

O Código, as cautelares e o juiz das garantias

Fabiano Augusto Martins Silveira

Sumário

1. O Código. 1.1. Tempos difíceis. 1.2. O bolo e suas fatias. 2. As cautelares. 2.1. A noção básica de cautelaridade. 2.2. Diversificação das estratégias cautelares. 2.3. Reformulações no instituto da prisão preventiva. 3. O juiz das garantias.

1. O Código

1.1. Tempos difíceis

A questão do sentido que um código é capaz de despertar nos dias de hoje tem sido suscitada com bastante frequência.¹ Os códigos, ou melhor, a ideia de código estaria passando por seus piores dias? Muitas coisas mudaram desde o grande movimento das codificações europeias do final do século XVIII, quando o código foi aclamado como instrumento da engenharia jurídica a serviço dos ideais iluministas; e mudaram nem sempre a favor do projeto codicístico.

Aquilo que o código soube transmitir como nenhuma outra peça legislativa, isto é, a pretensão de máxima organização e unidade da matéria tratada, teve de enfrentar um duro teste de realidade: o incrível dinamismo das sociedades contemporâneas, cada vez mais complexas do ponto de

Fabiano Augusto Martins Silveira é Mestre e Doutor em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Membro da Comissão Redatora do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, transformado no PLS nº 156, de 2009. Consultor Legislativo do Senado Federal.

¹ Cf., por outros, HESPANHA, 2001, *passim*; SAINZ MORENO, 2004, p. 135-136; FERRANTE, 2006, *passim*.

vista das relações jurídico-sociais. Por que complexas? Um, porque nunca se viu tamanha trama de interações sociais, sustentadas por “redes de redes de redes”, para tomar de empréstimo a expressão de Emilio Lamo de Espinosa (2001, p. 13)². Dois, porque grupos os mais heterogêneos alcançaram níveis impressionantes de organização e de expressão de sua diversidade. Três, porque movimentos antagônicos são forçados a conviver estranhamente no mesmo espaço social, como, por exemplo, impulsos de modernização e de progresso econômico com o discurso da defesa do meio ambiente. Interconexão, pluralidade e contradição seriam, portanto, palavras-chaves dos nossos tempos. Esse cenário deu lugar a uma crescente demanda por diversificação dos mecanismos de tutela jurídica, que fez dos códigos, digamos assim, barquinhos de papel em mar revolto.

Há dois fenômenos que ajudam a entender a crise (ou renovação) por que passa a ideia de código, aos quais faremos um brevíssimo aceno. De um lado, os códigos perderam *poder simbólico* para as constituições, que mostraram eficiência muito superior no momento de catalisar a guinada para o Estado social. As constituições conquistaram, assim, extraordinária projeção política e passaram a ser vistas como documentos indutores de transformações sociais, enquanto os códigos estacionavam no marco do Estado liberal, guardando a imagem que os acompanha até os dias de hoje, qual seja, a de texto refinadamente técnico e distante do cidadão comum.

Ao destronar os códigos, as constituições também impuseram um deslocamento do centro de gravidade do discurso jurídico, da exegese legal para a hermenêutica constitucional. Hoje percebemos claramente essa mudança, seja em relação à dogmática penal, com o avanço da con-

² Nas palavras do autor, “dependemos menos do que ocorre ao nosso lado, com quem podemos estar pouco ou nada conectados, e mais do que ocorre longe” (ESPINOSA, 2001, p. 13).

cepção constitucionalmente orientada do modelo de ilícito, que logo reivindicou a dignidade constitucional dos bens jurídico-penais, seja quanto à doutrina processual, ao proclamar, precisamente com o apoio do texto constitucional de 1988, a estrutura acusatória do processo penal brasileiro e outros tantos princípios e garantias simplesmente desconhecidos do Código de 1941. Em suma, o suporte textual de referência, tão caro para as construções doutrinárias, deslocou-se para o diploma de maior prestígio e hierarquia.

De outro lado, os códigos perderam *poder executivo* para a legislação especial, que atraiu as reivindicações setoriais de pluralismo para o interior da disciplina jurídica. Aqui, talvez, o processo tenha sido ainda mais corrosivo para os códigos, ao travarem a luta no seu próprio quintal. Em suma, a convivência dos códigos com as leis especiais parece ser muito mais problemática, pois estas trouxeram mobilidade e flexibilidade no tratamento de muitas matérias, duas características pouco simpáticas ao paradigma unitário do código, sobretudo na área da penalidade. A legislação especial ora derogava a disciplina codicística por meio de cláusulas de exceção³, ora inovava os procedimentos ou mecanismos de cautela judicial⁴, criando, em todo o caso, um novo nicho para os legisladores.

³ Por exemplo, no caso do afastamento da regra do art. 366 do atual CPP, conforme determina o art. 2º, § 2º, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 – *Lei de Lavagem de Dinheiro*, como também nas regras especiais relativas à inafiançabilidade dos crimes de porte e disparo ilegal de arma de fogo, nos termos dos arts. 14, parágrafo único, e 15, parágrafo único, da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2006 – *Estatuto do Desarmamento*, depois questionados no Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3112-1/DF.

⁴ Pense-se, agora, nas disposições relativas à busca e apreensão nos crimes contra a propriedade industrial, conforme estabelece o art. 200 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 – *Lei da Propriedade Industrial*, nas medidas cautelares previstas no art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 – *Lei Maria da Penha*, e ainda no procedimento de alienação cautelar consagrado

O encolhimento do papel do Código – comprimido, por um lado, pela Constituição, e por outro, pela legislação extravagante – pode desaguar em duas situações bastante desconfortáveis. Uma delas é a excessiva constitucionalização do discurso processual penal, no sentido de que as regras do jogo passam a ser definidas recorrentemente pelos tribunais, e não pelo parlamento. Tudo bem quando concordamos com o que vem da jurisprudência, mas e quando não? Quais são as garantias? Um código enfraquecido perde, assim, a função de verticalizar os princípios constitucionais, ou seja, de fazer a mediação entre as direções normativas da Constituição e as diversas práticas institucionais no setor da justiça criminal.

Outra situação de desconforto é o avanço desgovernado da legislação especial, com sérios prejuízos para a compreensão sistêmica das regras do processo penal. Como as leis especiais são, por natureza, irreverentes em relação ao diploma central, a leitura e inteligibilidade da matéria pode ficar prejudicada conforme seja a qualidade técnica dos produtos legislativos. Não que um Código esteja em condições de atrair todas as matérias de interesse processual. Isso seria tão ilusório quanto inconveniente. Mas ao mesmo tempo o Código não deve abdicar o seu lugar central na disciplina jurídica, posição essa que pode amortecer e organizar a variedade dos subsistemas jurídicos provenientes da legislação especial.

1.2. *O bolo e suas fatias*

Ao lado dos dois fenômenos acima descritos (a Constituição e as leis especiais), há um terceiro fator que rivaliza e, num certo sentido, mina a ideia de código. Referimo-nos ao acúmulo de reformas parciais em detrimento da construção de um novo diploma.

