o processo penal constitui também importante garantia da tutela de bens jurídicos.

5 CONTAMINAÇÃO DO JUIZ E DISTANCIAMENTO DA QUESTÃO DE MÉRITO – PRECONCEITO E INSUBSISTÊNCIA

Outro fundamento da criação da figura do juiz das garantias, não tão expresso no texto do PLS n. 156/09, mas incisivamente apontado pelas opiniões de alguns autores[7], é que o atual sistema, em que o mesmo juiz que decide sobre a admissibilidade, prorrogação e incidentes de medidas investigatórias; meios de coleta de elementos de convicção para oferecimento de denúncia e até mesmo cautelares, em momento anterior àquele em que decidirá o mérito da ação penal à luz das provas carreadas aos autos, acaba por contaminar o julgador, que, segundo opinam tais autores, se veria irremediavelmente envolto no compromisso de julgar o mérito da ação segundo a mesma valoração feita quando decidiu sobre aquelas medidas.

Contudo, com todo respeito aos argumentos que procuram sustentar a afirmação – até certo ponto preconceituosa – de que todo juiz que decide medidas provisórias estará contaminado para sempre por esse contexto decisório, tais assertivas não se revestem de nenhuma base científica. Do que se parte, para tais afirmações, por vezes, é de um juízo daquilo que se imagina difícil, possível, ou provável acontecer. Simone Schreiber (2010, p. 2-3), por exemplo, aduz que *é extremamente difícil, quase impossível, que o juiz se mantenha alheio às versões dos fatos que vão sendo reveladas no decorrer da investigação*; ou que *se foi ele próprio quem avaliou a pertinência e a legalidade das medidas probatórias realizadas na fase pré-processual, é bastante improvável que ele desqualifique a prova que foi produzida e mude de idéia quanto ao resultado que foi colhido*.

Como se observa, de logo há certa carga de preconceito no primeiro argumento, porquanto se acredita difícil ou impossível

que o juiz assuma uma postura imparcial já quando tenha que apreciar algum requerimento na fase pré-processual segundo o que lhe relata a autoridade[8]. E por que seria difícil ou impossível se manter alheio aos elementos unilaterais? Supõe-se isso, ou parte-se de dados científicos a respeito? E mais, se tal suposição fosse empiricamente demonstrável, seria a figura de mais um juiz no processo de primeiro grau, o juiz das garantias, que impediria a indesejada propensão humana de se deixar influenciar apenas pelo que diz uma das partes? E ainda, se tal indesejada propensão humana é possível, ela também não poderia estar presente no juiz do mérito, sempre propenso a dar crédito apenas à acusação? E o que dizer das também humanas propensões a favorecer o acusado não obstante elementos a ele contrários? Por fim, para um devido processo legal, de um Estado democrático e social de Direito, calcado no interesse público e no valor justiça, o que importa não é a exclusão de toda e qualquer propensão que se afaste do que é devidamente justo para o caso? Qual é, então, o substrato científico de que exista a tal propensão à contaminação, e somente este tipo de propensão do juiz que se deixa influenciar pelos elementos unilaterais levados pelas autoridades da persecução?

Num segundo ponto, o argumento parte da alegada probabilidade de que se foi o juiz que decidiu pela constituição de uma prova, autorizando-a na fase pré-processual, provavelmente não a desqualificaria no momento de julgar. Todavia, a assertiva é equivocada à luz do que realmente ocorre no nosso Direito, cuja estrutura posta sepulta a ideia que se quer passar, de que o que se decide na fase pré-processual é de tal profundidade que seja capaz de contaminar o mérito. É que, tecnicamente, o juiz, na fase pré-processual, apenas examina se as circunstâncias do pedido estão de acordo com a autorização legal e constitucional para atuação de meios de reunião de elementos e medidas mais incisivas nos direitos fundamentais do sujeito, mas não as executa ou desenvolve, nem apura o seu conteúdo material. Na verdade efetua juízo sobre a aplicação do meio de prova, e não sobre o que ele será capaz de reunir de material probatório, e sua aptidão para, em cotejo com o que mais irá ser produzido pelas partes, demonstrar a procedência da acusação. Tudo o que acontecerá depois da avaliação positiva do juiz sobre a necessidade de incidência de determinado meio de prova, poderá, sim, fazer com que ao final ele decida pela improcedência da acusação, a menos que se imagine, novamente de forma preconceituosa, que o juiz sempre esteja propenso a julgar o mérito da ação penal mais atento ao meio de prova que necessariamente teve que passar pelo seu crivo do que a todo o conteúdo material probatório que foi levado ao processo.

