



**A NECESSIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS E A EXCLUSÃO DO INQUÉRITO
POLICIAL DA FASE PROCESSUAL: A SUPERAÇÃO DO
NEOINQUISITORIALISMO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

**THE NEED FOR THE JUDGE FOR GUARANTEES AND THE EXCLUSION OF
THE POLICE INVESTIGATION FROM THE PROCEDURAL PHASE: THE
OVERCOMING OF THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE
NEOINQUISITORIALISM**

Carlos Willian da Cruz¹
Bryan Bueno Lechenakoski²

RESUMO

O estudo em tela teve como objetivo discorrer sobre a necessidade da existência do juiz das garantias para superação do modelo de sistema processual brasileiro adotado. Dessa forma, inicia-se a análise do presente escrito com os sistemas processuais penais, verificando primeiramente em que consiste um sistema, e posteriormente as características gerais do sistema inquisitório, sistema acusatório e o denominado sistema misto. A par disso, é analisado em qual sistema o processo penal brasileiro se encaixa, apresentando o posicionamento da doutrina sobre o tema. Questiona-se: Quais as implicações na originalidade cognitiva do magistrado frente as provas levadas do inquérito policial para a fase de julgamento do processo? Tendo em vista a reforma recente promovida pela Lei 13.964/2019, é analisado em que consiste a enunciação da estrutura acusatória do processo penal brasileiro, a criação do juiz das garantias e a exclusão do inquérito policial, demonstrando como tais temas estão interligados em prol de um objetivo comum – a busca por um processo penal brasileiro constitucional e acusatório. O estudo foi realizado com base em levantamento bibliográfico, através da seleção de obras literárias e escritos sobre o assunto, de forma qualitativa e usando métodos indutivos.

Palavras-Chave: Juiz das Garantias. Sistema Acusatório. Processo Penal. Inquérito Policial.

¹Graduando Direito pela Universidade do Contestado. Campus Marçílio Dias. Canoinhas. Santa Catarina. Brasil. E-mail: carlos.cruz@aluno.unc.br

²Professor na Universidade do Contestado (UnC). Mestre em Direito no Centro Universitário Internacional - Uninter. Especialista em Direito Penal e Processo Penal na Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst) Pós-graduado em: Direito Contemporâneo com ênfase em Direito Público no Curso Jurídico. Graduado em Direito pela Universidade Positivo. Advogado Criminalista. E-mail: lechenakoski.adv@gmail.com

ABSTRACT

The present study aimed to discuss the need for the existence of a judge of guarantees to overcome the adopted model of the Brazilian procedural system. Thus, the analysis of this text begins with the criminal procedural systems, first checking what a system consists of, and then the general characteristics of the inquisitorial system, the accusatory system and the so-called mixed system. In addition, it is analyzed in which system the Brazilian criminal procedure fits, presenting the position of the doctrine on the subject. The question is: What are the implications for the magistrate's cognitive originality in the light of the evidence taken from the police investigation to the trial phase of the process? In view of the recent reform promoted by Law 13,964/2019, it is analyzed what the enunciation of the accusatory structure of the Brazilian criminal procedure consists of, the creation of the judge of guarantees and the exclusion of the police investigation, demonstrating how these themes are interconnected in favor of a common goal – the search for a Brazilian constitutional and accusatory criminal process. The study was carried out based on a bibliographic survey, through the selection of literary works and writings on the subject, in a qualitative way and using inductive methods.

Keywords: Judge of Guarantees. Accusatory System. Criminal Procedure. Police Inquiry.

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Lei 13.964/2019 foram realizadas diversas alterações no Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal. Com isso, discussões acadêmicas com implicações práticas estão sendo travadas na doutrina e jurisprudência, estando por vezes no centro destas discussões a questão em torno da enunciação da estrutura acusatória do Processo Penal brasileiro (artigo 3º-A do Código de Processo Penal), a criação do juiz das garantias (artigo 3º-B do Código de Processo Penal), bem como a exclusão do inquérito policial da fase processual e seu acautelamento na secretaria do juiz das garantias (artigo 3º-C, §3º do Código de Processo Penal).

Em meio a todas essas mudanças, a observância dos aspectos trazidos pela Constituição de 1988, apontando o sistema acusatório para ser base no processo penal, levantou-se questionamentos da forma como processo penal trata o inquérito policial e a forma com que ele é apresentado ao magistrado no processo de julgamento. Neste ponto, surge a dúvida: a originalidade cognitiva do magistrado durante a instrução do processo é mantida frente aos dados e decisões proferidas por

este na fase pré-processual? E de que modo o Juiz das Garantias e a exclusão do inquérito policial da fase processual podem contribuir para a originalidade cognitiva e imparcialidade do julgador?

A análise é destinada a verificar em que consistem estas mudanças promovidas pela Lei 13.964/2019 no Código de Processo Penal e de que modo tais alterações podem aproximar o Processo Penal brasileiro de um modelo Constitucional e acusatório de processo penal, elevando a imparcialidade do magistrado e assegurando direitos e garantias fundamentais ao acusado.

Para compreender a profundidade destas mudanças realizadas pela Lei 13.964/2019 no ordenamento jurídico brasileiro, e produzir o texto em tela, foram analisadas obras literárias de autores que contestam os moldes propostos pela estrutura processual penal anterior, como também autores que vão ao encontro com a ideia buscada com a referida Lei.

