

A RELEVÂNCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS PARA A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA FASE PRELIMINAR

THE RELEVANCE OF THE GUARANTEES JUDGE TO DEFENSIVE INVESTIGATION IN THE PRELIMINARY PHASE

Fabrizio Dreyer de Ávila Pozzebon

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Professor Titular da PUCRS. Professor Credenciado Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0249107040628151>

ORCID: 0000-0002-9724-5818.

fabrizio.pozzebon@pucrs.br

Rodrigo Oliveira de Camargo

Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Bolsista Capes. Coordenador Estadual do IBCCrim no Estado do Rio Grande do Sul.

Professor de Direito Penal e Processo Penal da ULBRA/Torres.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3857509102507710>

ORCID: 0000-0003-2340-9901

rodrigo@rodrigodecamargo.com.br

Resumo: Com o advento da Lei 13.964/2019, o Pacote Anticrime, o presente escrito busca tensionar a importância do juiz das garantias para uma melhor compreensão e desenvolvimento do instituto Investigação Defensiva no Brasil. A partir da análise comparada de ordenamentos processuais recém reformados na América Latina e que adotaram uma postura de mudança global de sua orientação político-crimeal, de um sistema predominantemente inquisitório para outro predominante acusatório, encontramos a descentralização dos poderes de investigação das mãos do Estado e sua redistribuição na mão das partes. Nesse contexto, avulta o juízo das garantias como um órgão de controle dessa importante atividade que, em um Estado Democrático de Direito, não deve se consolidar de forma exclusiva em entes públicos.

Palavras-chave: Sistemas Processuais, Investigação Defensiva, Juiz das Garantias, Pacote Anticrime.

Abstract: With the advent of Law 13.964 / 2019, the Anticrime Package, this writing seeks to tense the importance of the guarantees judge for a better understanding and development of the Defensive Investigation institute in Brazil. Based on comparative analysis of procedural systems recently reformed in Latin America that adopted a posture of global change of their political-crimeal orientation, from a predominantly inquisitorial system to another predominantly accusatory, we find the decentralization of the investigative powers of the hands of the State and its redistribution in the hands of the parties. In this context, the guarantees authority stands out as a control organ for this important activity that, in a Democratic State of Law, should not be consolidated exclusively in public entities.

Keywords: Procedural Systems, Defensive Investigation, Guarantees Judge, Anticrime Package.

Muitos estudos serão necessários para dimensionar o impacto do Pacote Anticrime em nosso sistema jurídico penal. No caso do processo penal, se de um lado transplanta "a la carte" apêndices de procedimentos orientados pelo sistema acusatório,¹ de outro, tem a capacidade de renovar a concessão de poderes de ofício ao magistrado (v.g., a nova redação do art. 282, § 5º do, CPP), providência não só típica, mas fundante de sistemas inquisitoriais.

Uma análise possível ultrapassa o que foi oferecido pelo Pacote e vai além da compreensão de conceitos como *acordo de não persecução penal*, *juiz das garantias* ou *cadeia de custódia*. Isso para ficar entre as que irão causar maiores debates e polêmicas – como se verificou com a decisão cautelar do STF que, ao contemplar as ADI 6298, ADI 6.299, ADI 6.300 e ADI 6305 por alegadas inconstitucionalidade formal e material, suspendeu a eficácia dos arts. 3º-A a 3º-F, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 13.964/2019, que trata do juiz das garantias. É que o exame de questões como essa implica, além da revisão de uma cultura inquisitória arraigada, o conhecimento dos sistemas processuais e da integralidade das ferramentas, que permitem o funcionamento das engrenagens em um sistema processual que se diz acusatório. Nesse contexto, reforçada a importância do debate em torno daquilo que nos acostumamos chamar de investigação defensiva, cujo conceito brasileiro encontra-se expresso no art. 1º do Provimento 188/2018 do CFOAB. Juiz das garantias e investigação defensiva são elementos

não só compatíveis em um mesmo sistema, mas que se relacionam entre si. E para reforçar a importância do juiz das garantias, basta olhar para os países latinoamericanos que avançaram no sentido de substituir o sistema inquisitório pelo sistema acusatório.