Concluídos os trabalhos da Comissão redatora do anteprojeto de reforma do Có-

digo de Processo Penal (CPP), entregue ao Presidente do Senado Federal no final de abril deste ano, seria mais do que oportuno comparar essas duas estratégias diversas de reforma da matéria processual penal. Isto é, de um lado, as reformas parciais empreendidas pelas leis de junho de 2008; de outro, um novo Código. Enquanto não tínhamos em mãos um anteprojeto de Código (depois transformado no Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009), essa comparação parecia ser um exercício muito distante. Mas agora que o temos, e sem entrar no mérito da qualidade do texto apresentado, o contraponto pode ser feito de forma muito mais objetiva e estimulante para os diversos atores sociais e institucionais interessados.

Em primeiro lugar, as duas técnicas confrontadas não são uma a antítese da outra. Que um código, ao longo do tempo, seja reformado por sucessivas leis parece um fenômeno muito natural do processo legislativo. Uma casa, cedo ou tarde, deve passar por reformas, e os moradores têm plena consciência disso. Portanto, não há nada de estranho no fato de que o Código venha a sofrer reformas de conteúdo mais ou menos extensas. É do jogo. É também um sinal de vitalidade do próprio diploma. Bem ou mal, nos seus 67 anos de existência, o Decreto-Lei nº 3.689, de 1941, sofreu 44 alterações.

O problema é quando a estrutura já não suporta o peso de tantos retoques, culminando em disputas de sentido ou confusão normativa. O diploma torna-se um texto tumultuado e complexo, no sentido de que nele passam a conviver lógicas rivais. O desconforto surge, pois, quando precisamos de um novo Código e, no seu lugar, vêm reformas parceladas. Ou quando as condições históricas jogam a favor de uma mudança completa de cenário e não sabemos aproveitá-las, ao contrário de diversos países sul-americanos (Argentina, Chile, Venezuela, Peru e Colômbia) e europeus (Itália, Portugal e França). Nessas circunstâncias, talvez não seja exagerado dizer que

no art. 62, § 4º, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – *Lei de Drogas*.

as reformas pontuais proporcionam um amargo retrogosto.

Fique claro. Não vislumbramos nenhuma relação de superioridade de uma técnica legislativa sobre a outra. Em determinadas situações, um novo Código pode inclusive ser uma visita desagradável, como ocorreu, por exemplo, com o Código Penal de 1969, que não conseguiu vencer o período de *vacatio legis*. Tínhamos ali um novo diploma, mas não o queríamos, ou não suficientemente.

O que precisa ser dito, então, sem velhos maniqueísmos, é que, no momento presente, um novo Código de Processo Penal parece ser um instrumento muito mais inclinado à aproximação com o paradigma constitucional pós-88. Aproximação de fundo e definitiva. Reconciliação que não pode ser mais adiada, nem deixada a cargo, unicamente, da jurisprudência.

Se é verdade, assim, que a legislação processual penal ordinária necessita urgentemente de um banho de Constituição, uma reforma integral seria a solução mais indicada. Do contrário, é como pôr remendo novo em roupa velha.

As leis de junho de 2008, com todos os méritos e críticas que podemos democraticamente lhes dirigir, foram recepcionadas por uma arquitetura em que predominam traços inquisitoriais. Por essa precisa razão, o brilho das alterações será sempre ofuscado pelo plano de fundo. Obviamente que a conversão para o modelo de tipo acusatório trará outras questões e desafios, a começar pelo fato de que não existe apenas um modelo acusatório na mesa de negociações. A Constituição oferece a fonte de inspiração, outra coisa é pôr o desenho no papel.

Seguramente, o projeto do Senado não postula um modelo acusatório puro, a tolher toda e qualquer iniciativa do juiz. Sim, é verdade, o giro não foi pequeno. Mas também não chega a 180 graus, na medida em que reserva ao magistrado um papel complementar no esclarecimento das provas produzidas e total liberdade

para adoção de medidas cautelares na fase processual. Por outro lado, a figura do juiz das garantias e as restrições em tema de investigação foram pensadas, acima de tudo, como forma de valorizar o que há de mais nobre na atividade do julgador e de onde ele retira o título de legitimidade de sua função, isto é, a imparcialidade.

Um novo Código, ademais, favoreceria não só uma mudança na compreensão sistêmica do modelo de dedução da pretensão punitiva estatal, com definição mais estável dos papéis entre os sujeitos do processo. Facilitaria, ainda, avanços sensíveis em termos de garantias individuais, como o direito de o preso ser assistido por advogado ou defensor público no momento do interrogatório policial, o cuidado de proteger as pessoas do conflito (autor, vítima e testemunhas) contra exposições abusivas aos meios de comunicação, e a preocupação de evitar prisões cautelares excessivamente prolongadas, para citar apenas três pontos. Nesse sentido, um novo Código, desprendido do passivo ideológico do Decreto-Lei nº 3.689, de 1941, teria muito mais facilidades para encontrar de frente as garantias democráticas da Constituição de 1988.

De outra parte, é comum ouvirmos que as reformas pontuais optaram não pela solução ideal, mas pela solução possível. Teriam vantagens de velocidade no percurso legislativo, quando comparadas a um projeto de Código. De fato, em face de tantas disputas institucionais, divergências localizadas poderiam bloquear a reforma do Código como um todo, ou retardá-la a perder de vista. Lembremo-nos, por exemplo, que o *iter* legislativo do novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 2002) consumiu longos 27 anos. Em suma, discutir ponto a ponto seria, por essa ótica, uma estratégia com melhores perspectivas de êxito.

Creemos, contudo, que esse atalho tem os seus custos, os quais certamente não foram ignorados pela Comissão de juristas criada pelo Ministério da Justiça em 2001, coordenada pela respeitada Professora Ada

Pellegrini Grinover, cujos trabalhos resultaram na apresentação de sete proposições legislativas, das quais três foram transformadas em leis (11.689, 11.690 e 11.719, de 2008), embora com sensíveis alterações no parlamento. À época, teria prevalecido uma avaliação pragmática. Apostar todas as fichas no Código poderia ser uma jogada altamente arriscada.⁵ Vale recordar que, naquele início de década, vivíamos um período de desilusão por conta de fracassadas tentativas de reforma da Parte Especial do Código Penal.⁶ E também não dispúnhamos de uma jurisprudência tão amigável como a de hoje.

Foi justamente nesse meio tempo que o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento sobre o caráter cautelar da prisão preventiva, declarou a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.034, de 1995, e do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 1990, afastou a execução provisória da sentença condenatória recorrível, assim como editou súmulas regulando o uso de algemas e o acesso de advogados aos autos do inquérito policial, sem falar no crescente prestígio conferido ao princípio da insignificância em matéria penal. Convenhamos que essa literatura do tribunal faz toda a diferença na hora de pavimentar o caminho para um novo Código.

⁵ De acordo com Ada Pellegrini Grinover (2001): “A reforma total teria a seu favor a completa harmonia do novo sistema. Mas seria inexecutável operacionalmente. A morosidade própria da tramitação legislativa dos códigos, a dificuldade prática de o Congresso Nacional aprovar um estatuto inteiramente novo, os obstáculos à atividade legislativa do Parlamento, tudo milita contra a idéia de uma reforma global do Código de Processo Penal. Reformas tópicas, portanto, mas não isoladas, para que se mantenham a unidade e a homogeneidade do sistema; e reformas tópicas que não incidam apenas sobre alguns dispositivos, mas que tomem por base institutos processuais inteiros, de forma a remodelá-los completamente, em harmonia com os outros”.

