

INQUISITIVIDADE ESTRUTURAL E O JUIZ DE GARANTIAS

Glauco Gumerato Ramos²⁸

Aos diletos

Eduardo J. F. Costa, Sebastião

Pujol e Lúcio Delfino

I

Existe um especial motivo para que este escrito tenha sido composto enquanto a memória me remetia ao EDUARDO, ao PUJOL e ao LÚCIO. Para além da estima que guardo em relação aos três, que pensam o *Direito e o Processo* a partir daquilo que a Constituição da República estabelece, houve um dinamismo potencializador desta prazerosa lembrança. De cada um deles já ouvi menções honrosas a um *jurista-filósofo* de quem tive a oportunidade de ser aluno num curso de “política e acesso à justiça” na Fundação Konrad Adenauer, em São Paulo, no distante primeiro semestre de 1999. Ele foi um dos que prelecionou naquele evento. Seu nome: TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ

JÚNIOR. Desse meu contato com a Fundação Adenauer recebi o convite para escrever no volume nº 3 dos *Cadernos Adenauer*, que tinha como *leitmotiv* a temática do *Acesso à justiça e Cidadania*²⁹. Foi nesse curso o meu primeiro contato com o professor TÉRCIO.

Egressos da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, EDUARDO e PUJOL foram alunos de TÉRCIO SAMPAIO ali na *Velha Academia*. EDUARDO na graduação e depois no doutorado da PUC de São Paulo. PUJOL com ele teve algumas palestras durante a graduação [seu professor de *Introdução ao Estudo do Direito* foi ALLAOR CAFFÉ FILHO], e posteriormente veio a ser seu aluno no doutorado da USP. Coincidentemente ambos são da estrutura federal do aparato de “justiça”. EDUARDO é juiz federal junto ao TRF-3. PUJOL é delegado da polícia federal em São Paulo. Não é de hoje que EDUARDO afirma a influência que as lições de TÉRCIO SAMPAIO exerceram em sua formação, já o tendo feito, inclusive, n’alguns de seus escritos. PUJOL nutre equivalente reverência pela obra desse grande pensador e graças a isso nos conhecemos. Quando de

²⁸ Presidente para o Brasil do Instituto Pan-americano de Direito Processual (IPDP). Diretor de Relações Internacionais da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Professor da Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá (FADIPA). Advogado em JUNDIAÍ.

²⁹ Cf. *Cadernos Adenauer nº 3 – Acesso à justiça e cidadania*, São Paulo: Fund. Konrad Adenauer,

maio/2000. Escreveram nesse volume: LAGUARDIA, Jorge Mario García (México), RAMOS, Glauco Gumerato (São Paulo), RODRIGUES, Walter Piva (São Paulo), PONTES, Evandro Fernandes de (São Paulo), CHOUKR, Fauzi Hassan (São Paulo), STEIN, Torsten (Alemanha).

meu retorno como professor da FADIPA, no segundo semestre de 2017, certa noite PUJOL me viu na Sala dos Professores com o livro de introdução ao Direito de autoria do Prof. TÉRCIO. Naquele semestre tive a chance de lecionar aos *primeiranistas* da FADIPA. No mesmo instante SEBASTIÃO PUJOL, colega professor que eu ainda não conhecia, aproximou-se de mim e indagou: - *Você está ensinando aos Moços a raciocinar o Direito pelo enfoque zetético ou dogmático?* Neste dia nos tornamos amigos. Devo dizer que o presente texto surgiu após convite que me fez PUJOL para escrever na *Revista de Direito Penal e Processual Penal* [<https://revistas.anchieta.br/index.php/DireitoPenalProcessoPenal>], por ele coordenada na FADIPA. Sabedor de meus vínculos com o **Garantismo Processual**, pediu-me PUJOL para explorar o tema a partir do enfoque **dogmático** que é próprio do saber *processual-garantista*, sem descuidar das possíveis argumentações *zetéticas* que o “juiz de garantias” suscita. Nessa correlação de ideias e memórias também comparece LÚCIO DELFINO. Há menos de quinze dias assisti uma aula telepresencial ministrada por LÚCIO, onde ele traçou os confins entre aquilo que chamou de *Garantismo Ferrajoliano e Não-Ferrajoliano*. Em suma, distinções epistemológicas entre o que se

concebe por *Garantismo*, em geral, e por *Garantismo Processual*. Durante sua exposição LÚCIO DELFINO foi preciso ao afirmar que o *processual-garantismo* é um saber **dogmático**, já que todo o seu desenvolvimento parte daquilo que está *escrito e posto* numa determinada ordem jurídica. O *Garantismo Processual responde* (=explica) a partir da *finitude* do ambiente da Constituição e dos pactos internacionais que vigoram em determinado *tempo e espaço*. O *Garantismo Processual* não é, propriamente, um saber **zetético**, no qual a “medida do possível” ultrapassa os limites do Direito a partir de **perguntas** (=questionamentos) que alcançam a *sociologia jurídica*, o *moralismo jurídico*, a *política*, a *história* ou qualquer outro ramo do saber que esteja fora do espaço próprio do **ontologicamente jurídico**. Sem embargo, o Professor TÉRCIO SAMPAIO deixa claro que entre a argumentação **zetética** e **dogmática** “*não há uma separação radical; ao contrário, na totalidade do discurso jurídico, elas se entremeiam, referem-se mutuamente, às vezes se opõem, outras se colocam paralelamente, estabelecendo um campo de possibilidades bastante diversificado. (...) O jurista revela-se, assim, não só como o especialista em questões dogmáticas, mas também em questões zetéticas*”³⁰. Meu escrito seguirá nessa linha.

