

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS

Faculdade de Direito



Marina Zilberknop Mendes

Trabalho de Conclusão de Curso

O Juiz das Garantias previsto pelo PLS nº 156/09

Pelotas, 2011

MARINA ZILBERKNOP MENDES

O JUIZ DAS GARANTIAS PREVISTO PELO PLS Nº 156/09

Trabalho acadêmico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. José Fernando Gonzalez

Pelotas, 2011

Banca Examinadora

.....

.....

.....

“A defesa é mais do que um direito, constitui uma garantia – garantia do acusado, de um lado, e garantia do justo processo, do outro”.

(Ada Pellegrini Grinover)

RESUMO

ZILBERKNOP, Marina Mendes. **O Juiz das Garantias previsto pelo PLS nº 156/09**. 2011. Trabalho acadêmico (Graduação) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, Pelotas.

Tramita na Câmara de Deputados um projeto de lei proposto pelo Senador José Sarney – PLS nº 156/09 – com o fito de alterar o Código de Processo Penal vigente desde 1941 a fim de adequá-lo ao modelo acusatório e garantista inaugurado pela Constituição Federal de 1988. Dentre as inúmeras alterações propostas, encontra-se a previsão de um Juiz das Garantias, cuja atuação ficará restrita ao controle da legalidade e à salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado durante a investigação criminal.

Inobstante estejamos diante de uma lei em tese, o projeto tem despertado bastante interesse da classe jurídica, razão pela qual – após traçarmos as notas características da investigação criminal e da idéia de garantismo penal no Brasil – abordaremos a novel figura.

Palavras-chave: Investigação criminal. Garantismo Penal. Juiz das Garantias. PLS nº 156/09.

SUMÁRIO

RESUMO.....	04
INTRODUÇÃO.....	06
1 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	
1.1 Fundamento e conceito.....	08
1.2 Espécies de investigação criminal.....	09
1.3 Inquérito policial.....	11
1.4 Diligências investigativas.....	15
1.5 Papel do juiz na investigação policial.....	16
1.6 Investigações Extrapoliciais.....	16
2 GARANTISMO PENAL	
2.1 Fundamento e conceito.....	18
2.2 Garantismo penal no Brasil.....	20
2.3 Sistemas processuais penais.....	21
2.4 Princípios penais constitucionais.....	23
2.5 Garantias do acusado na investigação criminal.....	26
2.6 Eficiência e garantismo.....	27
3 JUIZ DAS GARANTIAS	
3.1 A Necessidade de um novo Código de Processo Penal.....	30
3.2 O Juiz das Garantias proposto pelo PLS nº 156/09.....	31
3.3 Juiz das Garantias e Juizado de Instrução.....	33
3.4 Prevenção e isenção do magistrado.....	34
3.5 Contradições do PLS nº 156/09.....	36
3.6 Críticas ao instituto.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
REFERÊNCIAS.....	44
ANEXO.....	48

INTRODUÇÃO

Não é de hoje que salta aos olhos o descompasso existente entre o Diploma Processual Penal e a Constituição Federal vigentes no Brasil. Enquanto o nosso Código de Processo Penal, datado de 1941, é fruto de um período ditatorial e apregoa um sistema processual notadamente inquisitivo, a Constituição Federal, calcada no princípio da dignidade da pessoa humana, traz em seu bojo ideais eminentemente garantistas. Assim, ante a evidente necessidade de adequar o nosso processo penal ao modelo acusatório e garantista inaugurado pela Carta Magna em 1988, surge o PLS nº 156/09 – projeto legislativo de autoria do Senador José Sarney que, atualmente, tramita perante a Câmara dos Deputados e que, se aprovado, substituirá o Código de Processo Penal vigente.

Dentre as inúmeras alterações previstas pelo PLS nº 156/09, trataremos neste trabalho da figura do Juiz das Garantias, cuja atuação encontra-se prevista no Capítulo II, Título II do Livro I deste projeto legislativo. O Juiz das Garantias proposto zelará pela legalidade da investigação criminal e será o responsável pela tutela dos direitos individuais do investigado, devendo-se afastar do processo quando da propositura da ação penal.