⁶ Referimo-nos aos trabalhos de quatro comissões criadas com a finalidade de reforma do diploma material: *Comissão Lins e Silva* (1992-1994); *Comissão Assis Toledo* (1995); *Comissão Cernicchiaro* (1997-1998); e o *Grupo de Trabalho Especial* (1999-2000).

Em que pesem as ponderações que nos levam, sem dúvida, a compreender a opção pelas reformas parciais feita naquele momento, não subscrevemos, sem reservas, a afirmação comum de que o Código é uma alternativa pouco atraente do ponto de vista pragmático. Na verdade, determinadas alterações só são viáveis se, e somente se, um novo diploma for aprovado. Quando tudo está em discussão, os atores institucionais tendem a avaliar suas posições no conjunto das novidades trazidas, e não uma a uma. Ou seja, perde-se aqui, ganha-se um tanto mais ali. Se os pontos fossem discutidos individualmente, a polarização extrema dos interesses poderia gerar reações antirreformistas por parte de juízes, policiais, promotores ou advogados. Queremos dizer é que algumas mudanças, sobretudo as mais sensíveis, podem ser facilitadas quando se tem em mente rearrumar todo o plano de atuação das instituições que participam do sistema de justiça criminal.

Além disso, há outro ponto a favor de um novo Código. É verdade que, em processo penal, a maioria das mudanças legislativas passarão por filtros e disputas corporativas, seja um projeto de novo Código, sejam modificações pontuais. Esse fato não é necessariamente negativo. Tensões interinstitucionais no sistema de justiça criminal podem arrefecer o ímpeto de um ou outro órgão, ao estilo de um autêntico mecanismo de freios e contrapesos. Em suma, consideramos natural aceitar que as instituições dirijam legitimamente seus pleitos reformistas ao parlamento. Desqualificar essa pretensão seria desqualificar a própria essência do processo político-decisório. Até porque tais organizações (e as entidades associativas que as cercam) têm prerrogativas a zelar e, na mesma medida, responsabilidades na reforma do processo penal.

Tudo se complica quando a lógica corporativa monopoliza e estrangula o debate. É aí que, a nosso ver, os protestos por um novo Código, quando bem articulados,

podem atrair o interesse de outros atores sociais (organizações não-governamentais, movimentos pró-direitos humanos, associações em defesa das vítimas, universidades, mídias, etc.), servindo, quem sabe, como uma espécie de moderador do apetite corporativo. O Executivo federal também teria relevante papel como articulador desse conjunto não uniforme de interesses.

Em síntese, a palavra “código”, com toda aura e fascínio que a envolvem, pode despertar forças que uma reforma localizada jamais seria capaz de mover. Evidentemente, para que isso ocorra, o projeto de novo Código deve desvencilhar-se daquela imagem a que fizemos referência, de texto puramente técnico e alheio ao cidadão médio, fruto apenas da inteligência de um pequeno e esclarecido círculo de juristas.

2. As cautelares

2.1. A noção básica de cautelaridade

Dizíamos, há pouco, que um novo Código pode favorecer a aproximação com o texto constitucional de 1988, de maneira a reconciliar a lei ordinária com as garantias ali previstas, com ênfase na conversão para o modelo acusatório. E acrescentamos, agora, que um novo diploma também poderia trazer ganhos de eficiência e celeridade na resposta do Estado, desde o momento pré-processual até a fase dos recursos. Esses dois conhecidos e legítimos objetivos (consolidação das garantias processuais e busca por efetividade da resposta estatal) não são necessariamente conflitantes. Em nossa opinião, nenhum outro tema revela tão bem como as medidas cautelares a possibilidade de uma síntese ou convergência entre os dois citados objetivos.

O tema das cautelares pode, ainda, agregar ao plano de reforma do Código um objetivo social de grande peso. Estamos falando da redução do número de presos provisórios no Brasil. Essa cifra cresceu consideravelmente nos últimos anos e, se prestarmos atenção, representa cerca de

40% do número total de presos.⁷ Sem tocar o dedo nessa ferida, duvidamos muito que o novo CPP venha a cumprir bem a sua missão. Isto é, sem enfrentar a arraigada cultura de prisão promovida e sustentada em boa parte pelo atual Código, os esforços de reforma terão um desfecho muito aquém de suas possibilidades.

Mas, afinal, o que a proposta do Senado traz de novo nessa tão promissora matéria? Em primeiro lugar, buscando inspiração em outras legislações e também no Projeto de Lei nº 4.208, de 2001, o projeto de Código sedimenta a noção básica de *cautelaridade*, segundo a qual são ilegítimas quaisquer restrições prematuras nos direitos fundamentais do acusado, a menos que exista um motivo razoável do qual dependa a efetividade da tutela jurisdicional. Segue daí, por exemplo, o veto à prisão provisória como forma de antecipação da pena ou que tenha fundamento exclusivo na gravidade do delito. Nessa linha, se o objetivo das cautelares é assegurar condições para a efetividade do pronunciamento judicial, não faz nenhum sentido tolerar que a medida de cautela seja mais grave e incisiva do que a condenação propriamente dita. O projeto de Código, enfim, dedica todo um capítulo à fixação dos contornos e desdobramentos lógicos da ideia de acautelamento.

⁷ Em 2008, do total de 440.013 pessoas encarceradas no Brasil, 130.745 eram presos provisórios (29,7%). Neste último universo não foram contabilizados, porém, os 58.901 presos na polícia, cuja maior porção, como se sabe, não possui condenação com trânsito em julgado. Além do mais, os dados do Ministério Público são uma fotografia de momento, ou seja, não medem o fluxo dinâmico de entradas e saídas do sistema penal. Considerando a natureza da prisão cautelar, é certo que os presos provisórios têm mais mobilidade do que os presos com condenação definitiva. Logo, no período de um ano, o conjunto de pessoas que passaram provisoriamente pelos estabelecimentos penais é muito maior do que 130.745 (mais o acréscimo da maior fatia dos presos na polícia). Isso permitiria elevar, tanto em termos absolutos quanto relativos, a relação preso provisório *versus* preso definitivo. Tudo considerado, seria possível afirmar, com razoável margem de segurança, que o número de presos provisórios no Brasil gira em torno de 40% do número total de presos.

No mesmo passo, a prisão em flagrante, para que perdue, deve ser convertida em preventiva à luz das razões de ordem pública, econômica, garantia de aplicação da lei penal ou conveniência da instrução. Ou seja, perde o caráter de medida autossuficiente, em prol, mais uma vez, da noção de cautelaridade, que não aceita justificações *a priori* no tocante às cautelares do processo penal. Aqui repousa uma das mais claras distinções em relação ao atual modelo, que trata o flagrante com toda reverência e ares de verdade absoluta, como se o juiz estivesse dispensado de verificar a necessidade de manter o preso sob custódia, transferindo para a defesa técnica o ônus da argumentação em contrário na ocasião do pedido de liberdade provisória.

Atentemo-nos para o fato de que, ao reivindicar a noção básica de cautelaridade, o projeto de Código não faz mais do que premiar a jurisprudência dos tribunais superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal, que vem revendo, por meio de uma longa e pedagógica série de julgados, o modo de argumentar dos juízes no momento de decretação da prisão preventiva, para afastar, por exemplo, decisões fundadas exclusivamente no clamor público, na gravidade do crime, na fuga do distrito da culpa, no montante do dano, etc.⁸ Como consta da exposição de motivos, o projeto esforçou-se para dar “consistência sistemática” à linguagem que nascia nos tribunais.