A comparação produzida a partir dos diplomas processuais de nossos vizinhos, como ocorreu com a Argentina (artigo 192 do Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, artigo 209 do Código Procesal Penal de Buenos Aires, artigo 17 c/c artigo 165 do Código Procesal Penal de Chubut), o Uruguai (artigo 264 do Código del Proceso Penal Uruguayo), o Chile (artigo 93, artigo 183 e artigo 186 do Código Procesal Penal do Chile) e a Colômbia (artigo 267 e seguintes do Código de Procedimiento Penal Colombiano), países que se propuseram a produzir reformas processuais globais sérias, aponta que eles não apenas alteraram sua legislação processual para uma orientação acusatória, mas também envidaram esforços para superar a estrutura e a cultura inquisitórias presentes em seus sistemas de justiça. É que assim como o Brasil, esses países carregam em seu DNA o código napoleônico² e foram influenciados, cada um a sua maneira, pelas culturas jurídicas³ cristalizadas ao longo de suas histórias, cujo traço em comum é a herança colonialista e a passagem por períodos totalitários e de baixa preocupação com o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Os países analisados não apenas reconheceram o juiz das garantias

em suas reformas, como também, com maior ou menor intensidade, a importância de uma defesa penal efetiva como condição prévia para o exercício das garantias referentes ao exercício de um juízo justo:⁴ em outras palavras, é dizer que, para que a defesa seja efetiva, é necessário um juiz das garantias que, desde a investigação, assegure a paridade de armas. A concepção moderna de paridade de armas e devido processo legal significa reconhecer que nenhuma das partes pode postar-se em uma posição desvantajosa em relação à outra, o que deve ser assegurado em qualquer momento da persecução estatal, bastando que haja qualquer imputação formal e material.⁵

A essência do sistema está no redimensionamento da distribuição de poderes e funções dos sujeitos processuais: o *due process of law* estabelece o caminho necessário ao *fair play*. O sistema acusatório reforça a posição do juiz como *controller* e, portanto, garantidor do *fair play*,

observando formas de um processo regular e de administração da justiça. Nele, as partes, em igualdade de condições, exercem um contraditório, que reconhece o direito ao acesso legal e concomitante a toda informação pertinente para o processo, o que só aparece na *civil law* como uma etapa da instância, seu momento público mais secundário em relação à fase preparatória, amplamente controlada pelo juiz. Em que pese o processo acusatório apresente variações em cada país,⁶ considerar um modelo "puro" implica não atribuir ao juiz atividade capaz de desvirtuar a função de árbitro desinteressado no resultado da persecução penal.⁷

Isso mostra singular importância nas atividades de pré-construção das hipóteses que têm por função colocar os fatos em condição de julgamento, além de constituir, durante toda a duração do processo, a referência dos debates.⁸ A adoção da estrutura acusatória caracteriza-se especialmente pela responsabilização das próprias partes pelo material a ser introduzido no processo; ou seja, existe um certo grau de dependência do funcionamento do sistema em relação às informações que são subministradas pelas partes,⁹ inclusive na fase de investigação preliminar.

Ferramenta essencial ao funcionamento de um sistema que se diz acusatório, esse poder de acesso ao saber nas mãos das partes, em simetria de posições, permite à defesa buscar elementos para introduzir no processo de modo a possibilitar a formulação de suas teses, bem como para estabelecer a devida proporcionalidade na realização do acordo de não persecução penal ou outro mecanismo de consenso. Propicia ao indivíduo, ainda, tomar suas decisões de forma esclarecida, ciente das evidências disponíveis a partir de uma operação de esclarecimento das causas, com todos os elementos existentes às claras e considerados por um juiz que garante o acesso aos elementos, além de permitir a produção de outros. As informações aportadas na fase preliminar não ficam apenas a cargo da autoridade policial, o que contribui para ruir o mito de que é ela responsável por *colher todas as provas que servem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias* (art. 6º, III, do Código de Processo Penal), além de *fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento do processo* (art. 13, I, do Código de Processo Penal).