Desse modo, como a atuação do Juiz das Garantias está atrelada aos procedimentos inerentes à investigação preliminar, antes de abordarmos a inovação trazida pelo PSL nº 156, faz-se necessário compreendermos como se opera a investigação criminal no Brasil. Com efeito, no capítulo primeiro do presente trabalho trataremos sobre a fase pré-processual da persecução penal. Primeiramente, trazendo à baila os fundamentos que justificam o procedimento – notadamente a necessidade de obter-se um mínimo probatório que dê justa causa à ação penal. Em seguida, coletando as notas características dos sistemas investigatórios vigentes e, por fim, debruçando-nos sobre a investigação policial – sistema adotado no Brasil.

Num segundo momento, focaremos nosso estudo no garantismo penal, modelo de direito idealizado pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli e que norteou o legislador brasileiro na elaboração do PLS nº 156/09. Partindo dos axiomas fundamentais de Ferrajoli, analisaremos a influência do garantismo penal no Brasil, bem como abordaremos os principais princípios penais fundamentais expressos pela Constituição Federal. Logo após, dar-se-á especial atenção às garantias conferidas ao acusado ainda em sede de investigação criminal; finalizando o segundo capítulo ocupar-nos-emos do binômio eficiência/garantismo, tecendo comentários acerca da preocupação de muitos juristas em sentido de que um garantismo penal exacerbado possa acabar por gerar impunidade.

Abordaremos por fim, com base nesse contexto, a figura do Juiz das Garantias prevista pelo PLS nº 156/09. Aclarando suas atribuições durante a investigação criminal, tentaremos vislumbrar a razão pela qual tal instituto é defendido de forma tão intensa por parte da doutrina e, ao mesmo tempo, tão fortemente combatido por outra parcela dos juristas.

1 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

1.1. Fundamento e conceito

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVII, prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, ao elencar o estado de inocência como princípio constitucional, o legislador constituinte colocou o processo penal como *conditio sine qua non* para que o Estado possa exercer seu poder/dever de punir.

O processo penal, por sua vez, só poderá ter início quando presentes as provas de materialidade e os indícios de autoria delitiva. Dessa forma, faz-se necessária a existência de um procedimento preliminar destinado à colheita dos elementos necessários ao ajuizamento da ação penal.

Nesse âmbito, insurge a investigação criminal como sendo o conjunto de diligências que se destinam a apurar a ocorrência de infrações penais e suas autorias, de modo que – ao identificar o provável acusado, comprovar a materialidade, esclarecer os motivos, causas, circunstâncias e conseqüências do delito – essa investigação criminal forme o painel probatório que possibilita o ajuizamento de uma ação penal.

Calabrich (2010, p.89) define resumidamente a investigação criminal “como a atividade preliminar de produção e colheita de elementos de convicção (evidências) acerca da materialidade e da autoria de um fato criminoso”.

Desse modo, se frutíferas as diligências efetuadas, a investigação criminal será o supedâneo necessário para o oferecimento de uma inicial acusatória. De outra banda, se neste momento da persecução penal não forem apuradas evidências que comprovem a materialidade e que tragam indícios da autoria delitiva a ação penal estará fadada ao insucesso por ausência de justa causa.

Revela notar que a plausibilidade da imputação ofertada ganhou ainda maior importância com a nova redação do artigo 395 do Código de Processo Penal que previu a rejeição da denúncia ou queixa por ausência de justa causa. Por óbvio que não é necessário que já disponha o acusador, neste momento, de todos os elementos necessários à condenação do denunciado. No entanto, as provas acolhidas devem ser suficientes para submeter o indivíduo a um processo penal, que já é um mal em si, independente da sentença proferida ao final.

1.2 Espécies de investigação criminal

A doutrina elenca três principais modelos de investigação preliminar – o juiz de instrução, o promotor investigador e a investigação policial – nos quais difere-se a autoridade que será responsável pela condução da investigação criminal.

No juiz de instrução¹ a investigação será conduzida por um juiz. Nas palavras de Dervieux, trazidas à baila por Choukr:

O juiz de instrução tem um duplo papel, como investigador e como julgador. Como investigador ele está encarregado de recolher as provas da infração, de elucidar a autoria e de formalizar os autos; ele deve buscar elementos a favor e contra a pessoa investigada. Como juiz, ele pode requisitar o emprego da força pública e decide sobre a realização de exames, mas eventualmente, da colocação da pessoa investigada em detenção provisória ou sob o controle do judiciário. Uma vez que os autos estejam formalizados, ele determina as imputações e decide, a vista dos requerimentos do Ministério Público, seja pelo encaminhamento da pessoa a jurisdição de julgamento, seja pela decisão de não processar. (CHOUKR, 2006, p. 27 apud DERVIEUX, 2005, grifos nossos)

É oportuno mencionar que na França, ao lado do juiz de instrução, que coletará pessoalmente as provas, existe a figura de um juiz com competência específica para tomar decisões sobre determinados incidentes que venham a surgir ao longo da investigação. Esse magistrado denominado “juiz das liberdades” é quem irá se manifestar sobre a manutenção da custódia do investigado².