Na base do sistema judicial, todavia, sempre houve resistências – as quais não nos arriscaríamos a qualificar como isoladas – na aplicação concreta do entendimento do Supremo Tribunal Federal, como que sinalizando para a existência de um hiato entre judiciário de cúpula e judiciário de base. Só isso seria capaz de explicar a impressionante elevação do número de presos provisórios no exato momento em que aquela jurisprudência mais restritiva

⁸ Sobre a evolução da jurisprudência do STF em matéria cautelar, chegando até a prisão para extradição, cf. ESTELLITA, 2008, p. 7-13.

ganhava corpo, o que não deixa de ser um paradoxo. As razões desse hiato são inúmeras e, na raiz, remetem ao problema da cultura de prisão no Brasil.

Por outro lado, ponderamos que a primeira instância é a que se encontra mais próxima do calor dos fatos e, por isso mesmo, mais exposta às pressões dos sujeitos do conflito (vítima, familiares, terceiros solidários, etc.), bem como aos meios de comunicação locais. Se considerarmos a pobreza de alternativas cautelares no atual Código, não surpreende que, entre prender e soltar, praticamente as duas únicas opções do magistrado, a primeira seja vista, não raro, como uma resposta necessária à sociedade, por meio da qual o juiz também afirma a sua autoridade.

2.2. Diversificação das estratégias cautelares

Importa mesmo registrar é que correríamos um alto risco se os princípios que fixam a noção de cautelaridade não estivessem acompanhados de estratégias de ampliação e diversificação do rol das medidas cautelares. O hiato que há pouco apontamos simplesmente permaneceria. A proibição a formas automáticas de prisão provisória soaria puramente retórica se o juiz não encontrasse soluções outras entre o máximo e mínimo, isto é, respostas intermediárias entre o cárcere e a liberdade. E o projeto de Código recheou o processo penal de novas medidas cautelares, que vão do recolhimento domiciliar e monitoramento eletrônico à suspensão de atividade de pessoa jurídica.⁹

É óbvio que isso não explica tudo sobre a preferência nacional pela prisão. Além dos aspectos culturais envolvidos, há pelo menos um outro fator que responderia pelo excesso de presos provisórios. Vamos

⁹ A tentativa de diversificar as estratégias cautelares no processo penal brasileiro nasce com o Projeto de Lei nº 4.208, de 2001, com diferenças em relação ao PLS nº 156, de 2009, seja no número, seja no formato das medidas eleitas.

chamá-lo de *atomização do processo cautelar*. Em que sentido? Como cada juiz é uma instância de poder autônoma, os casos levados a julgamento tendem a assumir uma dimensão muito maior quando analisados de forma isolada. Um furto qualificado, por exemplo, visto com lupa nos seus mínimos detalhes objetivos e subjetivos, poderia indicar talvez a decretação da prisão preventiva. Diversamente, quando o exame se amplia e leva em conta não só aquele fato específico, mas a repercussão para o sistema de justiça criminal resultante do encarceramento provisório de todos os acusados de furto qualificado em circunstâncias semelhantes, é certo concluir que a prisão provisória seria temperada pelo dever de gestão da política carcerária. Assim, na falta de critérios mais gerais e amplamente discutidos entre os próprios juízes, prevalecem visões atomizadas, que costumam terminar na restrição da liberdade. Para se ter uma ideia, calcula-se em mais de 674.800 o número de mandados de prisão não cumpridos no Brasil, segundo informações do INFOSEG.

De outra parte, se o novo rol de cautelares vingar, nada assegura que estaremos imunes ao uso excessivo das referidas medidas. Não há como eliminar totalmente o risco de que a liberdade *tout court* passe a ser uma experiência rara no processo penal, ante tão numerosas e sedutoras cautelares. Considere-se, mais, que o projeto adotou a ideia de livre intercâmbio cautelar (arts. 548, § 4º, 596 e 598).

Para minimizar esse possível efeito colateral, o PLS nº 156, de 2009, também fixa regime temporal de duração das medidas cautelares pessoais, mais rígido, inclusive, do que o previsto para a prisão preventiva (art. 593). Além do mais, impõe ao magistrado fundamentar a sua escolha em parâmetros de necessidade, adequação e vedação de excesso (art. 517, parágrafo único). E, por fim, um detalhe não insignificante, vincula as cautelares ao princípio de estrita legalidade (art. 514), de modo a

preferir invencionices ou o subterfúgio às chamadas cautelares inominadas.

A essa altura, sentimo-nos tentados a comparar a estratégia de diversificação cautelar (seguida, aliás, por muitos países, entre os quais Itália, Chile, França e Portugal) com a mesma tendência, na área do direito penal material, de antecipação da tutela. Com efeito, migramos do paradigma dos crimes de lesão a bens jurídicos individuais para o dos crimes de perigo a bens coletivos¹⁰, da mesma forma como estamos migrando, agora, do modelo único da prisão como instrumento cautelar para as *n* formas de intervenção antecipada sobre a esfera de direitos fundamentais do acusado. Nos dois casos, percebe-se clara impaciência do legislador, seja quanto a esperar o momento de consumação ou exaurimento do evento delitivo, seja para aguardar os efeitos definitivos da sentença penal condenatória transitada em julgado, tendo em vista o incremento dos mecanismos de restrição dos direitos fundamentais no curso do processo.

Resta saber, por outro lado, se o princípio da proporcionalidade servirá, no dia-a-dia da prática judicial, como referencial na escolha e aplicação concreta das cautelares. Parece-nos que o projeto de Código deposita imensa responsabilidade nos ombros do aludido princípio, que enfrentará, portanto, se aprovado o PLS nº 156, de 2009, a sua prova de fogo no campo do processo penal.¹¹

A despeito de todas essas dúvidas e inquietações no que diz respeito ao aumento dos poderes de cautela do juiz penal, estamos persuadidos de que o caminho da diversificação é o único capaz de assegurar,

¹⁰ Para o argumento, cf. PALAZZO, 1992, p. 460-461.

¹¹ José Maria Asencio Mellado (2008, p. 123-124) classifica a proporcionalidade como requisito essencial de legitimidade das limitações de direitos no curso do processo penal, a depender da existência de uma imputação concreta, da idoneidade e indispensabilidade da medida, da proporcionalidade meio-fim e da expressa motivação da decisão limitativa.

de maneira sustentável, a redução do número de presos provisórios no País.

2.3. Reformulações no instituto da prisão preventiva

A par da estratégia de diversificação do universo cautelar, estratégia essa que atinge a prisão de forma indireta, desviando o olhar do juiz para outras alternativas, o PLS nº 156, de 2009, propõe reformulações no próprio instituto da prisão preventiva, com o cuidado primário de evitar a sua banalização.

A primeira delas foi fixar um patamar abaixo do qual a prisão preventiva não teria lugar. Visivelmente, o objetivo é evitar o encarceramento provisório no tocante a crimes de menor gravidade. Então, qual o critério a seguir? O projeto de Código apoiou-se no paralelismo com o art. 44 do Código Penal, que disciplina a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na hipótese em que a pena aplicada não seja superior a 4 anos e o crime não tenha sido cometido mediante violência ou grave ameaça.¹² Ora, o raciocínio é simples. Se lá adiante, no momento da sentença, a lei admite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos tendo em vista o *quantum* da pena aplicada, com muito mais razão deveria vedar a prisão preventiva a casos em que a pena cominada (cominada!) seja igual ou inferior a 4 anos, ressalvadas as hipóteses de violência ou grave ameaça à pessoa.