³⁰ Cf. FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª ed. 1997, p. 90.

Farei uma abordagem *dogmática* da figura do “juiz de garantias”, técnica procedimental decorrente da *estrutura acusatória* do PROCESSO, tal como o prevê a Constituição. Apesar do avanço em sua positivação, a técnica foi regulamentada de modo *assaz acanhado* pelo legislador brasileiro. Farei ainda uma abordagem *zetética* sobre o tema. Isso será feito a partir da *(re)afirmação* de que há fatores históricos que – muito provavelmente – *introjetaram em nosso DNA social* uma espécie de *inquisitividade*³¹ da qual ainda não nos imunizamos. Gerou-se, a partir daí, uma *superestrutura* que segue apostando – talvez inconscientemente, talvez não – numa inexistente *onipotência* das autoridades que nos julgam, como se só elas, e somente elas, fossem capazes de redimir os males que contaminam o tecido social. O problema é grave. Afeta o espaço do PROCESSO onde são julgados temas de conotação criminal com a mesma contundência que afeta o espaço do julgamento das relações públicas ou privadas ocorridas no *extramuros* da criminalidade. Indício veemente dessa realidade está no fato de o Supremo Tribunal Federal ter *suspendido*, cautelarmente, a possibilidade da implementação do “juiz de garantias” no Brasil, cuja decisão abarcou

³¹ Cf. os meus “O processo civil *gattopardista* dos Juizados Especiais”, *RBDPro* 77/37, jan-mar/2012, e “Aspectos *semânticos* de uma contradição *pragmática*. O *garantismo processual* sob o enfoque da filosofia da

quatro *ações diretas de inconstitucionalidade*. Uma delas, a ADIn nº 6.298, ajuizada em **litisconsórcio ativo** entre a *Associação dos Magistrados Brasileiros* (AMB) e a *Associação dos Juizes Federais do Brasil* (AJUFE). Uma outra, a ADIn nº 6.305, ajuizada pela *Associação Nacional dos Membros do Ministério Público* (CONAMP)

[<https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/flux-revoga-liminar-juiz-garantias-Aterefendo-plenario>]. Em miúdos: parcela representativa daqueles que *nos julgam* e *nos acusam* não conseguem compreender a *estrutura acusatória* do PROCESSO. Não conseguem, pois, fazer-nos livrar do fantasmagórico *espectro* que segue a nos rondar e que ignora a ordem constitucional vigente: o *espectro da inquisitividade*.

II

Parcela expressiva da sociedade, que ocupa o espaço de reflexão daquilo que se pode chamar de *senso comum jurídico*, é refém de um *arquétipo* que nos avassala: o *modelo inquisitivo* de atuação das autoridades judiciárias. Acredita-se que a figura do juiz deve protagonizar a cena processual, *dirigindo* e *atuando* em busca da

linguagem”, *RBDPro* 82/217, abr-jun/2013; este tb. na *Revista de Direito Processual da FADIPA*, vol. 1 n. 2, 2019. [<https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDireiroProcivil/article/view/1488>].

realização de “justiça” no caso concreto. A partir dessa percepção, confia-se “cegamente” na pessoa física do juiz e, claro, na própria instituição a que pertence, o Poder Judiciário. Seria como se estes seres humanos fizessem parte de uma casta de indivíduos unguídos por uma espécie de magia *etérea*, simplesmente pelo fato *telúrico* de serem juizes. Nessa atmosfera de plácida reverência e submissão, contrária ao “*desassossego cidadão*” que nos deve ser insuflado pelo *republicanismo* e pela *democraticidade* que transbordam desde o alto da ordem constitucional, comportamo-nos como rebanhos conduzidos pelo bom pastor. Aceitamos que os “outros” sejam “justiçados” pela *inquisitividade* flamígera de certas autoridades judiciárias que operam no interior do PROCESSO, como se não fosse ele uma **garantia contra o poder**, constitucionalmente *estruturado* em sólida base *acusatória*. Não é raro sabermos de juizes: [i] que saem “à caça” de provas incriminatórias, [ii] que deliberadamente fazem “vazar” informações processuais sigilosas – “grampos” telefônicos, por exemplo – com objetivos espúrios, às vezes até mesmo políticos; [iii] que dirigem e/ou orientam e/ou combinam com os **acusadores** estratégias voltadas à condenação dos “hereges” a quem entendem culpados; [iv] que determinam prisões cautelares com o objetivo não revelado de obter delações; [v] que condenam sem prova (=confirmação)

dos fatos narrados; [vi] que, atuando em tribunais, imprimem velocidade **recorde** no procedimento recursal, julgando recursos com indisfarçável intenção de confirmar a condenação vinda da instância inferior. Verificou-se coisas deste jaez na história recente do Brasil. Coisas que estão longe, infelizmente, de ser um – único – ponto fora da curva. Fenômeno equivalente, ainda que em outras proporções, ocorre em causas regradas pelo código de “processo” civil, independentemente do nível de complexidade.

Mas por que as autoridades judiciárias agem assim? Por que parcela expressiva da sociedade vê como normal esse método de atuação? Por que recusamos a *aceitar, operar e concretizar* as regras do PROCESSO a partir de sua *constitucionalidade acusatória*? Enfim, por que aceitamos que os “outros” sejam “justiçados” ao invés de **julgados** conforme as *garantias processuais* estabelecidas na Constituição da República e nos pactos internacionais que vigoram em nosso país?