Outros argumentos, além de não se afastarem da suposição de uma provável contaminação do juiz que decide apenas formalmente – insista-se – sobre o cabimento de determinado meio de prova em fase pré-processual, ainda procuram lançar âncora no pedregoso terreno das avaliações psicológicas, e constatações daquilo que aconteceria com o ânimo da generalidade dos juízes em razão daquele momento de contato apenas formal e de admissibilidade de alguns meios que buscam a reunião de elementos de convicção. É novamente o jurista, sem nenhuma base científica concreta, mas apenas por suposição, procurando diagnosticar o que se passa na cabeça do homem: desta vez o juiz. E o pior, generalizando tal diagnose.

Exemplo disso, e não o único, é o que afirma Zanoide de Moraes (2010, p. 22), para quem, com a instituição do juiz das garantias, *se evitam os inegáveis comprometimento de resultado e vinculação psicológica que o magistrado que atuou na investigação carrega para dentro da ação penal. Quem é capaz de negar que um magistrado atuante na fase de investigação já forme sua convicção desde esse primeiro instante, sendo, não raras vezes, irrelevante a fase judicial?* Note-se que, aqui, a indagação deixada já serve de conclusão a respeito do estado psicológico do juiz, porquanto, adiante em suas considerações, o ilustrado autor deduz o que sempre pensará o juiz que apenas decidiu sobre o cabimento de um meio de reunião de elementos ou uma cautelar: *entendi que havia elementos para investigar e para acusar legitimamente uma pessoa, portanto, a tendência em condená-lo somente será revertida se ele (ou a sua Defesa) demonstrar que eu errei ou que desconhecia elementos a serem apresentados em juízo, caso contrário (caso não prove sua inocência, aqui está a presunção de culpa), será mantida a convicção que já possuo e já formei desde o início.* (MORAES, 2010, p. 22).

Lotação, inamovibilidade, competência segundo princípio do juiz natural, dentre outras questões, são a ponta de alguns graves problemas que se enfrentará com a insistência desprovida de maior aprofundamento na rápida implantação do instituto em exame.

Mas de onde se retirou empiricamente a conclusão de que isso se passa na psique dos juízes? Sobretudo quando se deve levar em conta que, em nosso sistema jurídico o juiz não toma parte de investigação alguma; não é ele um membro do Ministério Público chamado de magistrado; não é o executor da coleta do material cujo meio de prova a Constituição o obriga a examinar apenas no cabimento formal. E, por fim, se eventualmente acaba por verificar a entrada de tais elementos no processo, como ocorre quando escuta previamente um trecho de interceptação telefônica para aquilatar a necessidade da prorrogação da medida, não o faz à luz do que se exauriu em termos de provas que ainda virão para o processo e que podem mudar a conclusão final, assim como tal trecho de interceptação que venha a prosseguir como elemento de convicção no processo, não deixará de ser considerado pelo juiz do julgamento de mérito, e aqui a questão não é de contaminação com coisa alguma, mas sim de constatação da existência e valoração de elementos que entraram ou estão nos autos.