Daí se entende, na esteira desse argumento *a fortiori*, a proposta constante do art. 545, II, do PLS nº 156, de 2009. Nada além do que um encontro de contas entre as leis penal e processual penal. Coerência,

¹² O Projeto de Lei nº 4.208, de 2001, na sua formulação original, trouxe a mesma restrição, também fixando um piso para a prisão preventiva nos crimes com pena máxima superior a 4 anos, sem excepcionar, porém, as hipóteses de violência ou grave ameaça. No Senado, manteve-se o mesmo critério, ressalvando os casos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

ainda mais se consideramos que a prisão preventiva equivale, em termos reais, ao cumprimento da pena em regime fechado, previsto para condenados a pena igual ou superior a 8 anos, salvo no caso de reincidência (art. 33, § 2º, *a*, do Código Penal).

Em suma, firma-se definitivamente a ideia de que a prisão preventiva deve-se guardar para crimes graves. Trata-se de afirmação até certo ponto óbvia, embora nem sempre confirmada na rotina da justiça criminal. Bem-vinda, assim, a fixação de um limite objetivo, inclusive referendado pela lógica do Código Penal, atendendo a algo que sempre foi reclamado pela doutrina, isto é, a sintonia entre o processo e o direito penal.

Há tempo, contudo, para leves aperfeiçoamentos no que se refere à prisão para assegurar a aplicação da lei penal, sobretudo quando o processo fica suspenso porque o réu, citado por edital, não ofereceu resposta escrita nem constituiu advogado. O limite de 4 anos, ou qualquer outro que se discuta, maior ou menor, deveria excepcionar expressamente tal hipótese, que é de garantia última da jurisdição. Com efeito, o juiz avaliará se há mesmo necessidade da preventiva no caso concreto, mas a possibilidade de decretação fica resguardada. De se observar que, na situação aqui lembradas, o PLS facultou ao juiz lançar mão da prisão preventiva (arts. 147), faltando, tão-somente, harmonizar essa possibilidade com a regra geral do art. 545, II.

A despeito da nova configuração proposta para o instituto da prisão preventiva, acompanhada de outros requisitos negativos (art. 545, I, III e IV), o tema mais delicado nessa matéria é, inquestionavelmente, o dos prazos máximos de duração da medida. Parece haver consenso de que o modelo jurisprudencial de contagem cumulativa dos prazos legais até o fim da instrução criminal, que resultou no número holístico de 81 dias (antes das reformas de junho de 2008), não foi capaz de conter excessos na duração da prisão preventiva.

A matemática do referido modelo chegou a ser chancelada pelo art. 8º da Lei nº 9.034, de 1995.

Ocorre que a jurisprudência criou tantas válvulas de escape que o mecanismo acabou perdendo credibilidade. Ora se invocava a complexidade da causa, ora o elevado número de réus, ora se atribuía a culpa pelo atraso à defesa, ora se falava nas peculiaridades do caso concreto, etc. O excesso de prazo ganhou, assim, as características de uma substância gasosa.

O desafio passa a ser encontrar prazos mais factíveis e que, ao mesmo tempo, vinculem todos os operadores do sistema de justiça criminal. A ideia seria estender os prazos em relação ao atual modelo, tornando-os obrigatórios, sem espaço para fórmulas escapistas. Além do que, o novo modelo deveria prever todas as fases processuais, já que o atual focaliza a investigação e a instrução judicial, deixando as etapas posteriores sem nenhum regramento.

Outro ponto relevante seria dividir a responsabilidade pelo cumprimento dos prazos entre as diversas instâncias judiciais, para evitar acusações ou desculpas sem fim. Isso descartaria a proposta de um prazo global. Sendo assim, melhor fracionar os prazos e associá-los a eventos processuais específicos. Teríamos, pois, intervalos de prazos sob responsabilidade das instâncias ordinária (primeiro e segundo graus) e extraordinária (STJ e STF).

Finalmente, surge a questão de se prever uma faixa única de prazos para todas as infrações penais ou de dividi-la conforme parâmetros de gravidade objetiva do crime praticado. Embora não se trate de razão cautelar suficiente para a decretação da preventiva, como reitera acertadamente a jurisprudência brasileira, nem por isso a gravidade do crime deve ser proscribida do horizonte legal das cautelares. Em se tratando de tema tão difícil de ser explicado para o público leigo, o purismo poderia redundar em falta de legitimidade social da proposta, se é que os tribunais não

inventariam novas estratégias de fuga. A “gravidade do delito” seria expulsa do texto da lei, mas logo voltaria camuflada de solução jurisprudencial.

No processo cautelar, a forma de acomodar legitimamente a ideia de gravidade do crime é, segundo nos parece, a criação de um *plus* no tempo máximo de duração da medida, como já ocorre em relação à prisão temporária nos crimes hediondos (art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072, de 1990) e também em outros países que controlam os prazos da prisão cautelar, como França e Itália.

Consideradas essas premissas, o projeto de Código armou uma planilha dividida em três etapas: a) 180 dias de duração se a preventiva é decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória recorrível (art. 546, I); b) mais 180 dias se é decretada ou prorrogada por ocasião da sentença condenatória recorrível ou por decisão do tribunal no uso de sua competência recursal (art. 546, II e § 1º); c) outros 180 dias se a defesa interpuser os recursos especial e/ou extraordinário (art. 546, § 2º). A prisão chegaria ao máximo de 540 dias. Essa proposta vale para os crimes com pena cominada inferior a 12 anos. Se a pena for superior, acrescentam-se 60 dias a cada uma das mencionadas etapas (art. 546, § 3º), no que resultam 720 dias. Saímos, pois, daquela complicada matemática de soma de cada um dos prazos dos atos processuais.

Temos de lembrar que a construção de um modelo que implique mais rigor no controle da duração da prisão preventiva atende, em primeiro lugar, à exigência de que a medida não se desvirtue em antecipação da pena. É, pois, uma questão de identidade. Se é cautelar, não é pena, e se é pena, não é cautelar. Acima de qualquer argumento retórico, essa distinção se verifica na prática, ou melhor, em número de dias. Não há como refutar o fato de que quanto mais a preventiva avança no tempo, mais assume os traços e trejeitos de pena efetiva. Tanto é que o projeto de Código acolhe a possibilidade de gozo prematuro dos benefícios

da Lei de Execução Penal (art. 536), tese já conhecida da jurisprudência brasileira.

Por outro lado, quando se trabalha com o controle efetivo dos prazos, como propõe o art. 546 do PLS nº 156, de 2009, devemos estar preparados para situações nas quais, a despeito da necessidade de prorrogação da preventiva, a medida deve cessar ante uma opção concreta de política legislativa. Sem dúvida, é um custo. Mas um custo eventual e pequeno se comparado ao caótico quadro da prisão provisória no Brasil. No término do prazo, não é demais lembrar que o juiz pode aplicar outra cautelar (art. 548, § 4º).

A opção de política legislativa de que falávamos é fruto da fantasia ou capricho do legislador? Negativo. Se a prisão preventiva não estiver subordinada a um teto de duração, seria impossível acertar as coordenadas do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LVIII, da CF), onde repousa o fundamento constitucional do modelo que se quer implantar, muito diferente da peça de ficção em que se tornaram os tais 81 dias. Aprovada a proposta, a lei dirá, para que todos ouçam, que os processos judiciais envolvendo réu preso são absolutamente prioritários.