Tais aspectos decorrem da essência do sistema e também é possível percebê-los da conjugação dos dispositivos que introduzem esse novo sujeito ao processo penal brasileiro. 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, o juiz das garantias tem competência sobre todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, devendo ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal. A partir daí, na condição de responsável pela salvaguarda dos direitos individuais, é membro essencial aos interesses da atuação defensiva na fase preliminar,

podendo a ele ser dirigidos pedidos com o intuito de requisitar ao delegado documentos, laudos e informações sobre o andamento da investigação, ou ainda, decidir sobre os requerimentos de acesso aos elementos informativos, informações sigilosas e provas produzidos no âmbito da investigação criminal. Até porque, a teor do que determina o art. 21 da Lei de Acesso à Informação, não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial de direitos fundamentais. Também, é condição essencial para assegurar aos investigados o acompanhamento e produção de elementos na fase preliminar, conforme se extrai da competência do juiz das garantias para deferir pedido de admissão de assistente técnico, com o objetivo de acompanhar a produção da perícia. O que deve ser lido em conjugação com o art. 7º, XXI, "a", do Estatuto da Advocacia, o qual assegura ao advogado o direito de apresentar quesitos aos elementos que estão sendo produzidos durante a investigação preliminar. Portanto, no que diz respeito à atuação defensiva junto à investigação preliminar, o juiz das garantias é festejado avanço em relação à discricionariedade policial, especialmente no tocante aos requerimentos de produção de diligências formulados pelos investigados no curso do inquérito policial, tal qual impresso no art. 14 do Código de Processo Penal.

Trata-se de uma nova razão, inclusive econômica, da investigação preliminar. Do reconhecimento de que o Estado não é absoluto no exercício do poder e a qualificação para o interesse geral pode ser estabelecida a partir da confiança firmada entre os atores sociais, tanto no tocante à valorização das vontades autônomas, como em relação à iniciativa das medidas.

Em um típico sistema de partes, a elas são outorgados poderes para controlar a investigação sobre os fatos antes do julgamento (*pretrial* ou *Discovery*), já que as normas processuais fundadas sob essa lógica autorizam ferramentas com as quais partes possam buscar provas fora do Tribunal, respaldados pela autoridade da Corte em exigir a cooperação dos adversários e de terceiros. *Discovery* é expressão do igualitarismo, tendo em conta que essa alternativa assegura igualdade de oportunidades: reflete o individualismo competitivo, que permite às partes criarem em equilíbrio de condições, em um programa de instrução processual concebido para lograr a melhor maneira de agir no caso concreto, sem supervisão judicial ampla e com limitações vagamente ditadas pelas regras processuais – a proibição genérica de prova ilícita.

Esse poder é dado à parte para obter elementos aptos a preencherem seus anseios durante a instrução e não pelo fato de estar também ela sujeita à produção de prova: os papéis no jogo devem ser harmônicos e a instrução dirigida funciona como um importante elemento neste desenho. É conferido à parte o poder de exigir que o adversário e outras testemunhas em potencial se sujeitem a questionamentos orais sob juramento sem a presença do juiz (*deposition*), respondam sob juramento perguntas escritas (*interrogatories*), ofereçam seus documentos para exame pelo adversário (*document Discovery*) e, quando suas condições físicas e mentais estejam em discussão, submetam-se a exames médicos realizados por um profissional da escolha do interessado. Nada semelhante a esse sistema de determinação dos fatos fora do tribunal era admitido no âmbito de *civil law*,¹⁰ antes das reformas retromencionadas, pelo menos no âmbito latino-americano.