Tenho uma opinião firme sobre isso: é porque vivemos sob uma **inquisitividade estrutural**, historicamente herdada da fantasmagórica *Inquisição Espanhola*, mãe regente da *Inquisição Portuguesa*. O “conjunto da obra” pode ser chamado de *Inquisição Ibérica*, que formalmente vigorou na península de nossos colonizadores, e na

América por eles colonizada, por mais de três séculos e meio. Sim! A *Inquisição Espanhola* vigorou de 1478 a 1834, exatos 356 anos. A *Inquisição Portuguesa*, oficialmente de 1536 a 1821, exatos 285 anos. Se tivermos em mente que o *Pogrom de Lisboa* de 1506 (=tb. *Massacre de Lisboa; Massacre da Praça do Rócio; Matança da Páscoa*) foi um reflexo da conversão forçada de judeus em Portugal, ocorrida em 1497, e que isso se deu sob a atmosfera política da Inquisição que já vigorava em Espanha, temos aí quase três séculos dessa *inumana* instituição social no espaço *lusoparlante* do ambiente europeu-americano. No Brasil, Pero do Campo Tourinho – donatário da capitania de Porto Seguro – foi a primeira vítima da “*Santa*” *Inquisição*, e isso nos primórdios colonizatórios. Por motivos que depois se mostraram mais *políticos* do que *heréticos-religiosos*, no ano de 1540 esse “cristão-velho” foi **delatado** por desafetos que fez enquanto empreendia para o desenvolvimento de sua capitania.³²

Essa inclemente **instituição de terror** valia-se de um “modelo” de *procedimentalidade* em sua atuação: o modelo *inquisitivo*. Tudo dentro de “expressa” autorização papal. Existia a figura do *inquisidor*: frei dominicano versado em

direito e teologia. O inquisidor chegava nas localidades e se acercava das autoridades seculares, exigindo-lhes apoio em suas atividades. Difundia-se a pré-dica do “medo” em sermões, fazendo com que as pessoas delatassem, sem qualquer indício, quem lhes fosse diferente, leia-se: o *herege*. Herege era qualquer um que saísse fora do risco traçado pelo esquadro representado pelas “sagradas escrituras”, naquilo que era do interesse da Igreja Católica. A lógica inquisitorial centrava-se na busca da *verdade absoluta* como obra investigatória do inquisidor, daí a legitimidade da *tortura* para se obtê-la, inclusive para que se chegasse à redentora “confissão” por parte do **objeto da investigação**: o sujeito herético. O “processo” inquisitorial iniciava-se por: (a) *acusação*, (b) *delação*, (c) *investigação*. Em (a) e (b) iniciava-se o processo pela iniciativa de “terceiros”, não do inquisidor; em (c) a iniciativa investigatória era do próprio inquisidor. Após iniciado o processo por **acusação**, o inquisidor chamava para si o proceder sequencial, orientando o “terceiro” acusador a afastar-se da causa [“*Se ficar claro que os depoimentos das testemunhas acrescentaram algo à acusação, o inquisidor deverá aconselhar o acusador a contentar-se em ser o delator, para que o inquisidor possa*”

³² Há vários estudos sobre esse evento histórico. Cf., com muito proveito, a dissertação de mestrado junto à *Universidade Federal Fluminense* de BRITTO, Rossana G., *A saga de*

Pero do Campo Tourinho – O primeiro processo da inquisição no Brasil, Petrópolis: Editora Vozes, 2000, *passim*.

proceder segundo suas atribuições e não enquanto solicitante de uma das partes”³³. O processo iniciado por *delação* implicava a citação das testemunhas indicadas pelo delator, e daí em diante o procedimento também ficava sob o comando do inquisidor. Iniciado por *investigação*, o processo era integralmente do monopólio do inquisidor, que o iniciava por conta própria a partir da existência de “boatos” sobre heresia. O processo por *investigação* era, disparado, a forma mais comum do *instar* no proceder inquisitorial, já que não sujeitava o “terceiro” *acusador* à “lei de talião”, “*segundo a qual o acusado aceita, se perder, pagar a pena que o acusado pagaria, se ficasse comprovada a culpa deste último*”³⁴. Vê-se que havia um desestímulo ao *instar* “privado” e um superestímulo ao *instar* do inquisidor. Resultado: uma mesma pessoa (=o inquisidor) *investigava, provava e julgava*. Uma espécie de lógica da **concentricidade** e **sobrevalorização** do *poder* (=jurisdição) marcava o processo inquisitorial.

Era um clima público de terror. Os fatos “propagandeados” pela *Santa Inquisição* avassalavam a sociedade. Após o processo – onde a tortura era a regra – e a condenação, a execução das penas era feita

pelas autoridades seculares, nos chamados *autos de fé* [“*Auto de fé significa literalmente ato de fé*”]³⁵. Consistiam em cerimônias públicas de punição dos hereges. A mais violenta das penas era lançar o condenado à fogueira, que ardia vivo até que as chamas o consumissem. Milhares de “fiéis” acompanhavam esses *autos de fé* e, a partir disso, viam e viviam as relações *infraestruturais* havidas nas sociedades dominadas pelo terror inquisitorial. É por isso que não é de se estranhar que o nosso **DNA social** esteja marcado pela rançosa *inquisitividade*. O que se criou a partir de mais de três séculos de Inquisição foi um “*estado de espírito*” onde a “*mentalidade inquisitorial continua viva*”³⁶. Sem muita dificuldade é possível intuir que a *superestrutura* (=regramento dos códigos de “processo”; jurisprudência dos tribunais) daí formada não esteja completamente **imunizada** de certos procederes, apesar de vivermos sob uma Constituição que somente admite a imposição do poder jurisdicional como subproduto da *atividade acusatória* (=devido processo legal; CR, art. 5º, LIV-LV). Na prática, segue existindo uma **inquisitividade estrutural** que, muitas vezes,

³³ Cf. no *Manual dos Inquisidores – “Directorium Inquisitorum”* de Nicolau Eymerich, revisto e atualizado por Francisco de La Peña em 1578. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Brasília: Ed. Rosa dos Ventos – Ed. Universidade de Brasília, 1993, p. 110.