Óbvio que, no curso do processo legislativo, são esperados ajustes nos prazos previstos no art. 546. De fato, encontrar a fração ideal não é tarefa muito simples. Para alguns, os prazos são demasiado extensos, enquanto que, para outros, são escandalosamente curtos. Quem se debruça sobre o tema logo percebe que é impossível agradar ao mesmo tempo Danton e Robespierre. Por outro lado, concordamos que algumas situações poderiam ter recebido tratamento diferenciado, como, por exemplo, os crimes de competência do tribunal do júri, tendo em vista as especificidades do trâmite processual bipartido. Quanto aos processos com elevado número de réus, convém ter em conta que o projeto de Código faculta a sua separação (art. 108).

Seja como for, ajuste aqui outro ali, o mais importante é compreender a estrutura

do modelo, que nos parece acertado no que há de principal: seriedade no controle dos prazos da prisão preventiva, corresponsabilidade entre as instâncias de decisão nas várias etapas processuais e faixas escalonadas de tempo conforme a gravidade do delito.

O modelo estaria incompleto, todavia, se não enfrentasse um dos mais renitentes inimigos do processo cautelar: o esquecimento. Uma vez decretada a prisão preventiva, é como se o réu fosse condenado ao esquecimento, como se os motivos autorizadores se perpetuassem, como se a obra do juiz estivesse finalizada, e não é assim. Talvez estejamos pintando o problema em cores fortes, mas o certo é que se ocorressem revisões periódicas, muito provavelmente assistiríamos à redução do número de prisões cautelares.

Estamos persuadidos de que o mecanismo jurídico adequado para atravessar o rio do esquecimento é o reexame obrigatório da decisão pela autoridade judicial, nos intervalos de tempo pré-fixados em lei. O PLS nº 156, de 2009, institui esse saudável expediente (já adotado no Chile), prevenindo o reexame a cada 90 dias, com vistas a avaliar se persistem, ou não, os motivos determinantes da prisão preventiva (art. 550).¹³ Em adendo, mas tão importante quanto, o PLS estabelece o quadro mínimo de fundamentação das decisões judiciais em matéria cautelar (art. 520).

Outra novidade trazida pelo projeto de Código é a possibilidade de, logo de saída, o juiz fixar o prazo da prisão preventiva, contanto que observe os limites máximos. É a prisão por prazo certo de duração de que trata o art. 549 do PLS. Ao que se

¹³ Em data recente, o Conselho Nacional de Justiça editou resolução que impõe aos juízes o encaminhamento de relatórios trimestrais às Corregedorias Gerais de Justiça “com demonstração do número das prisões em flagrante, temporárias e preventivas, indicando o nome do preso, o número do processo, a data e a natureza da prisão, unidade prisional, a data e o conteúdo do último movimento processual” (art. 1º da Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009).

imagina, pode vir a ser uma interessante ferramenta, sobretudo quando a preventiva for decretada por conveniência da instrução criminal ou em razão de um fato específico considerado transitório. É curioso que a jurisprudência não tenha concebido esse artifício. Afinal, se hoje o juiz pode mais, isto é, decretar a preventiva por prazo indeterminado, natural que também possa menos.

Tendo o projeto de Código se esforçado em construir tantas estratégias para colocar a prisão provisória nos trilhos da racionalidade, por que não atacou o que para muitos é o cerne do imbróglio, vale dizer, os conceitos previstos no art. 312 do atual CPP? Note-se que tais conceitos simplesmente foram trasladados para o art. 544 do PLS.

Sim, é uma boa pergunta. A começar pelo conceito de ordem pública, alvo de numerosas críticas na doutrina pela incerteza de seus limites. Nesse sentido, é bem provável que o projeto de Código tenha frustrado boa parte da crítica especializada.

Mesmo compartilhando essas preocupações, temos de ponderar que a tentativa de definir o conceito de ordem pública tem lá os seus riscos. Em primeiro lugar, qualquer proposta de definição fatalmente recorrerá a outros termos mais ou menos abertos. Dessa forma, transferiríamos o problema para outras expressões, com chances de cair em labirintos linguísticos ou de andar em círculos. Daríamos um passo à frente para ficar, quem sabe, no mesmo lugar.

Um segundo aspecto, e aqui mora o perigo, é que uma nova definição pode significar um retrocesso autoritário, seja repaginando a noção de periculosidade, que tantos estragos fez sob a ótica do positivismo criminológico, seja se inclinando a um funcionalismo radical, na direção de um processo penal do inimigo, que encoraja a luta da sociedade contra o acusado.¹⁴ Nada

¹⁴ Sobre o conceito de processo penal do inimigo e seus reflexos na legislação brasileira, cf. MALAN, 2006, p. 235-244.

garante, pois, que o resultado legislativo das tentativas de precisar o conceito de ordem pública não seja pior do que a definição genérica. Até porque, pelo menos até aqui, a jurisprudência tem-se portado bem ao interpretar a dicção do art. 312 do atual CPP.

Não bastassem essas observações um tanto pessimistas, seria oportuno lembrar, uma vez mais, que o PLS faz uma chamada explícita ao princípio da proporcionalidade (art. 517, parágrafo único), como evidente retaguarda do quadro legal de fundamentação da prisão preventiva.

Em suma, ou muito nos enganamos ou os mais graves problemas do instituto da prisão preventiva no direito brasileiro não estão exatamente relacionados a uma crise dos fundamentos determinantes. Até onde conseguimos ver, o nó está: *a*) na pobreza de alternativas cautelares, *b*) na predominância de visões atomizadas do processo cautelar, *c*) na falta de sintonia entre as leis penal e processual penal, *d*) na fragilidade do sistema de controle dos prazos máximos de duração, e *e*) na ausência de rotinas de reexame das decisões.

3. O juiz das garantias

Chegamos ao juiz das garantias. Trata-se de uma ousada costura do projeto de Código. Referimo-nos à regra de impedimento segundo a qual o magistrado que tiver exercido a função de juiz das garantias não poderá funcionar no processo (art. 17). Hoje, como se sabe, a regra de competência vai no sentido contrário, isto é, o juiz que participou da investigação torna-se prevenido nos termos dos arts. 75, parágrafo único, e 83 do atual CPP. Portanto, uma mudança da água para o vinho.

Podemos afirmar, com segurança, que a separação entre as funções judiciais atinentes à investigação e ao processo é uma tendência bem consolidada na experiência internacional. Basta evocar, como exemplos, o *giudice per le indagini preliminari* na

Itália, o juiz da instrução em Portugal e o *juez de garantía* no Chile.¹⁵ Em todos esses casos, guardadas as especificidades de cada ordenamento jurídico, procedeu-se à especialização das funções do juiz que é chamado a intervir na investigação, como forma de distingui-lo do juiz que assume a responsabilidade pela fase processual.

O mesmo sucede com a proposta em debate. A nova figura atenderia a dois objetivos centrais. Primeiro, a previsão de um juiz que atue exclusivamente na investigação pode proporcionar as vantagens esperadas de todo e qualquer processo de especialização. Uma rotina específica de trabalho tende a gerar, com o tempo, *expertise*, eficiência e agilidade. Sem dúvida, foi isso o que moveu a criação de varas de inquéritos policiais em algumas capitais brasileiras, como São Paulo, Belo Horizonte e Curitiba. Nesse sentido, estaria correto dizer que o juiz das garantias é uma aposta orientada aos resultados.