O primeiro caminho a ser percorrido é a análise dos sistemas processuais penais, analisando o que é um sistema, bem como a análise dos sistemas processuais penais históricos, ou seja, o sistema inquisitório puro e o sistema acusatório puro, verificando as suas características e através do que poderá se diferenciar um sistema de outro. A par de que os sistemas processuais puros são históricos, havendo na atualidade uma mistura de sistemas, assim denominado sistema misto, é possível identificar qual sistema processual tem prevalência no ordenamento jurídico brasileiro, havendo nítidas divergências entre o modelo adotado no Código de Processo Penal e o modelo estabelecido pela Constituição da República de 1988.

Nesta perspectiva, ingressa as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, mais especificamente na enunciação da estrutura acusatória do processo penal, criação do juiz das garantias e o acautelamento do inquérito policial com sua respectiva exclusão da fase processual, que apesar de estarem com eficácia suspensa pelo Ministro Luiz Fux no Supremo Tribunal Federal no julgamento da Liminar na Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 (BRASIL, STF, 2020), se mostram objeto de análise de suma importância para verificar se tais mudanças podem aproximar o Processo Penal brasileiro do sistema processual penal acusatório.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

A descrição dos sistemas processuais penais é de fundamental importância para o Processo Penal, pois mesmo que os sistemas puros em sua forma clássica, sejam considerados históricos (COUTINHO, 2001), a adoção de determinado sistema como elemento estruturante do Processo Penal faz com que a própria mentalidade aplicada aos processos e ordenamento jurídico penal se modifique. Neste sentido, determinado sistema poderá ser essencialmente inquisitório com caracteres secundários acusatórios ou o inverso (COUTINHO, 2001). Esta compreensão é fundamental para definir qual o paradigma de leitura do processo penal, visando buscar o ponto fundante do discurso (LOPES JR., 2020).

Desta forma, compreender em que consistem os sistemas processuais penais e suas implicações, identificando a essência do sistema processual penal aplicável, irá servir “como uma bússola orientadora na interpretação e aplicação das normas estabelecidas dentro do CPP, dirimindo as controvérsias existentes na prática” (LECHENAKOSKI, 2021, p. 23).

Conforme menciona Coutinho (2018) havia parte da doutrina que desconsiderava a importância de se falar em sistemas processuais penais ou até mesmo ultrapassado, muitas vezes ignorando a sua existência ou tratando como matéria secundária e até mesmo simplesmente acessória no Processo Penal. Contudo, tal panorama modificou com a Lei n. 13.964/2019 (BRASIL, 1941), vez que introduziu no artigo 3º-A do Código de Processo Penal (CPP) o seguinte texto: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”, reacendendo os debates sobre as implicações da anunciação da estrutura acusatória do Processo Penal brasileiro.

Antes mesmo de iniciar a análise sobre os sistemas processuais penais (acusatório e inquisitório), é necessário discorrer, mesmo que brevemente, sobre o que pode ser considerado um sistema.

A busca pela identificação do que poderia ser considerado um sistema remonta a ideia de Kant, quando compreende o sistema como “uma unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia. Esta é o conceito racional da forma de um todo, na medida

em que nele se determinam a priori, tanto o âmbito do diverso, como o lugar respectivo das partes” (KANT, 2001, p. 669).

Na perspectiva filosófica de Kant, portanto, o sistema poderá ser visto como um conjunto de ideias interligadas com um princípio unificador com um objetivo a ser alcançado. A ideia do princípio unificador em Kant é bem trabalhada por Coutinho quando menciona que sistema é “um conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim” (COUTINHO, 2001, p. 16).

Portanto, tendo em vista que a identificação de um sistema ocorre a partir de um princípio unificador, além das características de cada sistema processual penal, é necessário identificar qual o seu princípio e o seu núcleo regente, que são capazes de interligar outras características em prol do objetivo a ser alcançado, o que será realizado a seguir.

2.1 SISTEMA INQUISITÓRIO

Historicamente o modelo Inquisitório veio após o sistema acusatório, mas por questões metodológicas aborda-se primeiro o sistema inquisitório, para, posteriormente, analisar o sistema acusatório.

Nesta perspectiva, pode-se dizer que o sistema inquisitório, com maior intensidade, surge a partir do século XII, trazendo mudanças bruscas no modo de julgar. Neste modo a figura do juiz é responsável por julgar, produzir provas e acusar, sendo uma figura soberana no processo. O contraditório não existia, pois, a mesma pessoa que buscava a prova julgava baseado na própria prova que produziu. (LOPES JR, 2020), conseqüentemente a adoção deste modelo transforma “o imputado em mero objeto de verificação” (COUTINHO, 2018, p. 41).

Em teoria, esse sistema foi largamente utilizado na idade média com intuito de combater abusos causados pelos senhores feudais contra os pobres, dando a opção de o Rei enviar os juízes inquisidores para o representar e com poder de se voltar contra os ricos autores de delitos graves. Por obterem vantagens financeiras sobre os demais, a classe abastada, usava da influência para se sobressair dos menos favorecidos, e deste modo não podiam ser tratados com igualdade, tendo em vista o princípio da isonomia, ou seja, tratar os desiguais com desigualdade (NUCCI, 2016).

Mas de fato, o sistema inquisitório ganhou força a partir da confusão entre Estado e Igreja no período de decadência de Roma, assumindo a fé católica o espaço de administração da justiça (LECHENAKOSKI, 2021). A justificativa para tal mudança, passa pela existência das chamadas doutrinas heréticas, cuja reação da Igreja Católica passou a adotar o “maior engenho jurídico que o mundo já conheceu; e conhecemos” (COUTINHO, 2018, p. 37).