³⁴ *Idem*, p. 106.

³⁵ Cf. BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições – Portugal, Espanha e Itália, Séculos XV-XIX*, São Paulo: Companhia das Letras, 2000, 3ª reimpressão, p. 227.

³⁶ Em GREEN, Toby. *Inquisição – O reinado do medo*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2011, trad. Cristina Cavalcanti, p. 284.

impede-nos de lançar à realidade judiciária um olhar constitucionalmente adequado.

III

Enquanto *macrofenômeno jurídico-constitucional*, aquilo que conhecemos por PROCESSO ostenta **dois atributos** que marcam fortemente a sua *estrutura*: [i] **unitariedade** e [ii] **acusatoriedade**.

A *unitariedade* faz com que a estrutura do PROCESSO seja voltada a viabilizar o trâmite de um *procedimento* elaborado ao nível infraconstitucional, direcionando-o à obtenção de certos resultados *cíveis* ou *penais*, grosso modo falando. Tais *procedimentos* estão legislativamente dispostos em *bases textuais* a que estamos acostumados a chamar – de forma *imprecisa* – de códigos de “processo” civil ou penal. Ainda que os respectivos códigos estabeleçam *procedimentos* – e não “processos” – distintos para a obtenção dos resultados a que se propõem, o regramento neles previsto deve ser *verticalmente*

compatível com as **garantias** constitucionais e convencionais (=pactos internacionais) que substanciam a estrutura do PROCESSO. Por exemplo, **garantias processuais** como *devido processo, contraditório* – direito fundamental da *parte*, **não** do juiz [=LÚCIO DELFINO]³⁷ –, *ampla defesa, legalidade, imparcialidade, impartialidade, presunção de inocência*³⁸, *vedação de prova ilícita, juiz natural, fundamentação das decisões* e outras tantas que lhes sejam correlatas, referem-se ao PROCESSO em sua *unitariedade*, e não apenas ao chamado “processo” penal ou civil ou a qualquer outra adjetivação *artificial* que se lhe queira dar. Estes atributos fazem do PROCESSO uma *garantia* contra o poder³⁹, verdadeira *proteção contra* o Legislador ou o Administrador [=MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO]⁴⁰, inegavelmente uma *garantia do indivíduo em face do Estado* [=EUGÊNIO PACHECO OLIVEIRA]⁴¹, ou, naquilo que diz respeito à dimensão do fenômeno PROCESSO perante o judiciário, uma *instituição de garantia*

³⁷ Cf. DELFINO, Lúcio e ROSSI, Fernando, “Juiz contraditório?”, *RBDPro* 83/229, abr-jun/2013.

³⁸ A *presunção de inocência* não é exclusividade do “processo” penal. Cf., com muito proveito, COSTA, Eduardo José da Fonseca, “Presunção de inocência civil”, *RBDPro* 100/129, out-dez/2017. Ver ainda RAMOS, Glauco Gumerato, “Nota sobre o PROCESSO e a *presunção* de inocência que lhe habita”, em: <https://emporioidireito.com.br/leitura/13-nota-sobre-o-processo-e-sobre-a-presuncao-de-inocencia-que-lhe-habita>.

³⁹ Desde janeiro de 2006 já chamava a atenção para este aspecto a *MOCIÓN DE VALENCIA*

(2006) – *El proceso civil en el siglo XX: tutela y garantía*, cf. em *Proceso civil e ideologia*, coord. AROCA, Juan Montero, Buenos Aires: Astrea, 3ª edición, 2016, pp. 433-443. Apesar de a *Moción de Valencia* referir-se a “processo civil”, evidentemente o seu conteúdo *contra-autoritário* volta-se à atuação do poder jurisdicional em qualquer modalidade de “processo”. Basta que se leia a íntegra de seu conteúdo.

⁴⁰ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, São Paulo: Ed. Saraiva, 4ª edição, 2000, pp. 71 e ss.

⁴¹ Cf. OLIVERIA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*, São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 8.

contrajurisdicional [=EDUARDO COSTA]⁴².

A **acusatoriedade** também é marca **substancial** do PROCESSO, apresentando-se como uma característica *fundamentalmente intrínseca* daquilo que comumente se chama de *processo jurisdicional*. A operação linguística de formar o sintagma *processo jurisdicional* **não** existe para fazer dele um “instrumento” da jurisdição. Partindo de fortes premissas *ex parte principis*, as concepções *instrumentalistas* assim o fizeram. As consequências *dogmáticas* (=doutrina) e *pragmáticas* (=jurisprudência) daí advindas **amesquinham** o *processo*, transformando-o em *técnica* a **serviço do poder** ao invés de **garantia contra ele**. Em suma, fala-se em *processo jurisdicional* como estratégia de identificação do *macrofenômeno jurídico-constitucional* PROCESSO, em sua dimensão – sempre *garantística* – perante o Poder Judiciário. Incabível, portanto, adjetivá-lo de “civil”, “penal”, “trabalhista” e *così via*. Constitucionalmente, PROCESSO é PROCESSO e ponto! Ao jurista com efetiva *vocação constitucional* não deve haver dúvida de que o *processo jurisdicional* opera como **elemento de conexão** entre a **AÇÃO** (=liberdade) e a **JURISDIÇÃO** (=poder). A

observação **empírica**, somada à gramática constitucional, revela-nos essa realidade. A **ação** (CR, art. 5^a, XXXV) **desencadeia** o *processo* (CR, art. 5^a, LIV e LV) que **autorizará o exercício** da *jurisdição* (CR, art. 92 e ss).