Finalmente, afirma-se, de forma generalizada, que a figura do juiz das garantias evitará o ativismo excessivo dos juízes na fase de investigações, so-

bretudo naquilo que se denominou *"casos de repercussão"* – sobre os quais não se precisaram os critérios para tal qualificação – e nos quais os juízes agiriam como *escudeiros da pretensa legitimidade da investigação criminal ao fazerem reuniões com policiais antes das operações*. De todos este parece ser o mais inconsistente e casuístico dos fundamentos, porquanto parte da generalização de situações esdrúxulas, como se algum caso de parcialidade indevida do juiz que tenha ocorrido – embora não apontado objetivamente pelo escrito – pudesse servir de base substancialmente científica para afirmar que os juízes brasileiros tenham sido acometidos, senão em sua totalidade, em sua esmagadora maioria, por um desvio deontológico. E se em algum caso há eventual desvio de tal natureza, ele deve ser tratado da mesma forma eventual como possa vir a ocorrer, e com os meios já sedimentados em nosso ordenamento jurídico, sem que venha a servir de razão para modificação tão estrutural do processo penal brasileiro como a que se pretende.

Assim, cientes e conscientes das suas funções, tanto em sede de mero juízo de admissibilidade de meios e medidas provisórias quanto em âmbito de julgamento exaustivo de mérito, e imbuídos e preparados dentro dessa orientação, os juízes brasileiros não estão contaminados ou comprometidos com uma determinada orientação que os faz decidir num determinado sentido, mesmo que desfavorável ao réu, num momento provisório, cautelar ou de apreciação sobre determinada medida probatória, ainda que para isso precisem tangenciar os indícios da existência do fato e da autoria. Da mesma forma, não será porque apenas decidem o mérito da ação penal sem antes terem tido contato com qualquer daquelas questões provisórias, que os juízes das sentenças, quando revestidos de preconceitos e outras imperfeições, naturais da formação humana e profissional, estarão imunes de decidir contrariamente, e de forma injusta, contra o réu. E já que esta parece ser a única preocupação do projeto, também não se perca de vista que o próprio juiz das garantias pode vir a padecer do mesmo inconveniente, decidindo sempre pelo deferimento de quaisquer medidas requeridas contra o réu, independentemente da ideologia que se pretenda passar por meio de sua criação.

De tudo que se viu, o instituto do juiz das garantias baseia-se em fundamentos que não possuem base científica que justifiquem tamanha modificação estrutural no nosso sistema processual.

6 DIREITO COMPARADO E REALIDADE NACIONAL – DESEMBARGADORES E MINISTROS DAS GARANTIAS?

Embora também se procure incutir a ideia de que a figura do juiz das garantias se assemelha a outras experiências positivas ocorridas em legislações comparadas, tal instituto trazido pelo PLS n. 156/09 em nada se compara ao juiz de instrução existente em alguns países europeus, e nem mesmo corresponde ao magistrado do Ministério Público presente em outros, não sendo ainda, apenas um juiz de central de inquéritos. É, sim, mais uma vez, um instituto peculiar que nosso Direito projetado procura trazer. Por outro lado, sequer se verifica, senão a título de meras afirmações, a demonstração de que institutos que consubstanciam a figura do juiz da fase pré-processual sejam transformações que se esteja realizando com sucesso em outros sistemas jurídicos. (D'URSO, 2010)

Não obstante, ainda que se queira ignorar a inocuidade da criação do instituto em análise, à luz do que se procurou expor nos itens anteriores, não se pode olvidar que mais importante do que aquilo que acontece em outros países – nem sempre tão melhor como se imagina – o que mais interessa para a saúde de nosso sistema de justiça criminal e organização do nosso Poder Judiciário, seria a realização de estudos sérios e criteriosos sobre os impactos da instalação e operação de um segundo juiz num mesmo grau de jurisdição, à vista do traçado histórico de nosso sistema processual penal, da nossa organização judiciária, e dos métodos de seleção e ingresso de juízes na carreira, bem como sua mobilização funcional.

A própria Exposição de Motivos do PLS n. 156/09 não fechou os olhos aos iminentes inconvenientes e aos problemas estruturais que o engenho possa trazer para a organização judiciária e sua operacionalização, e solucionou tais situações com o seguinte parágrafo: *Evidentemente, e como ocorre com qualquer alteração na organização judiciária, os tribunais desempenharão um papel de fundamental importância na afirmação do juiz das garantias, especialmente no estabelecimento de regras de substituição nas pequenas comarcas. No entanto, os proveitos que certamente serão alcançados justificarão plenamente os esforços nessa direção*. Mas o benefício será realmente maior que o custo, por tão pouco justificável mudança?