Para que tal engenho se fixasse no ordenamento jurídico, o julgador passou a ser considerado como um ser com iluminação divina, cuja busca principal era a verdade real (LECHENAKOSKI, 2021). Somado a isso, surgem as escrituras sagradas que permitem ter acesso às verdades divinas, cujo interpretação era realizada por bispos e o próprio Papa, que por sua vez, Deus havia concedido o privilégio da infalibilidade a estes intérpretes (LOPES JR., 2019).

Neste contexto, surge o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, cujo objetivo era obtenção da verdade real daqueles que atentavam contra o dogma Católico, e os considerados hereges (LECHENAKOSKI, 2021). Este modo de julgar servia ao sistema inquisitório perfeitamente para os objetivos a que se propunha, vez que os processos ou investigações poderiam ser instaurados de ofício pelo julgador em face de um investigado, atuando o julgador em segredo, na perseguição e produção de provas que pudessem integrar a verdade buscada (LOPES JR., 2020). Nesta perseguição realizada pelo julgador, o acusado ou investigado não possui voz dentro do procedimento adotado, não permitindo sua interlocução (contraditório e ampla defesa plenos), sendo que Cordero bem define este panorama do inquisidor com o inquirido como: “o inquisidor é um juiz ao qual a lei confere um crédito ilimitado, e isto explica porque ao inquirido não é permitida a interlocução” (CORDERO, 2018, p. 18). Neste contexto da ausência do contraditório e da ampla defesa, Ferrajoli (2018, p. 564) destaca que: “o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa”.

Assim, o processo no sistema inquisitório é marcado por “uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado” (LOPES JR., 2019). A confissão do acusado era considerada como rainha das provas diante do critério tarifário da prova adotado – cada prova possui determinado “peso” (LOPES JR., 2020). Tornando a prisão e a tortura instrumentos primordiais para o funcionamento do sistema, as quais era

destinadas para obtenção da confissão do acusado e confissão dos seus pecados (LECHENAKOSKI; BAGGIO, 2019).

O princípio unificador de tal sistema é o inquisitivo (COUTINHO, 2018), sendo que o núcleo fundante de tal sistema, que interliga e da possibilidade para a que o sistema opere é a concentração de poderes nas mãos do julgador para a buscar a verdade real, através do corpo do acusado. Desta forma, diz-se que o núcleo do sistema inquisitório é a própria gestão da prova pelo julgador, cuja função de acusar e julgar se confundem no mesmo órgão ou pessoa, o juiz-inquisidor (COUTINHO, 2018), sendo que “tal característica é a engrenagem inquisitória, sem a qual não seria possível obter o fim pretendido pelo sistema” (LECHENAKOSKI, 2021, p. 41).

2.2 SISTEMA ACUSATÓRIO

Conforme mencionado, o sistema acusatório puro - também histórico -, surgiu antes mesmo do sistema inquisitório já mencionado. Alguns exemplos no decorrer do tempo podem ilustrar sua existência até mesmo entre os séculos VI ao IV A.C. na Grécia, vez que em Atenas apenas cidadão ateniense (em torno de 399 a.C.) podia formular a acusação diante do oficial competente, o que caracteriza uma verdadeira acusação popular (KHALED JR., 2016).

Apesar da separação das funções entre acusar e julgar, não há como se utilizar tal modelo grego para comparação do sistema acusatória puro como concebemos atualmente, vez que a figura da acusação se concentrava nas mãos do particular (SILVEIRA FILHO, 2015).

O sistema acusatório como é hoje advém da Inglaterra, com a disputa entre reis e barões a partir de 1.066, dando início a uma reestruturação do próprio direito (COUTINHO, 2018), sendo que mais precisamente esta reformulação do direito começa a ocorrer paulatinamente na Inglaterra “após a sua conquista pelos normandos na Batalha de Hastings em 1066 [...]” (SILVEIRA FILHO, 2015).

A aparição do sistema acusatório puro se inicia também com o *common law* inglês e a criação do Tribunal Real, com suas seções especializadas (Tribunal do Tesouro, Tribunal das Queixas Comuns e, o Tribunal do Banco do Rei), e posteriormente a criação por Henrique II de “um Tribunal (Assise) em *Clarenton* e, com ele, o *TrialbyJury*” (COUTINHO, 2018). Posteriormente denominado de *Grand*

Jury sua função era decidir sobre o que sabiam e ouviam dizer sobre os fatos, sendo o caso encaminhado mais tarde para o chamado *Petty Jury*, que era encarregado de analisar as provas produzidas, e com base nisso, decidir pela culpa ou inocência do acusado (COUTINHO, 2018).

Desta forma, o sistema inglês operava-se “como uma disputa entre as partes que, em local público (inclusive praças), argumentavam perante o júri, o qual, enquanto sociedade, dizia a verdade, *veredictum*” (COUTINHO, 2018).

Portanto, no sistema adotado, o julgador era afastado do campo probatório dominado pelas partes processuais – acusação e defesa -, em situação de igualdade, com o exercício do contraditório e da ampla defesa, fortalecendo a imparcialidade do julgador ao decidir sobre o caso penal (LOPES JR., 2020).