Nesse panorama, a **AÇÃO** ocorrerá a partir da **liberdade** de determinado sujeito de direito em exercê-la, e isso **também** vale para o Ministério Público nas causas de **natureza penal**. Eis alguns exemplos: [i] propostas de “transação penal” no JECrim (L. 9.099/95, art. 76, §§); [ii] **mitigação** da *ação penal* pela proposta de “suspensão do processo” (L. 9.099/95, 89, §§); [iii] requerimento de “perdão judicial” na *colaboração premiada* (L. 12.850/2013, art. 4^o, § 2^o); [iv] o “não oferecimento de denúncia” também no caso de *colaboração premiada* (*idem*, art. 4^o, § 4^o); [v] celebração de acordo de “não persecução penal” das infrações cometidas sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a quatro anos (CPP, art. 28-A, §§; via “*Pacote Anticrime*”); [vi] a **sempre presente** possibilidade de um órgão executivo do Ministério Público, a quem foi “distribuído” um determinado inquérito policial para análise, e dentro da **liberdade** decorrente de sua *independência funcional* (CR, art. 127, § 1^o), não vislumbrar “justa causa” para ação penal quando outro integrante do MP,

⁴² Dentre outros textos do mesmo autor, cf. COSTA, Eduardo José da Fonseca, “O processo como instituição de garantia”,

<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>.

analisando os **mesmos** elementos investigatórios, poderá vislumbrá-la para formar a sua *opinio delicti*. Se no “processo” civil a *AÇÃO* se exerce como decorrência da *liberdade*, uma lógica equivalente também se aplica ao “processo” penal. Logo, a *AÇÃO* é projeção da *liberdade*.

A *AÇÃO*, que é *liberdade*, pressupõe para o seu exercício que alguém *pretenda* sujeitar outrem a uma determinada situação jurídica a ser imposta pela *JURISDIÇÃO*, que é *poder*. A implementação, ou não, da situação jurídica pretendida dependerá de certas circunstâncias relacionadas ao direito material e/ou processual. É importante não perder de vista que a ordem constitucional brasileira: [i] **neutraliza** a possibilidade de a *jurisdição* atuar sem que haja *ação*; [ii] dispõe a *ação* **no espaço** da *liberdade*, submetendo-a ao *instar* do eventual interessado ou legitimado; [iii] aloca o *processo* – e também a *ação*, claro – no rol dos direitos e *garantias fundamentais*; [iv] confere *legitimidade concorrente* entre o Ministério Público e outros sujeitos *não jurisdicionais* para a *ação* no âmbito penal (CR, art. 129, I c/c § 1º); [v] circunscreve o judiciário à tarefa institucional de *julgar*, impondo às pessoas físicas que o integram o *dever funcional* de total **desinteresse** na causa (=imparcialidade; não agir com *parcialidade*) e de total **não interferência** sobre os encargos procedimentais das *partes* (=imparcialidade; não agir como *parte*). Vê-

se, portanto, que é nitidamente *acusatória* a estrutura do PROCESSO! É necessário o *instar* de alguém que **não integre** funcionalmente o Poder Judiciário para que este *macrofenômeno jurídico-constitucional* cumpra a finalidade que o Direito lhe reserva.

IV

Prefere-se o sintagma *estrutura acusatória*, para se referir à *acusatoriedade* que substancia o *processo jurisdicional*, a expressões como “sistema”, “modelo” ou “princípio” *acusatório*, apesar de consagradas no discurso dogmático processual-penal. De “princípio”, efetivamente, não se trata, já que não é “norma” que rege o “ser” *processo jurisdicional*; é a sua *substância*! Tampouco se trata de “sistema” ou “modelo”. Do contrário, seria necessário aceitar que outros “sistemas” ou “modelos”, como os chamados “inquisitivo” ou “misto”, fariam parte da *substância* do *processo jurisdicional*. Tal possibilidade é rigorosamente impossível, e isso por uma razão elementar. A ideia de *inquisitividade* está ligada à possibilidade de “a lei ser aplicada” (=julgar) pelo **mesmo sujeito e/ou entidade jurídica** que “pediu” (=instou; teve iniciativa) por sua aplicação. Além disso, este mesmo sujeito e/ou entidade jurídica terá a ampla possibilidade de realizar a **investigação** dos fatos voltados a comprovar a hipótese que justificará a aplicação da lei.