Não serão, ademais, soluções simplistas e meramente opinativas, como rodízio de juízes (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 8-9), redistribuição de processos ou qualquer outra que não tenha amparo em sério e criterioso estudo, que permitirão suplantar os tão incontáveis quanto inexoráveis problemas que já se vislumbra na marcha processual, com o inevitável aumento do tempo de sua duração, e de incidentes capazes de favorecerem apenas a ocorrência da prescrição.

Lotação, inamovibilidade, competência segundo princípio do juiz natural, dentre outras questões, são a ponta de alguns graves problemas que se enfrentará com a insistência desprovida de maior aprofundamento na rápida implantação do instituto em exame.

E mais, considerando que uma das coisas que se pretende evitar, é que um magistrado que tenha tomado contato com os fatos em grau de juízo de admissibilidade e legitimidade de meios de coleta de elementos prévios de convicção ou medidas cautelares venha ser o mesmo que vá julgar o mérito da ação penal, em caso de desembargadores e ministros das Cortes, Superior e Suprema que venham a conhecer dos *habeas corpus* impetrados ainda enquanto o processo originário se encontra na fase pré-processual, para discutir a admissibilidade e legitimidade do deferimento de tais medidas pelo juiz das garantias, também se adotará, por coerência e simetria, a instituição dos desembargadores e ministros das garantias, que ficarão impedidos – em vez de preventos – para o julgamento do mérito dos recursos de apelação, especial e extraordinário?

7 CONCLUSÃO

De tudo que se viu, o instituto do juiz das garantias baseia-se em fundamentos que não possuem base científica que justifiquem tamanha modificação estrutural no nosso sistema processual. Não é elemento essencial do sistema acusatório como se pretende fazer crer, e por si só não é capaz de evitar desvios que mais se prendem à formação do homem e do profissional do que ao sistema processual adotado, sem contar que não impede que as questões que a ele são dadas por competência ainda possam ser apreciadas pelo juiz que irá julgar a ação penal, se forem trazidas após o recebimento da denúncia, e ainda poderão ser revistas por este segundo juiz, tudo em oportunidade que não corresponde ao exame de mérito ainda.

Sendo assim, por não encontrar congruência com a realidade que seria a sua fundamentação, o instituto assume inquestionável caráter ideológico, sem contar que é festejado apenas por meras opiniões de alguns autores, que partem, sobretudo, de preconceito generalizado sobre a figura do juiz nacional ou de casuísmos no que tange a alegados acontecimentos de desvios deontológicos.

Ademais, não se há de esquecer que, em qualquer sistema de justiça criminal em que homens são chamados a julgar homens, sejam eles juízes leigos ou de direito, de instrução ou de julgamento, das garantias ou da sentença, as imperfeições humanas sempre estarão no foco do problema da isenção do julgador, sendo certo que a garantia que melhor se apresenta para remediar o problema é o já consagrado e adotado pelo nosso sistema processual, duplo grau de jurisdição, cujo funcionamento, dadas especificidades do sistema recursal nacional, acaba sendo apontado por muitos como "quádruplo grau de jurisdição", não tendo o menor sentido tamanha alteração estrutural do sistema de justiça criminal brasileiro, com todos os problemas que com ela já se vislumbra, como se a única, melhor e mais condizente forma de se amenizar o inconveniente do subjetivismo do homem fosse o tal juiz das garantias, que também como ser humano não é um totem, nem uma máquina programada para não "errar" contra o réu – já que essa parece ser a maior preocupação e o grande objetivo do instituto.

NOTAS

1 Observamos que os números e mesmo a redação das disposições legais do PLS n. 156/09 podem sofrer alterações posteriores à data em que elaboramos o presente estudo, já que o Projeto irá tramitar em várias fases e esferas daqui para frente.