Neste passo, a prisão como regra abre espaço para a liberdade do indivíduo como regra, com o abandono do critério tarifário da prova e a presunção de inocência assumindo preponderância dentro do processo (SILVEIRA FILHO, 2015) ou seja, o acusado “deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal” (LOPES JR., 2020).

Ao contrário do sistema inquisitório, o processo no sistema acusatório é marcado pela oralidade, sendo que a ação é popular para delitos públicos (encarregado é o Estado), com a publicidade dos atos e o exercício pleno do contraditório (LECHENAKOSKI, 2021).

Somente pode ser chamado de acusatório o sistema que efetivamente coloque o juiz como um sujeito passivo na relação processual, equidistante das partes, com um debate entre acusação (incumbida do ônus probatório), e após exercido o contraditório e ampla defesa pela defesa (FERRAJOLI, 2018).

O objetivo a ser perseguido pelo sistema acusatório, portanto, é a imparcialidade do julgador, sendo que para que tal sistema opere, é necessário reforçar a estrutura dialética no processo, com afastamento do magistrado da gestão da prova.

2.3 SISTEMA MISTO

Há parte da doutrina³ que sustenta que, como os sistemas processuais penais puros são históricos, existindo, na verdade, uma mescla entre os sistemas processuais penais, haveria a existência de um terceiro sistema, denominado como misto (LECHENAKOSKI, 2021).

Conforme o passar do tempo, com exceção do sistema jurídico inglês em que o sistema inquisitório não conseguiu se afirmar no ordenamento jurídico, com a Revolução Francesa ao final do século XVIII, os ideais do sistema inquisitório passaram a receber influência de ideais iluministas, consequentemente, o sistema processual penal passou a ter feições acusatórias novamente (SILVEIRA FILHO, 2015).

Essa modificação para o sistema acusatório não chegou a ocorrer de forma completa, na medida que com o Código Termidoriano (1775), e, posteriormente com o Código Napoleônico (1808), deu-se “vida àquele monstro, nascido da junção entre os processos acusatório e inquisitório, que foi denominado processo misto” (FERRAJOLI, 2018, p. 566).

Em razão dessa mistura entre os sistemas processuais penais, Nucci (2020) afirma a existência de um terceiro sistema denominado como misto, no qual o processo foi dividido em duas fases, sendo a primeira com predominância das feições inquisitórias (escrita, secreta, ausência de participação do acusado), e a segunda com predominância de feições acusatórias (exercício do contraditório, oralidade nos debates entre acusação e defesa).

Um dos problemas da junção destes sistemas é evidenciado por Ferrajoli (2018) e Silveira Filho (2015) que a segunda fase, em tese deveria ser acusatória, e destinada para produção de provas sob o crivo do contraditório e ampla defesa, com a imparcialidade do julgador. Dessa forma torna esta fase meramente aparente, pois na prática esta segunda fase era uma repetição e até mesmo uma encenação dos atos da primeira fase. Muitas vezes lidos os depoimentos e provas produzidas na primeira fase e entregue aos jurados (julgadores), que não raro, tomavam sua decisão

³ Neste sentido pode-se citar a posição de Nucci (2020).

pautada no que foi produzido na primeira fase sem considerado que foi produzido na segunda fase (LECHENAKOSKI, 2021).

Contrariamente a posição de que o sistema misto corresponderia a um terceiro sistema processual penal, grande parte da doutrina vai sustentar que diante da ausência de um princípio unificador próprio nesta mistura de sistemas, não se pode falar em terceiro sistema, mas sim sistemas que são essencialmente inquisitórios, com características do sistema acusatório ou, sistemas essencialmente acusatórios com características inquisitórias (SILVEIRA FILHO, 2015).

Para saber se um sistema é essencialmente inquisitório ou acusatório, é necessário identificar, além do princípio unificador prevalecente, o núcleo diferenciador de cada sistema (gestão da prova) (LECHENAKOSKI, 2021), para então identificar o objetivo a ser alcançado pelo sistema predominante.

3 A LEI 13.964/2019 E A INSERÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS

Apesar das diversas correntes doutrinárias sobre qual é o sistema processual penal adotado no ordenamento jurídico brasileiro, o presente escrito se filia ao entendimento de Lopes Jr. (2019), em que menciona que o sistema processual penal brasileiro, pode ser chamado de (neo)inquisitório, vez que é baseado nos ditames do Código Napoleônico de 1808, ou seja, no modelo bifásico – inquisitório na primeira fase e supostamente acusatório na segunda fase – , persistindo o mesmo problema encontrado em tal sistema: a segunda fase supostamente acusatória não passa de mero disfarce para repetição dos atos produzidos no inquérito, sendo trazidas integralmente para dentro do processo, inclusive, com o mesmo julgador na segunda fase que presidiu o inquérito policial e tomou ciência dos elementos de informação colhidos naquela fase (LOPES JR., 2019).

No mesmo norte, cabe destaque o fato de que apesar de o Código de Processo Penal ser considerado como (neo)inquisitório, a Constituição da República de 1988 ao eleger a “valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana” (LOPES JR., 2020), bem como estabelecer diversos direitos e garantias processuais penais como garantias constitucionais, desenhou um modelo acusatório de processo penal (LOPES JR., 2020).

Portanto, há uma nítida inadequação entre o Código de Processo cuja feição é inquisitória e o modelo democrático e acusatório estabelecido pela Constituição da República, o que leva a doutrina a afirmar que todos os dispositivos do CPP que sejam de natureza inquisitória são substancialmente inconstitucionais e devem ser rechaçados (LOPES JR., 2020).