A especialização inerente à nova figura judicial que se quer implementar tem em mira um segundo objetivo, qual seja assegurar que o juiz do processo tenha plena liberdade crítica em relação aos trabalhos da fase investigativa. Rompem-se, assim, vínculos ou laços de qualquer ordem em relação à etapa precedente.

É fácil acompanhar o raciocínio. Não tendo emitido juízo sobre a oportunidade e conveniência de diligências que invadem direitos fundamentais do investigado, tampouco sobre pedidos cautelares, o magistrado entra no processo sem o peso de ter decidido a favor ou contra uma das partes. Não leva consigo o passivo da fase pré-processual. Não tem compromisso pessoal com o que se passou. Não colaborou na identificação das fontes de prova. Não manteve o flagrante nem decretou a prisão preventiva. Não impôs o sequestro de bens. Não autorizou a interceptação de conversas

telefônicas nem a infiltração de agentes, etc. etc. Quer dizer, em nenhum momento compartilhou a perspectiva dos órgãos de persecução penal.

A vinda do juiz das garantias ao cenário processual brasileiro joga a favor, pois, do princípio de imparcialidade. O juiz do processo não responderá pela legalidade ou qualidade dos elementos informativos colhidos na investigação. Ao contrário. Como as suas impressões digitais não foram deixadas no inquérito, é razoável supor que estará em melhores condições de avaliar crítica e imparcialmente o trabalho desenvolvido naquela fase.

A separação física entre juiz da investigação e juiz do processo é resultado de um percurso evolutivo que tem início, historicamente, na descentralização das funções de julgar e acusar. Juiz e Ministério Público descolaram-se um do outro. Esse rito de passagem – traumático em alguns países, como na Itália de hoje – foi decisivo para o debacle do paradigma inquisitorial.¹⁶ Agora, o juiz do processo quer descolar-se do juiz da investigação. Chegamos, então, a um nível de maior refinamento do processo penal acusatório, cuja estrutura aponta, por um lado, para a distinção dos papéis do juiz e do Ministério Público, e por outro, para a diferenciação interna do órgão judicial. Nos dois casos, fala mais alto o ideal de imparcialidade, sempre perseguido, dificilmente alcançado.¹⁷

Com efeito, sempre se tentou construir mecanismos que conduzam ao julgamento

¹⁶ Sobre a dicotomia “acusatório/inquisitório” nos planos teórico e histórico, conferir, por outros, FERRAJOLI, 2002, p. 574-583.

¹⁷ Há um conto de Friedrich Dürrenmatt (2003, p. 29-30) muito sarcástico em relação à crença na imparcialidade dos tribunais. O advogado disse a Traps: “Tome nota, jovem amigo, inocência ou não, o que decide é a tática! Querer declarar-se inocente perante o nosso tribunal é arriscar o pescoço, para dizer o mínimo; pelo contrário, o mais inteligente a fazer é ir logo se culpando por um crime. (...) O caminho da culpa para a inocência pode até ser difícil, mas também não é impossível”.

¹⁵ Cf. o art. 34, 2-bis, do CPP italiano; o art. 17 do CPP português; e o art. 70 do CPP chileno.

imparcial.¹⁸ Contudo, a figura do juiz das garantias não permite deduzir, por falta de suporte lógico, a nulidade das sentenças proferidas por juízes que, no modelo legal vigente, tenham participado da investigação. Também não há nenhuma garantia de que o juiz do processo, só porque tomou conhecimento do fato em momento posterior, decidirá com imparcialidade o caso concreto. Do mesmo modo, sofisma quem concluir que o juiz das garantias está desobrigado do referido dever. Entenda-se bem. O que a lei faz, ou melhor, o que o projeto de Código pretende fazer, quanto a um requisito essencial de validade da decisão judicial, o princípio de imparcialidade, é oferecer condições que facilitem a sua observância. É o máximo que se consegue.

O curioso é que, no que diz respeito à instrução processual, a lei reclama a identidade física do juiz (art. 399, § 2º, do atual CPP, com redação determinada pela Lei nº 11.719, de 2008), para que o julgamento não se torne um ato tão impessoal. Por ter presidido a instrução, tendo-se aproximado das provas no calor do contraditório e da ampla defesa, aquele juiz, e não um outro, reúne melhores condições de sentenciar, considerando a familiaridade mantida com o acervo probatório. Quanto à investigação, procedimento administrativo unilateral, a experiência recomenda o inverso, isto é, que o juiz do processo guarde uma distância regulamentar de segurança. O interessante é ver que, nos dois casos, encontramos provas de que a pessoa do magistrado não é vista com indiferença pela lei processual penal, considerado o histórico das atividades que desempenhou.

Feitas essas observações preliminares, é hora de discutir qual o raio de ação do juiz das garantias. Essa questão não pode ser respondida sem recorrermos ao art. 4º

¹⁸ Relembrem-se os princípios do juiz natural, do duplo grau de jurisdição e do *in dubio pro reo* (ser imparcial, no estado de dúvida, é declarar a inocência do acusado), sem falar nas numerosas regras de impedimento e suspeição que vinculam os magistrados.

do PLS, no qual se condensou a fórmula do princípio acusatório: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Logo, começaríamos dizendo que o juiz das garantias não é um juiz investigador. No desenho do projeto de Código, previu-se exatamente o oposto. Ele não age de ofício. Não requisita a abertura do inquérito policial, como também não solicita diligências investigativas. Ele é, antes, o responsável pelo controle da legalidade da investigação, nunca o gerente das tarefas policiais. Daí que os autos do inquérito não chegam a suas mãos, salvo nas hipóteses em que os direitos fundamentais do investigado devam sofrer restrições. Caso contrário, o que se tem é a simples comunicação da abertura do inquérito à instância judicial, já que a tramitação unirá polícia e Ministério Público por uma via de mão dupla.

Em resumo, o juiz das garantias envolve-se na trama investigativa. Afinal, é o destinatário de todos os pedidos de diligências que interfiram na esfera de direitos do investigado, além de decidir sobre as medidas cautelares. A diferença é que ele não impulsiona o inquérito. O que lhe cabe é zelar pela regularidade da investigação, sobretudo quando se franqueiam direitos fundamentais. Ao juiz das garantias podem recorrer tanto a polícia e o Ministério Público, de um lado, como o investigado, do outro, de maneira que a investigação não saia das margens legais. Juiz de salvaguardas. Peça-chave no modelo acusatório em construção.

Em matéria cautelar, vale lembrar que o juiz das garantias também só agiria mediante provocação. Todavia, uma vez decretada a prisão ou outra medida cautelar pessoal, ele poderá, independentemente de pedido dos órgãos de persecução penal ou do investigado, substituí-la por outra que entenda mais adequada às exigências cautelares do caso concreto. Abre-se tal

possibilidade não apenas na hipótese de descumprimento da medida anteriormente imposta, mas sempre que, tendo em vista novas circunstâncias e motivações, avalie que a substituição é oportuna (art. 513, parágrafo único). Em nossa percepção, essa ressalva traz um temperamento adequado ao sistema acusatório.