O transplante de conceitos do sistema acusatório por intermédio do Pacote Anticrime, sobretudo no reconhecimento da figura do juiz das garantias, trouxe um impulso essencial para as pretensões do desenvolvimento da compreensão do fenômeno da investigação defensiva no Brasil. Os atos investigatórios na fase preliminar da persecução penal afetam, com diferentes intensidades, direitos fundamentais do investigado, o que leva à necessidade da presença do Estado-Jurisdição, especialmente em modelos processuais

penais de opção política democrática, com regras claras, harmônicas e eticamente aceitáveis, atrelados à Diplomas Internacionais e à Constituição Federal. Argumentos contrários ao juiz das garantias, de caráter nitidamente utilitário e concebidos no senso comum, que buscam atacá-lo com argumentos orçamentários e insuficiência de juizes, não apenas ignoram a valorização da prestação jurisdicional, como a possibilidade da existência de mais de um juiz na Comarca, a integração de Comarcas vizinhas, assim como a necessidade dos plantões judiciários.¹¹ Por essa ótica, necessárias adaptações de pessoal e orçamentárias encontram sua justificativa na evolução conquistada com a implementação do juiz de garantias, responsável pela salvaguarda dos direitos fundamentais das pessoas investigadas, importante marco na adoção de um desejado e efetivo sistema acusatório.

Ademais, a Lei 13.964/2019, ainda que com todas as críticas a ela dirigidas, pelo menos deve ter sua integridade respeitada. A previsão do acordo de não persecução penal, por exemplo, em tese aplicável a uma vasta gama de infrações penais, vale dizer, infrações penais sem violência ou grave ameaça à pessoa e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, tendo em vista o momento inicial em que é proposto, pressupõe admitir que a fase preliminar e os elementos que nela são colhidos passam a ter relevância sobrelevada, inclusive de modo a contribuir para a celebração de um acordo mais justo, o que também reforça a importância da Investigação Defensiva. O modelo previsto na Lei foi pensado com uma fase preliminar, de estrutura acusatória, onde o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e salvaguarda de direitos individuais e, após essa fase, é que a proposta do acordo de não persecução penal deveria ocorrer. Não a partir do tradicional modelo a cargo da autoridade policial que tem, dentre outras características, a inquisitividade e o sigilo, ficando a produção do contraditório e da ampla defesa postergados para o devido processo legal. Assim, nesta fase processual inicial, em que será proposto o acordo de não persecução penal, se realizada com base no modelo a cargo exclusivamente da autoridade policial, a decisão sobre sua aceitação estará sujeita a uma série de limitações e prejuízos.

Até o presente momento, a tendência era elaborar um modelo próprio de Investigação Defensiva no Brasil, em que a defesa buscava (legitimamente) contribuir para a ocupação desse espaço

de poder (vide o Provimento 188/2018 do CFOAB), mas atuando sem um controle judicial mais efetivo de suas práticas. É importante considerar que a investigação privada, apesar de sua inegável importância, também é passível de malferimento a direitos e garantias. A definição de diversas questões, tais como a forma como se dará essa investigação na esfera processual penal, os limites de atuação e a relação da defesa com a polícia, o Ministério Público e o magistrado, dentre outras, é ainda um complexo caminho a ser trilhado, mas essencial no processo de inserção dessa figura em nossa estrutura processual, que se diz acusatória.

Jamais devemos ignorar que o legislador brasileiro deixou de lado um modelo processual pronto, integralmente adequado ao sistema acusatório e que funciona com os institutos do juiz das garantias e da investigação defensiva como engrenagens harmônicas, em perfeita sintonia. A inserção "a la carte" dos dispositivos que agora figuram no art. 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal – com redações pinçadas tais quais previstas no texto da reforma global do Código de Processo Penal que tramitou na Câmara dos Deputados (PLS 156/2009) e no Senado Federal (PL 8045/2010) – nada mais são do que a transcrição literal do que o projeto de reforma global dispõe em seus artigos 4º e 14. Ignorou-se por completo que neste sistema está assegurado no art. 13, como garantia ao exercício do devido processo legal, eixo central do modelo acusatório, a faculdade ao investigado de, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas, em procedimento que, em seu §3º, reconhece a intervenção do juiz de garantias para assegurar direitos e deveres. O juiz das garantias é condição essencial à investigação defensiva, que é essencial ao devido processo no sistema de estrutura acusatória.