Com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019 em 23 de janeiro de 2020, diversas alterações foram realizadas tanto no Código de Processo Penal, Código Penal e na Lei de Execução Penal, dentre as alterações nos ateremos a três especialmente, a enunciação da estrutura acusatória no processo penal brasileiro através do artigo 3º-A do Código de Processo Penal, e a inserção do Juiz das Garantias entre os artigos 3º-B ao 3º-F do Código de Processo Penal, bem como a exclusão do inquérito policial da fase processual (artigo 3º-C, §3º do CPP).

3.1 A LEI 13.964/2019 EM BUSCA DE UM PROCESSO ESSENCIALMENTE ACUSATÓRIO?

Conforme mencionado, foram realizadas diversas alterações pela Lei 13.964/2019 no Código de Processo Penal, sendo que a primeira que se pode mencionar no presente escrito se refere a inserção do artigo 3º-A do Código de Processo Penal com a seguinte redação: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 1941).

É relevante o alerta que em 22 de janeiro de 2022, em decisão Liminar na Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, o Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia de vários dispositivos da Lei 13.964/2019, dentre eles o artigo 3-A do Código de Processo Penal, bem como os artigos 3º-B ao 3º-F do Código de Processo Penal relativo à regulamentação do Juiz das Garantias (BRASIL, 2020). Em 04 de fevereiro de 2021, o Supremo Tribunal Federal novamente instado a se manifestar acerca da suspensão do juiz das garantias, através do Habeas Corpus 197.807/DF (BRASIL, 2021), através do Ministro Alexandre de Moraes decidiu pela permanência da suspensão da eficácia dos dispositivos suspensos nas referidas ADIs.(BRASIL, 2021)

Desta forma, enquanto os dispositivos relativos à estrutura acusatória do processo penal e o juiz das garantias permanecem suspensos, vigora no processo penal brasileiro o sistema (neo)inquisitório.

Caso o dispositivo seja considerado como constitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal, uma série de alterações será realizada no Processo Penal brasileiro, valendo-se a menção de tais alterações e em que consistem.

Da leitura do artigo 3º-A do Código de Processo Penal, percebe-se que o julgador é afastado da gestão da prova tanto na fase investigativa (inquérito policial), quanto da fase processual, impedindo também a ação de ofício pelo julgador para, por exemplo, decretar prisões cautelares, busca e apreensão, entre outras medidas (LOPES JR., 2020).

Nesta perspectiva, entende-se a eleição do processo penal como essencialmente acusatório, cujo núcleo regente é expressamente declarado no dispositivo “vedadas a iniciativa do juiz na investigação e a substituição probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 1941), ou seja, o referido dispositivo afasta o magistrado da gestão da prova, o que leva à conclusão de que a imparcialidade do julgador deve ser buscada ao máximo possível.

Ainda que as funções de acusar e julgar sejam independentes entre si, tal quadro não leva a afirmativa de que o processo penal brasileiro tenha estrutura acusatória, ou seja, que seja efetivamente um sistema acusatório. A separação das funções de acusar e julgar é somente uma das características do sistema acusatório, que se isolada, não representa o sistema por si só (LOPES JR., 2019).

Para tanto, é necessário que haja uma refundação de vários outros elementos do sistema processual brasileiro, devendo ser aliada à separação das funções entre acusar e julgar das questões como “iniciativa probatória, publicidade, contraditório, oralidade, igualdade de oportunidades etc.” (LOPES JR., 2019, p. 202).

De fato, o sistema acusatório busca além do estabelecimento de uma relação dialética entre as partes, em igualdade de oportunidades, o afastamento do julgador do campo probatório, elevando a imparcialidade do julgador ao proferir a sentença.

Se a busca do sistema acusatório de processo penal é a imparcialidade do julgador, nada mais lógico do que separar o juiz que irá ter contato com os elementos informativos e decidir durante a investigação preliminar, do julgador que irá instruir o

processo e sentenciar, garantindo que o vício napoleônico não permaneça no processo brasileiro.

Desta forma, o juiz das garantias é uma complementação para que o sistema acusatório consiga operar na forma como se propõe, sendo imprescindível para tentar evitar que o ranço inquisitório permanece latente dentro do sistema processual penal brasileiro, sendo esta matéria objeto de análise a seguir.

3.2 A IMPORTÂNCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS PARA CONFIGURAÇÃO DA ESTRUTURA ACUSATÓRIA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Outra alteração promovida pela Lei 13.964/2019 foi a inserção da figura do Juiz das Garantias entre os artigos 3º-B ao 3º-F do Código de Processo Penal, dispositivos que também estão suspensos em virtude da decisão Liminar na Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 (STF, 2019). Se o processo verdadeiramente deve possuir estrutura acusatória, há sentido na criação do juiz das garantias.

Conforme mencionado, o sistema processual brasileiro denominado por Lopes Jr. (2019) como (neo)inquisitório, assim o é chamado pela sua identidade com o sistema napoleônico, em que os atos e elementos informativos colhidos na investigação preliminar permanecem na fase processual, tornando a segunda fase acusatória meramente uma cortina de fumaça, já que possibilita a mera repetição dos atos e a decisão com base na primeira fase.

Assim, insere-se o juiz das garantias para assegurar a estrutura acusatória do processo penal e a busca pela imparcialidade na tomada das decisões.