Se, como ficou assentado, o juiz das garantias tem a ver com a investigação, qual o preciso momento em que cessa a sua competência? Na maioria dos ordenamentos jurídicos pesquisados, a competência vai até o exame da acusação formal. A admissibilidade da acusação seria, pois, o *gran finale* da atuação do juiz que se volta exclusivamente para a fase pré-processual. Depois entraria em cena o juiz do processo com as suas atribuições ordinárias.

O PLS seguiu outro caminho, por entender que, na tradição brasileira, seria difícil prolongar a competência do juiz das garantias até o recebimento da denúncia, subtraindo do juiz do processo o exame de plausibilidade da peça inicial, tendo em vista, inclusive, a recente introdução do instrumento da resposta escrita (art. 396 do atual CPP, com redação ditada pela Lei nº 11.719, de 2008). Uma alteração desse porte poderia agregar complexidade à proposta, que deve vencer, primeiro, o teste de ser compreendida e apoiada nos seus aspectos principais.

Com a mesma preocupação de facilitar a compreensão da nova figura do juiz das garantias, o projeto de Código optou por enumerar as suas competências legais, com o cuidado de prever a cláusula do inciso XIV do art. 15 (“outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo”). Na verdade, nem seria necessário entrar em tantos detalhes se confrontarmos o *caput* do art. 15 (“O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, [...]”) com a regra de competência do

caput do art. 16 (“A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com a propositura da ação penal”).

Noutros termos, qualquer matéria que reclame intervenção judicial na fase de investigação seria da competência do juiz das garantias. Com a propositura da ação penal, ele se despede, passando o bastão para o juiz do processo, que decidirá as questões pendentes e reexaminará, se for o caso, a necessidade das cautelares em curso. A distribuição da ação penal será, portanto, o divisor de águas.

Com esses comentários, não pretendíamos mais do que trazer à discussão alguns aspectos da nova figura judicial, que até aqui tem sido recebida com bons olhos. Coloca-se, todavia, já nesse momento inicial do debate, uma objeção de ordem prática ao juiz das garantias. Não se trata, portanto, de uma oposição conceitual à proposta em si. Esta, como dissemos, tem suscitado até reações positivas, se é que não estamos mal informados.

Argumenta-se, com efeito, que a proposta passará por grandes percalços na sua implementação, dada a extensão do território nacional e as suas diversas realidades regionais. Indo ao ponto, como aplicar a regra de impedimento nas comarcas com apenas um juiz? De fato, é complicado. Tanto é que o projeto de Código tenta mostrar uma solução: “Nas Comarcas onde houver apenas um juiz, as normas de organização judiciária disciplinarão formas de substituição, de modo que seja observada a regra de impedimento prevista no art. 17” (art. 678). Nesse sentido, caberia a cada unidade da Federação desatar o seu próprio nó, quer nomeando juízes substitutos ou auxiliares, quer prevendo um juiz das garantias itinerante, quer atraindo as funções de garantia para o juiz da comarca mais próxima, quer combinando essas e outras alternativas. O que o projeto de Código não quis, está claro, foi transigir com a regra de impedimento, certamente por julgar temerária a aplicação

de dois diplomas no mesmo País e, por conseguinte, a quebra do sistema.

Enfim, o problema existe. Em alguns Estados ele é mais grave, noutros menos, mas não há como negá-lo. No Amazonas, por exemplo, conforme levantamento preliminar não oficial, 41 das 59 comarcas têm apenas um juiz, sem considerar a eventual presença de substitutos; no Rio de Janeiro, a mesma relação é de 12 para 96, o que, convenhamos, não chega a ser um drama; em Minas Gerais, a questão volta a se agravar, pois temos 185 comarcas com um único juiz no universo de 295; no Ceará, do total de 134 comarcas, 57 contam com apenas um magistrado. Esses números dão contornos mais precisos ao problema, convindo lembrar, porém, que as comarcas ou circunscrições têm pesos muito variados em termos de população e volume de demanda.

Sendo previsível que a escassez de recursos humanos no Poder Judiciário opõe barreiras à execução da proposta, a pergunta é se devemos renunciar ao salto de qualidade que representa o juiz das garantias, simplesmente qualificando o projeto de inexecutável e ponto final. Receamos que essa postura tende a ser assumida por aqueles que, sem dizê-lo frontalmente, não se sentem entusiasmados nem convencidos da necessidade de mudança. Daí que o debate pode tomar um caminho sinuoso, onde posições contrárias ou céticas em relação ao juiz das garantias se escondem no argumento da inviabilidade material, sem aprofundá-lo.

De outro lado, o difícil é aceitar que o contexto das pequenas comarcas impeça que a proposta seja colocada em prática, por exemplo, na cidade de São Paulo, quando imaginamos a distância astronômica de números (de inquéritos, processos, presos, etc.) entre as duas realidades. A exceção viraria regra e a regra, exceção. Isso em plena era da tecnologia, em que o mundo comprime assustadoramente as relações espaço-tempo.

Assim, tão esdrúxulo quanto ignorar as dificuldades de aplicação da regra de

impedimento do art. 17 nas pequenas comarcas seria fechar os olhos para o outro lado da moeda, isto é, que a proposta é perfeitamente viável e madura para as comarcas que respondem pelo grosso da produção judiciária e litigiosidade do País. Talvez a saída seja uma regra de transição que ofereça tempo às situações de maior complexidade e que nos permita, ao mesmo tempo, vencer a inércia.

Mas não antecipemos conclusões nem alimentemos impasses num tema que tem ainda uma longa jornada pela frente. Se podemos dizer algo é que o Judiciário terá um papel político sensível no formato final da proposta. Essa foi premissa básica que levou ao desenho do art. 678 do projeto de Código. Que apareçam outras soluções para destravar o debate. Sem o juiz das garantias (ou qualquer outro nome ou forma que se dê à especialização de funções e separação física entre o juiz da investigação e o juiz do processo), temos a impressão de que o Código já nasceria empoeirado, como que enclausurado no século XX.

Referências

ASENCIO MELLADO, José Maria. *Derecho procesal penal*. 4 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

DÜRRENMATT, Friedrich. *A pane, o túnel, o cão*. São Paulo: Códex, 2003.

ESPINOSA, Emilio Lamo de. De bruces con la posmodernidad. Ignorancia, poder y comunicación en la sociedad del riesgo. *Política Exterior*, v. 15, n. 80, p. 11-20, mar. /abr. 2001.

ESTELLITA, Heloisa. Liberdade e prisão cautelar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pós-Constituição de 1988. *Direito Público*, ano 5, n. 24, p. 7-13, nov. /dez 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione; teoria del garantismo penale*. 7 ed. Roma: Laterza, 2002.

FERRANTE, Riccardo. *Codificazione e cultura giuridica*. Turim: Giappichelli, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *A reforma do processo penal-II*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 15 jan. 2001.

HESPANHA, Antonio Manuel. Código y complejidad. *Justiça & História*, v. 1, n. 1 e 2, p. 329-349, 2001.

MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 59, p. 223-259, mar. /abr. 2006.

PALAZZO, Francesco. I confini della tutela penale: selezioni dei beni e criteri di criminalizzazione. *Ri-*

vista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milão, n. 2, p. 453-482, 1992.

SAINZ MORENO, Fernando. El legislador racional y la predecibilidad de la conducta humana. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurélio; PAU PEDRÓN, Antonio (Directores). *La proliferación legislativa: un desafío para el estado de derecho*. Madrid: Civitas, 2004.