Pensamos que, com a efetiva aplicação dos dispositivos referentes ao juiz das garantias – cuja vigência neste ponto, agora, está suspensa até manifestação final do Plenário do STF – haverá um ambiente que permitirá o desenvolvimento do instituto da investigação defensiva, servindo ele como um instrumento útil à defesa e ao desmantelamento da cultura e engrenagens inquisitórias existentes no processo penal brasileiro, para as quais, via de regra, reformas assistemáticas tendem a contribuir.¹²

NOTAS

- 1 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. *Boletim do IBCCRIM*. Ano 27. N.º 317, abr./2019; VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos "legal transplants"? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, mai./set. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.133>
- 2 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O garantismo inquisitório brasileiro: Continuidades do discurso autoritário no pensamento processual penal. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. v. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*. Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- 3 CHASE, Oscar G.. *Direito, Cultura e ritual*: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- 4 BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. *Defesa Criminal Efetiva na América Latina*: Argentina, Brasil, Colômbia, Guatemala, México e Peru. São Paulo: Adc/ Cerjusc / Conectas / Dejusticia / Idd / Iccpg / Ijpp / Inecip, 2016. p. 7.
- 5 BALDAN. Édson Luís. Modelo dual de polícia e operacionalidade do sistema acusatório de processo penal brasileiro. In: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. *Desafiando a Inquisição*: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017. p. 390.
- 6 Alguns autores norte-americanos entendem que o único sistema acusatório é o da *common law* e todos os demais seriam inquisitórias. Autores europeus, em sua maioria, entendem que o sistema da *common law* é o adversarial e não o acusatório. Outros chamam o sistema da *common law* de acusatório puro.

O acusatório contemporâneo, segundo o pensamento majoritário, permite, por exemplo, poderes probatórios subsidiários pelo juiz.

- 7 MARTÍN, Jorge Eduardo Sáez. *El juez de garantía en el sistema adversarial*. Santiago: Thomson Reuters, 2013. p. 219-247; FERNANDEZ, Mauricio Decap; JULIO, Mauricio Duce; HOLMAN, Leonardo Moreno; MARTÍN, Jorge Eduardo Sáez. *El modelo adversarial en Chile*: ponencias sobre su implementación en La reforma procesal penal. Santiago: Thomson Reuters, 2013. p. 221.
- 8 GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgare nos Estados Unidos e na França*: Cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 88.
- 9 LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 399; DAMASKA, Mirjan R.. *El derecho probatorio a la deriva*. Madri: Marcial Pons, 2015. p. 83-97.
- 10 CHASE, Oscar G.. *Direito, Cultura e ritual*: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- 11 GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de Garantias – um nascituro estigmatizado. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.). *70 anos do Código de Processo Penal Brasileiro*: balanço e perspectivas de reforma. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 299-308.
- 12 SILVEIRA, Felipe Lazzari da; CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. Uma ilha acusatória em meio a um oceano de inquisitorialidades: perspectivas sobre a introdução do juiz das garantias no processo penal brasileiro. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri. *Pacote Anticrime*: reformas processuais. Florianópolis: Emais Editora, 2020. p. 15-34; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Crônica de um suicídio anunciado: o garantismo inquisitório brasileiro ou de como um sistema acusatório não pode ser construído por decreto. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri. *Pacote Anticrime*: reformas processuais. Florianópolis: Emais Editora, 2020. p. 35-43.

Recebido em: 24/01/2020 - Aprovado em: 19/06/2020 - Versão final: 10/08/2020