É de suma importância garantir um julgador na fase investigatória, de modo a garantir a fiscalização e proteção dos direitos do acusado nesta fase, sendo que Taporosky Filho e Arnold (2020, p. 422), mencionam: “A necessidade da atuação do juiz na fase de investigação se dá originalmente pela necessidade de proteção aos direitos do acusado, visto que, algumas medidas excepcionalmente exigidas afetam diretamente esses direitos”.

Com a existência da figura do juiz das garantias, o julgador que irá instruir e sentenciar o processo deverá ter uma “originalidade cognitiva” (LOPES JR., 2020), já que suas decisões deverão ser pautadas somente com as provas produzidas durante

o processo, afastando sua possível contaminação com os elementos colhidos e suas decisões tomadas no curso do inquérito policial (LECHENAKOSKI, 2021).

Importante ainda é a função do magistrado na fase do inquérito policial, em que, respeitada a estrutura acusatória, não deverá agir de ofício, mas mediante provocação. Tal afirmativa, não impede seu controle fiscalizatório das atividades desenvolvidas pela polícia judiciária, mas sim que não poderá, por exemplo, decretar a prisão do investigado de ofício ou outras medidas restritivas de direito, sendo instado a se manifestar pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público quando se tratar de matérias afetivas à restrição de direitos e garantias fundamentais do investigado (TAPOROSKY FILHO; BUENO, 2020).

A definição do juiz das garantias em relação a sua função é bem definida por Casara quando menciona que o juiz das garantias será o “responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela das liberdades públicas, ou seja, das inviolabilidades pessoais/ liberdades individuais frente à opressão estatal, na fase pré-processual” (CASARA, 2010, p. 170).

Esta função exercida pelo Juiz das Garantias se deve em razão de que:

durante a investigação, fase nitidamente inquisitória, alguns atos podem atingir o âmbito de direitos e exigências constitucionais, e por isso, a atuação do juiz se torna indispensável como garantidor da ordem correta dos atos e proteção de direitos (TAPOROSKY FILHO; BUENO, 2020, p. 423/424).

Em relação a todas as funções específicas a serem desempenhadas pelo Juiz das Garantias, cabendo mencionar que a previsão legal do exercício de suas funções se encontra no artigo 3º-B do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Nesta perspectiva, vale destaque ao contido no artigo 3º-C do Código de Processo Penal acerca da alçada do Juiz das Garantias, sendo que a sua competência se encerrará com o recebimento da denúncia, não podendo participar da instrução do processo.

A respeito disso, o artigo 3º-D do Código de Processo é extremamente claro em determinar que o juiz que participar de qualquer ato de competência do inquérito policial (artigos 4º e 5º do Código de Processo Penal), ficará impedido de atuar no processo após o recebimento da denúncia. Impedido também estará o julgador que conhecer o conteúdo de prova declarada inadmissível, não podendo proferir uma

sentença ou acórdão conforme disposição do artigo 157, §5º do Código de Processo Penal.

Desta feita, a figura do Juiz das Garantias além de fiscalizar os atos realizados durante a investigação e decidir sobre questões relativas à restrição de direitos e garantias fundamentais do acusado, serve ao processo para estabelecer a essência da estrutura acusatória no processo. Com o dever de fazer com que o julgador que irá participar da instrução do processo e sentenciar, esteja afastado da sua cognição contaminada pelo inquérito policial, contribuindo para a formação da decisão com base nas provas produzidas durante o processo, sob o crivo do contraditório e ampla defesa, ou seja, com o exercício da originalidade cognitiva a partir das provas produzidas no processo.

Não faria sentido atribuir ao inquérito um magistrado e ao processo outro, se tais elementos fossem juntados ao processo posteriormente ao recebimento da denúncia, com amplo acesso do julgador que irá realizar a instrução, vez que contraria um dos próprios objetivos do juiz das garantias: evitar a contaminação do magistrado responsável pela instrução e sentença com os elementos informativos do inquérito,

Assim, para assegurar a imparcialidade do julgador e afastar o ranço inquisitorial napoleônico de dentro do processo, o §3º e §4º do artigo 3º-C do Código de Processo Penal, determinam que os autos de competência do juiz das garantias deverão ficar acautelado na secretaria, ou seja, não será levado para dentro do processo, situação a qual será melhor analisada adiante.

3.3 A EXCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL COMO FORMADORA DA ORIGINALIDADE COGNITIVA

Antes de se adentrar ao tema com maior profundidade, deve ser mencionado que o termo utilizado “inquérito policial” reside justamente na investigação preliminar conduzida pela autoridade policial, cujo nome é atribuído em razão do órgão encarregado por sua condução, porém há outras formas de investigação que antecedem um processo, como nos casos das Comissões Parlamentares de Inquéritos (CPIs), crimes de competência da Justiça Militar, entre outros (LECHENAKOSKI, 2021). Porém, diante da terminologia adotada pelo próprio Código

de Processo Penal, convencionou-se na *práxis* chamar a investigação preliminar de inquérito policial.

Para se compreender a lógica estabelecida pelos artigos 3º-C, *caput* do Código de Processo Penal (competência do Juiz das Garantias até o recebimento da denúncia) e do §3º do mesmo dispositivo (acautelamento do inquérito policial na secretaria do juiz das garantias), é necessário percorrer a questão da finalidade e natureza jurídica do inquérito policial.

De início, é válido mencionar que de acordo com o artigo 2º da Lei 12.830/2013, somado ao artigo 4º do Código de Processo Penal, o Inquérito Policial será atribuição da Polícia Judiciária, composta pelas autoridades policiais do território, cuja condução compete ao delegado de polícia, tendo como objetivo a apuração das infrações penais e da sua autoria (BRASIL, 1941).