2 Dessa compreensão não descuram: Luiz Flávio Gomes (2010) que, após citar texto de Sérgio de Moraes Pitombo no sentido de que, sobretudo em "casos de repercussão" o magistrado vem se tornando "escudeiro da pretensa legitimidade da investigação", se aproximando demais da polícia e formando convicções prévias, afirma: *Para evitar que essas trágicas experiências continuem se perpetuando no nosso país, o projeto do novo CPP prevê, acertadamente, o chamado juiz das garantias, que terá como função precípua a de monitorar o devido respeito aos direitos e garantias fundamentais do suspeito ou indiciado, na primeira fase da persecução penal, sem prejuízo de também preservar o direito do Estado de investigar o fato ...*; e Simone Schreiber (2010, p. 3), para quem: *...o Projeto vai além, prevendo um juiz especializado, um juiz que terá a atribuição exclusiva de tutelar os direitos das pessoas investigadas e a legalidade da atuação dos órgãos de persecução.*

3 A propósito do desvirtuamento do garantismo, cf. Douglas Fischer e outros (2010, p. 25-48).

4 Ideologia no sentido de ocultação da realidade subjacente e que não corresponde ao sentido assumido social e institucionalmente pela figura do juiz, e pelo que realmente implica o instituto do juiz das garantias como concebido pelo Projeto. Cf. a propósito da noção de ideologia: CHAUÍ (2010).

5 Art. 16. *A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.*

6 Cf. Moraes (2010, p. 22), no sentido de que também a denúncia deveria ser recebida pelo juiz das garantias.

7 Dentre os que se analisa no corpo do próprio texto, cf. ainda Antônio Sérgio de Moraes Pitombo (sem citação de fonte), apud Luiz Flávio Gomes (2010, p. 1) e Adrian Soares Amorim de Freitas (2010).

8 A propósito, convêm destacar pertinentes observações de Mauro Fonseca Andrade (2010, p. 224): *Nas lições dos defensores da figura do juiz inerte, o que nos chama a atenção é que todas elas parecem dar a entender que o juiz ativo é um sujeito processual desprovido de limites em sua atuação, e com poderes para fazer o que bem entender em tema probatório. Ao menos essa é a impressão que se retira, já que seus escritos nunca fazem referência a alguma espécie de controle sobre a atividade desse julgador. E, se essa é uma leitura correta, ao menos há certa coerência em seus postulados, pois parecem transferir para o juiz ativo o mesmo liberalismo que procuram dar à atuação das partes.*

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. 1. ed., 2. Reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*? 2. ed. Brasília: Brasiliense, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Anotações pontuais sobre a reforma global do CPP. *Boletim do IBCCRIM,* São Paulo, ed. especial, CPP, ago. 2010.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Ampliando o direito de defesa*. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2010/133.> Acesso em: 14 dez. 2010.

FREITAS, Adrian Soares Amorim de. *O juiz das garantias no projeto do novo Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.jus.uol.com.br/revista/texto/17821/o-juiz-das-garantias-no-projeto-do-novo-codigo-de-processo-penal/> Acesso em: 13 dez. 2010.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *O que é garantismo penal (integral)? In:* Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodium, 2010.

GOMES, Abel Fernandes *et al*. Persecução penal e devido processo legal no Brasil e na *common law tradition*: análise histórica e comparativa à luz da aplicação de princípios democráticos. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro*, n. 22, jun. 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *O juiz das garantias projetado pelo novo código de processo penal*. Disponível em: <www.novacriminologia.com.br.> Acesso em: 13 dez. 2010.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998.

LOPES JÚNIOR, Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...). *Boletim do IBCCRIM,* São Paulo, ed. especial, CPP, ago. 2010.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do "juiz das garantias"? *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo, ed. especial, CPP, ago. 2010.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. 30.

SCHREIBER, Simone. O juiz de garantias no projeto do código de processo penal. *Boletim do IBCCRIM,* São Paulo, v. 18, n. 213, p. 2-3, ago. 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

Artigo recebido em 11/2/2011.

Abel Fernandes Gomes é desembargador federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e diretor da Ajufe, no Rio de Janeiro.