O PROCESSO jamais poderá ser *inquisitivo*. “*Proceso inquisitivo se resuelve así en una contradicctio in terminis*” [=JUAN MONTERO AROCA]⁴³. A *acusatoriedade* tem por essência a ideia de “*separação entre a entidade investigadora e acusadora e a entidade que julga*” [=JOSÉ ANTÓNIO MOURAZ LOPES]⁴⁴. O PROCESSO [jurisdicional] é *estrutura* onde “quem pede” (=insta) **NÃO** será “quem julga” (=aplica a lei); o chamado “sistema” [ou “modelo”] *inquisitivo* é *estrutura* onde “quem pede” será “quem julga”. Portanto, **não** é PROCESSO [jurisdicional] a *estrutura* onde “quem pede” será “quem julga”. Dito de outro modo, a estrutura do “sistema” [ou “modelo”] *inquisitivo* **não se constitui em** PROCESSO [jurisdicional]. Por isso, não é rigorosamente exato falar-se em “processo” administrativo” ou “processo” legislativo. A rigor, é de “*procedimento*” administrativo ou legislativo que se trata. No primeiro caso, porque será a própria Administração Pública que irá “julgar” (=decidir) ao final do respectivo procedimento, onde sempre será resolvido algo de seu *próprio* interesse público, ainda que verse pretensão do administrado. No segundo caso, porque o

produto do respectivo “processo” legislativo será a *criação* da figura jurídica chamada “lei,” de modo que sequer seria correto falar que aí há um “julgamento” propriamente dito, a não ser por metonímia [*o legislativo “julga” por bem aprovar determinada lei*]. Logo, a *acusatoriedade* é **substância** do *macrofenômeno* PROCESSO. Sua existência pressupõe três elementos – ou sujeitos processuais – que exercem encargos distintos: [i] aquele que *pede* (=que *acusa*; do latim *accusare*: “chamar a juízo”), [ii] aquele *contra quem* se pede (=quem se defende) e (iii) um “*terceiro*” institucional e constitucionalmente destinado a ser *imparcial, imparcial e independente* [=ADOLFO ALVARADO VELLOSO]. Essa lógica do PROCESSO impacta qualquer dos *procedimentos*, estabelecidos ao nível infraconstitucional, que se desenvolvem perante o judiciário, esteja regrado no código de “processo” civil ou penal. Aqui e acolá (=civil ou penal) existe *acusatoriedade* porque *acusatória* é a *estrutura* do PROCESSO. Repito o que escrevi há pouco: constitucionalmente, PROCESSO é PROCESSO e ponto⁴⁵. Por isso está absolutamente **correta** a

⁴³ Cf. AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal – Una explicación basada en la razón*. Buenos Aires: ASTREA – Tirant lo Blanch, 2016, p. 29.

⁴⁴ Cf. LOPES, José António Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 40.

⁴⁵ Com maior desenvolvimento sobre o tema, cf. o meu “Processo Jurisdicional, República e os Institutos Fundamentais do Direito Processual”, *RePro* 241/27, mar/2015; tb. na *Revista de Direito Processual Civil da FADIPA*, <http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito-processual-civil/pdf/artigo-direito-proc-civil-voll1-5.pdf>. Em espanhol, sob o título “Proceso jurisdiccional, república, y los

compreensão de que a técnica do juiz de garantias também se aplica, por exemplo, nos processos de improbidade administrativa [=ZULMAR DUARTE DE OLIVEIRA Jr. e ARTHUR FREITAS DE SOUSA].⁴⁶

V

O “juiz de garantias” incluído na última *novellazione* do Código de Processo Penal, via lei do “*Pacote Anticrime*”, foi um passo importante, não se nega o fato. Mas foi muito aquém do que poderia ter sido para potencializar a *acusatoriedade* do procedimento penal no Brasil, além de ter sido positivado com “*trinta anos de atraso*”⁴⁷. Logo, em que pese positiva a sua inclusão no CPP, a dimensão que lhe deu o legislador ainda se mostra *acanhada*. Sob o *nomen juris* de “juiz das garantias”, a figura criada pela Lei 13.964/2019 (= *Pacote Anticrime*) foi alocada na estrutura do art. 3º do CPP, que agora se desdobra do art. 3º-A ao 3º-F.

institutos fundamentales del derecho procesal”, na *RBDPro* 88/251, out-dez/2015.

⁴⁶ Cf. OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte, e SOUSA, Arthur Freitas de. “O juiz das garantias se aplica às ações de improbidade administrativa?”, <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/323774/o-juiz-das-garantias-se-aplica-as-acoes-de-improbidade-administrativa>.

⁴⁷ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado – Lei 13.964, de 24.12.2019*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2020, p. 37.

Digno de nota é o disposto no art. 3º-A: “*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*”. Trata-se de uma espécie de “*supra-artigo*” cujo alcance vai mais além das disposições específicas do juiz de garantias. Uma regra geral para **todo** o “processo” penal, agora expressamente declarado *acusatório* ao nível infraconstitucional. Temos aí o *tête de chapitre* que, doravante, determinará o modo de ser *pensado e operado* o “processo” penal no país. Bibliotecas inteiras precisarão ser revistas. A jurisprudência penal deverá começar a ser reescrita. A parte final do *caput* do art. 156 do CPP [“*A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício*”] deverá ser tida como “letra morta”. O heroico art. 3º-A do CPP trouxe para a textualidade infraconstitucional aquilo que a Constituição já previa em relação ao PROCESSO: *acusatoriedade*⁴⁸! Mas não é só. A *acusatoriedade* aí prevista abarca as *duas*

⁴⁸ A doutrina do processual-penalística nunca teve dificuldade em compreender a *estrutura constitucional acusatória* do “processo” penal. Dentre outros: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli, *op. cit.*, p. 13. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Introdução ao processo penal*. Ed. Tirant lo Blanch, 2ª edição, p. 40 [sem indicação do ano e cidade da edição]; LOPES JR. Aury, *Direito processual penal*, São Paulo: Ed. Saraiva, 11ª edição, 3ª tiragem, 2014, p. 124, prefere falar em “critério de democraticidade”, o que, em essência, não deixa de remeter à ideia de *acusatoriedade*.