Sob esta ótica de quem será responsável pela condução do inquérito policial, já denota uma das características pela qual vai ser definida sua natureza jurídica como administrativa e não judicial (COUTINHO, 1993).

Somado a questão do órgão encarregado da condução do inquérito policial, resta a finalidade que será “a formação da *opiniodelicti* do Ministério Público (MP) com o objetivo de que o órgão da acusação ofereça denúncia ou promova o arquivamento” (LECHENAKOSKI, 2021, p. 146). Portanto, o inquérito policial serve como base para um processo futuro, cuja função é “averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso” (LOPES JR., 2020, p. 181).

O inquérito policial, portanto, será destinado a fornecer “elementos suficientes de autoria e materialidade delitiva (*fumus comissi delicti*)” (LOPES JR., 2020) para que seja enviado ao Ministério Público para sua formação da opinião sobre o delito, ou seja, se será caso de oferecimento da denúncia ou arquivamento (quando não há base razoável para oferecer a denúncia), servindo como um primeiro filtro para que acusações infundadas não sejam levadas à um processo judicial, com todo o ônus a ser suportado pelo acusado.

Desta forma, define Lopes Jr acerca da natureza jurídica e finalidade do inquérito: “quanto à natureza jurídica do inquérito policial, vem determinada pelo sujeito e pela natureza dos atos realizados, de modo que deve ser considerado como um procedimento administrativo pré-processual” (LOPES JR., 2020, p. 182).

Percebe-se que a finalidade do inquérito policial atinge seu objetivo quando é oferecida a denúncia ou promovido o arquivamento, e uma vez tendo cumprido sua finalidade, não há razão para que permaneça dentro do próprio processo, inclusive pelo motivo de que não será considerado como prova, mas sim elementos informativos, não podendo fundamentar uma condenação conforme previsão do artigo 155 do Código de Processo Penal. A ressalva realizada pelo dispositivo é em relação às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A vedação da condenação com base exclusivamente no inquérito policial possui sentido quando verificado que no procedimento realizado, não é garantido o contraditório e a ampla defesa em sua forma plena, sendo estes um dos elementos a base argumentativa de que o inquérito policial possui natureza inquisitória.

Somado todos estes fatores acima elencados, há razões para justificar a existência do §3º do artigo 3º-C do Código de Processo Penal, o qual determina que os autos de competência do Juiz das Garantias deverão ficar acautelado na secretaria deste juízo, não sendo levados ao processo. O referido parágrafo também excetua as hipóteses das provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que serão apensadas ao processo.

Com essa nova estrutura dada pelo §3º do artigo 3º-C do Código de Processo Penal, esses elementos informativos colhidos no inquérito deverão ser afastados do magistrado da instrução, devendo ser assegurado às partes o acesso ao inquérito policial conforme §4º do mesmo artigo supracitado.

As alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 com a inserção dos artigos 3-A ao 3-F do Código de Processo Penal é dotada de toda uma lógica estrutural na tentativa de assegurar a estrutura acusatória do processo penal brasileiro, que se isoladas não levam nenhum efeito.

Em relação a estrutura acusatória, outros dispositivos também foram modificados, como exemplo o artigo 28 do Código de Processo Penal, que passou a constar que o Ministério Público poderá determinar o arquivamento do inquérito policial, sendo que no sistema anterior, a determinação do arquivamento era feita pelo próprio julgador, o que evidentemente, viola uma estrutura dialética, imparcialidade do julgado e o seu afastamento da gestão da prova, consequentemente, viola a estrutura acusatória do Processo Penal.

Contudo, assim como os artigos 3º-A ao 3º-F do Código de Processo Penal, o artigo 28 do mesmo diploma legal também está com eficácia suspensa em virtude das ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se verifica, a migração do sistema inquisitório para o sistema acusatório é mais do que a simples escolha de um sistema processual penal, mas representa a busca pela democracia (já que possuem a mesma base epistemológica), bem como a concretização do projeto constitucional de 1988.

Nesta perspectiva, a Constituição da República de 1988 ao enunciar diversas garantias fundamentais, como exemplo a presunção de inocência, devido processo legal, imparcialidade do julgador, publicidade e fundamentação das decisões, contraditório, ampla defesa e inúmeros outros princípios de caráter processual penal, adotou a sistemática acusatória de Processo Penal.

Consequentemente, o raciocínio a ser empregado quando se trata do Processo Penal brasileiro é que, após o advento da Constituição da República de 1988, com sua opção garantista e acusatória, não há mais espaço para a persistência do sistema inquisitório ou até mesmo, do sistema (neo)inquisitório do Processo Penal brasileiro de 1941, sendo necessário a reforma processual penal em busca do sistema acusatório.

Nesta linha de raciocínio, a lei 13.964/2019 ao inserir o artigo 3º-A no Código de Processo Penal, enunciando a estrutura acusatória do processo penal, vedando a iniciativa probatória do magistrado e demarcando os papéis dentro da relação processual (afastando o juiz do campo da gestão da prova), nada mais fez do que afirmar a opção constitucional garantista e acusatória no Processo Penal brasileiro.

Nada mais lógico que ao afirmar a estrutura acusatória do processo penal, seja realizada uma reformulação do Processo Penal, como a inserção do Juiz das Garantias, que eleva a imparcialidade do julgador nas decisões a serem tomadas no curso do processo, afastando o julgador da instrução e sentenciante do inquérito policial, notadamente marcado pela feição inquisitória a ele inerente.

Mas de nada adiantaria afastar dos elementos da investigação preliminar o julgador responsável pela fase processual, se tais elementos permanecessem dentro

do próprio processo, pois os vícios inerentes ao modelo inquisitório napoleônico já mencionados persistiriam dentro do processo penal brasileiro, fazendo com que a fase denominada como acusatória seja um mero disfarce para persistência do modelo (neo)inquisitório processual penal, abrindo espaço para os termos corroborado, aliado etc.

Conforme se verificou, a busca do sistema acusatório em essência é o afastamento do magistrado da gestão da prova, bem como a busca pela sua imparcialidade no julgamento, também assegurando ao devido processo legal as demais garantias de corpo constitucional.

Se este é um dos objetivos do sistema acusatório, para que se tenha a originalidade cognitiva e a busca da imparcialidade do julgador responsável pela fase processual, mais do que desejável, se torna necessário o acautelamento do inquérito policial e sua respectiva exclusão do processo, para que então se concretize os objetivos e fundamentos para existência do juiz das garantias.

Manter o mesmo julgador que presidiu o inquérito, bem como tal investigação preliminar ser mantida dentro do bojo do processo é ir na contramão do que é buscado pelo sistema acusatório, vez que a decisão tomada certamente não será dotada de originalidade cognitiva, afastando-se também a imparcialidade do julgador ao analisar as provas produzidas na fase judicial.

É imprescindível para a existência de um processo penal constitucionalizado, que seja superada as matrizes e vícios inquisitoriais que ainda permanecem Código de Processo Penal brasileiro.

Se efetivamente a busca brasileira é pela democratização do processo, a sua aproximação do sistema acusatório de processo penal é o caminho necessário a ser trilhado, e nesta perspectiva, o juiz das garantias e a exclusão do inquérito policial da fase processual é o primeiro passo a ser dado rumo a um Processo Penal constitucionalizado.

Mesmo com as alterações legislativas, as faces ocultas (nem tão ocultas) do sistema inquisitório ainda persistem no território brasileiro, sendo um exemplo claro de resistência para a implantação do sistema acusatório e manutenção do sistema (neo)inquisitório brasileiro, a própria decisão de suspensão dos artigos 3º-A ao 3º-F do Código de Processo Penal nas (ADIs) nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 no Supremo Tribunal Federal (STF, 2020).

Portanto, é relevante destacar que apesar da enunciação da estrutura acusatória no processo penal brasileiro, bem como a criação do juiz das garantias e exclusão do inquérito policial da fase processual, tais alterações não se mostram suficientes para resolver a problemática do inquisitorialismo processual penal brasileiro, pois não superam a mentalidade processual inquisitória brasileira, pois apesar da lei modificar o texto normativo, os atores processuais continuam os mesmos, com os mesmos vícios. Ou seja, é preciso (re)pensar o processo penal, seus dispositivos e a sua aplicação a partir da matriz acusatória e constitucional, superando-se de uma vez por todas o ranço inquisitorial brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, decreto Lei n 3.689 de 03 de outubro de 1941, Rio de Janeiro, 1941.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADI 6298-DF**, Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 2 mar. 2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Programacaodasaudienciaspublica_ADI6298.pdf. Acesso em: 4 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADI 6299-DF**. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 3 fev. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI6299.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADI 6300-DF**. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 10 mar. 2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Programacaodasaudienciaspublica_ADI6300_10_3_20.pdf. Acesso em: 4 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADI 6305-DF**. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 3 fev. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI6305.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2021

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus 197.807/DF**. Rel. Ministro Alexandre de Moraes, julg. 04 de fev. de 2021.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. Juiz das Garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CORDERO, Franco. Linhas de um processo acusatório. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurelio Nunes da (Org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, v. 4, 2018. p. 17-48.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. **Revista de Processo**, v. 18, n. 70, 1993, p. 49-58.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: **Crítica à Teoria Geral do Processo Penal**. Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os Sistemas Processuais Penais**: Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Vol. I. Orgs. Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Observatório da Mentalidade Inquisitória: Curitiba, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoria del garantismo penal. Buenos Aires: Editorial Trotta, 2018.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5.ed. Trad. Manuela Pinto dos Santos; Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KHALED JR., Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento Casa do Direito, 2016.

LECHENAKOSKI, Bryan Bueno. **Processo penal brasileiro e o sistema acusatório**: análise crítica dos sistemas processuais penais ao ônus da prova. Curitiba: InterSaberes, 2021.

LECHENAKOSKI, Bryan Bueno; BAGGIO, Andreza Cristina. a atipicidade da técnica executiva no código de processo civil e o juiz com super-poderes: uma aproximação do sistema processual inquisitório?. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1006, 2019, p. 303-332.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao direito processual penal**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas; ARNOLD, Amanda Emily. Alguns apontamentos sobre os sistemas processuais penais. **Revista Húmus**, v. 9, n. 27, p. 351-375, 2019.

TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas; BUENO, Diéssica. O juiz das garantias como ferramenta para assegurar a imparcialidade no processo penal, v. 10, n. 29, **Revista Húmus**, p. 420-435, 2020.

Artigo recebido em: 11/10/2021

Artigo aceito em: 22/11/2021

Artigo publicado em: 28/07/2022