etapas fundamentais do “processo” penal⁴⁹: (a) **etapa de investigação** e (b) **etapa de instrução-julgamento**. Em (a) ocorrerá a colheita das provas que darão “justa causa” (=indícios de autoria + prova da materialidade) ao início do *processo*; aí será ambiente da competência do *juiz de garantias*. Em (b) serão produzidas as provas que eventualmente confirmarão a hipótese da acusação após o recebimento da ação *penal*; aí é o *habitat* do *juiz da sentença*, que infelizmente, em sendo a mesma pessoa física, seguirá sendo influenciado pela atmosfera *instrutória* na qual estará inserido, com inegável prejuízo à imparcialidade. O *procedimento penal* é a **síntese** da *etapa de investigação* e de *instrução-julgamento*, naturalmente articuladas com os recursos que lhe são inerentes. A *estrutura acusatória* estabelecida pelo legislador do CPP **veda** a *iniciativa* do juiz na etapa de *investigação* (=primeira etapa), da mesma forma que **veda** ao juiz *substituir-se* ao acusador na etapa de *instrução-julgamento* (=segunda etapa). Logo, está sepultada a possibilidade *inquisitória* de o juiz determinar a produção de prova *ex officio*. Daí a afirmação acima, no sentido de que a parte final do *caput* do art. 156 do CPP tornou-se “letra morta”. A partir

do momento em que a *processual-penalística*, tradicionalmente mais *garantista* que a *processual-civilística*, se der conta da dimensão dogmática do art. 3º-A, a doutrina do “processo” penal brasileiro se elevará a um outro nível de democraticidade, podendo, então, ajudar a jurisprudência a se libertar da *inquisitividade estrutural* na qual está enredada.

VI

O juiz de garantias é uma técnica procedimental voltada à preservação da *imparcialidade*. “Isolando” o juiz de garantias (=etapa de investigação) da etapa procedimental de *instrução-julgamento*, cria-se um obstáculo contra o *viés de confirmação* que, invariavelmente, repercutiria na sentença caso não houvesse esse câmbio de juízes (=pessoas físicas) entre as etapas de *investigação* e de *instrução*, conforme demonstra EDUARDO COSTA⁵⁰. O juiz de garantias também é técnica de observância necessária que decorre da *acusatoriedade* do PROCESSO, onde os encargos de *investigar, postular, defender, provar e julgar* recaem sobre sujeitos processuais diferentes. Sem a participação do juiz de garantias, ainda latente *intra ovo* por conta da suspensão cautelar que

⁴⁹ Neste sentido, cf. AROCA, Juan Montero. *Proceso penal y libertad – Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Madrid: Thomson Civitas, 2008, pp. 229-235.

⁵⁰ Cf., do respectivo autor na *Coluna Garantismo Processual* da página web Empório do Direito, “Juiz de garantias e viés de confirmação”

[<https://emporiiododireito.com.br/leitura/54-juiz-de-garantias-e-vies-de-confirmacao#:~:text=Al%C3%A9m%20de%20fundamentos%20jur%C3%ADdicos%20normativos,por%20isso%2C%20sem%20proveito%20intelectual.>]

lhe impôs o STF, seguiremos tendo no Brasil um resquício de *inquisitividade* incompatível com o PROCESSO desenhado na Constituição. Entenda-se o ponto. Um procedimento no qual é permitido ao **mesmo** juiz – pessoa física – atuar nas etapas de *investigação*, de *instrução* e de *juízo* (=mérito), tem como elemento axial a concentricidade do *poder*, onde aquele magistrado operará como uma espécie de senhor feudal onipotente em todas as etapas do procedimento voltado à formação da sentença. Na prática, um proceder nesses moldes mostra-se verticalmente **incompatível** com a Constituição porque *inquisitivo*, além de mostrar um inegável **desapego** dogmático à *imparcialidade* judicial e, por conseguinte, às *garantias fundamentais* inerentes ao PROCESSO.

VII

O CPP brasileiro avançou com o juiz de garantias, repita-se. Avanço ainda maior foi o legislador escrever no art. 3º-A que o “processo” penal é de *estrutura acusatória*. Todavia, o passo na democraticidade poderia – deveria! – ter sido mais largo. O juiz de garantias é técnica de *preservação da imparcialidade*; por isso, não se compreende o porquê de o legislador tê-lo instituído de modo a dar-lhe competência jurisdicional para **receber** a *ação* penal (=art. 3º-C, § 1º). Imerso na *etapa de investigação*, onde inclusive poderá *decretar* ou *prorrogar* a

segregação cautelar do acusado (art. 3º-B, V e VI), o juiz de garantias sofrerá um enfraquecimento em sua imparcialidade. Por que então atribuir-lhe competência para o recebimento da denúncia ou queixa-crime? Percebe-se aí um ranço de *inquisitividade* que desafia a *acusatoriedade* “legal” (art. 3º-A) do “processo” penal brasileiro. Vê-se um choque entre a *constitucionalidade acusatória* e a *inquisitividade estrutural*. São evidentes contradições sistêmicas que, tal qual um “ato falho”, muito provavelmente decorrem de um “*estado de espírito*” onde a “*mentalidade inquisitorial continua viva*”, conforme acima foi mencionado. Tentou-se, com diminuto *sucesso* – talvez mesmo sem ele –, dar musculatura constitucional ao “processo” regrado pelo legislador. Sem embargo, à mingua de um **estado de espírito processual-garantista**, vê-se a coisa sendo “dada com uma mão” para depois, na sequência de um mesmo código, ser “tirada com a outra”. Mas há um outro problema que a técnica do juiz de garantias brasileiro não resolveu, já que a *instrução* e a *sentença* seguem sob o monopólio do mesmo juiz [pessoa física]. O resultado disso será o déficit na imparcialidade judicial, que precisa ser “*levada a sério*”. Nunca será demais remeter o leitor à versão comercial da tese de doutoramento de EDUARDO COSTA junto à PUC/SP [*Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e*

psicologia, Salvador: Ed. JusPodium, 2018]. Ali está a constatação **definitiva** de que o modelo procedimental onde a **mesma** pessoa física concentra a competência de **decidir sobre a urgência** (=prisão e liberdade, por exemplo), de **atuar na investigação-instrução** (=antes ou após o ajuizamento da ação) e de **sentenciar** (=decidir sobre o *mérito*) está rigorosamente errado, já que não *garante* a *imparcialidade* inerente ao poder jurisdicional.

VIII

Oxalá chegue o dia em que a *unitariedade* e a *acusatoriedade* do PROCESSO venham a ser definitivamente respeitadas, “*levadas a sério*”, pois! Quando esse dia chegar, “*haverá um juiz para a urgência, um para a instrução e um para sentença, que deve atuar na respectiva etapa de competência. Este sistema de enjuizamento – que em sua essência deve prevalecer tanto no processo civil, quanto no penal – creio possa ser denominado de sistema de enjuizamento escalonado ou procedimento judicial funcionalmente escalonado. Através de um sistema de enjuizamento escalonado (ou procedimento judicial funcionalmente escalonado), o*

*resultado da atividade jurisdicional (sentença) seria precedido por etapas nas quais seria possível um maior grau de imparcialidade funcional do juiz – já que impossível alcançar a imparcialidade subjetiva –, legitimando a jurisdição (Poder) diante do devido processo legal (Garantia)” [=GLAUCO GUMERATO RAMOS]⁵¹. Esse modelo proposto, obediente à *unitariedade* e à *acusatoriedade*, deve imperar em qualquer dos “processos” (=procedimentos) perante o judiciário, penal, civil, trabalhista, pouco importa.*

Foi por isso que me pareceu *assaz acanhado* o regramento que o legislador deu à figura do juiz de garantias no CPP. Está claro que a técnica recém-criada atribuiu ao juiz, dito de garantias, a competência para atuar na *etapa de investigação*, deferindo a produção de provas e decidindo sobre “prisão e liberdade”. Tudo isso **antes** do ajuizamento da ação penal. Não me pareceu correto, contudo, atribuir-lhe competência para recebê-la, já que as impressões adquiridas durante a *etapa de investigação* condicionam o juízo de delibação voltado a verificar se há “justa causa” para a ação penal. Também não me parece correto, notadamente na

⁵¹ Cf. o meu “Sistema de enjuizamento escalonado (ou procedimento judicial funcionalmente escalonado). Repensando o modelo de processo”, *RBDPro* 71/65, jul-set/2010. Essa minha ideia de procedimento escalonado também pode ser vista em

“Repensando a prova de ofício”, *RePro* 190/315, dez/2010; tb. na *Revista de Direito Processual Civil da FADIPA* [<http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito-processual-civil/pdf/artigo-direito-proc-civil-voll-4.pdf>].

perspectiva da *acusatoriedade*, permitir que o *juiz da sentença* possa: **(a)** “presidir” a *etapa de instrução* e/ou **(b)** apreciar/deferir medidas cautelares de segregação da liberdade nesta etapa. Em *(a)* e em *(b)* estará formada uma atmosfera de afetação do comportamento psicológico-cognitivo do juiz, seja por tomar contato com a produção da prova, seja por ter apreciado/deferido medida de prisão. O juiz que atuou em *(a)* e em *(b)* igualmente deveria ser “isolado”, para que o julgamento de mérito seja proferido por outro juiz, assepticamente imunizado de qualquer *viés cognitivo* que lhe afete e/ou lhe possa afetar a *imparcialidade garantida* aos que venham a ser julgados perante o judiciário [*CADH, art. 8.1*: “*Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial*”]. Melhor teria andado o legislador brasileiro se tivesse atribuído competência ao juiz de garantias, desde que outra pessoa física, para atuar na *etapa de instrução*, reservando a *etapa de julgamento* para **outro** juiz, com competência específica para a *sentença*. E, claro, uma técnica procedimental assemelhada também deveria ser prevista para o “processo” (=procedimento) civil, que também se submete à *unitariedade* e à *acusatoriedade* do PROCESSO.

Os céticos certamente poderão me objetar com argumentos preguiçosos do tipo: “não há recursos públicos para a implementar essa complexidade procedimental”, ou “não há número suficientes de juizes para tanto”. A resposta é simples: “*Basta reorganizarem suas competências (...), aproveitando-se os juizes que já se dispõem. E, em definitivo, essa reengenharia no modelo processual organizado com base num procedimento funcionalmente escalonado seria possível através do redimensionamento das competências dos órgãos judiciais. No caso do Brasil isso seria permitido, inclusive, através da competência que a Constituição da República confere ao Estado-federado para legislar sobre procedimento e organização judiciária (CR, art. 24, XI)*” [=GLAUCO GUMERATO]⁵².

As soluções existem. Não são “custosas”, tampouco são de “difícil” implementação. Basta que se queira respeitar a *unitariedade* e a *acusatoriedade* do PROCESSO. O importante é que tenhamos em mente que o único obstáculo para este ganho é a *inquisitividade estrutural* com a qual a nossa Constituição, em definitivo, não se compadece.

Jundiaí, junho de 2020

⁵² *Idem.*