¹ Modelo utilizado, dentre outros países, pela França, Espanha e Bélgica.

² Como veremos na sequência do trabalho, as atribuições do juiz das liberdades em muito se assemelham às que deverão ser desempenhadas pelo Juiz das Garantias previsto pelo PLS nº 156/09.

Já no modelo do promotor investigador³, o Ministério Público assume uma posição de supremacia na condução das investigações, de modo que este sistema tem a figura do promotor como centro das investigações criminais. Diante da ocorrência de um delito, o promotor é chamado para tomar as providências cabíveis.

Neste modelo, é importante também mencionar que, existe a figura de um juiz garantidor das liberdades do acusado durante o período de investigações. Falando sobre o modelo do promotor investigador vigente na Alemanha, Choukr cita Juy-Birmann:

Encarregado do inquérito o Ministério Público conduz as investigações necessárias. Contudo, **certos atos investigativos devem ser autorizados pelo magistrado encarregado de verificar a regularidade jurídica do ato sem, contudo, adentrar seu mérito**. Esse magistrado (Ermittlungsrichter) não será o Juiz do mérito da causa e sua atuação afeta diretamente a liberdade individual: determinar a prisão cautelar ou a internação cautelar, oitiva de testemunhas e peritos de forma cautelar; decisões de urgência que não podem ser tomadas pelo Ministério Público etc. (CHOUKR, 2006, p.40 apud JUY-BIRMANN, 2005, grifos nossos)

O modelo vigente no Brasil, consoante previsão expressa na Constituição de 1988, é o da investigação policial, de modo que as diligências investigativas são coordenadas por um delegado de polícia.

A própria Lei Maior explica que será incumbência da polícia federal a apuração de infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União - ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas. Igualmente outras infrações cujas práticas tenham repercussão interestadual ou internacional, e exijam repressão uniforme, serão incumbência da polícia federal⁴; enquanto a polícia civil, dirigida por delegados de carreira, tem sua atribuição definida de forma residual⁵ para os demais delitos investigados.

No mesmo sentido, o Código de Processo Penal em seu art. 4º estabelece que a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas

³ Modelo utilizado, dentre outros países, pela Alemanha, Itália, Portugal e Estados Unidos.

⁴ Art.144, §1º, IV, da Constituição Federal.

⁵Art. 144, §4º, da Constituição Federal.

respectivas circunscrições, incumbindo-lhes da atividade destinada à apuração de infrações penais e sua autoria.

1.3 Inquérito policial

Dentre as atribuições da polícia judiciária consta a elaboração do inquérito policial, que pode ser definido como sendo o instrumento típico de documentação das investigações preliminares efetuadas pela polícia⁶.

Nucci conceitua o inquérito policial:

O inquérito policial é um **procedimento preparatório da ação penal**, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípua é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime. Não podemos olvidar, ainda, que o inquérito serve à composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação penal privada. (NUCCI, 2010, p.89, grifos nossos)

O artigo 5º do Código de Processo Penal prevê que, em se tratando de ação penal incondicionada, o inquérito policial pode ter início mediante a expedição de portaria *ex officio* pela autoridade policial, mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público ou, ainda, através de requerimento da vítima ou de seu representante legal⁷. Embora não conste no rol de hipóteses apresentadas pela legislação processual penal, o auto de prisão em flagrante também é forma inequívoca de instauração de inquérito policial.

De outro modo, diante de crimes de ação penal pública condicionada ou privada é vedada a instauração de inquérito *ex officio* pela autoridade policial. Ainda, a requisição ministerial ou da autoridade judiciária ficará condicionada à representação (nos casos de ação penal condicionada) ou ao requerimento da

⁶ Também elaborado pela polícia, o Termo Circunstanciado foi o meio de documentação indicado pelo art. 69 da Lei 9099/90 para a investigação das infrações penais de menor potencial ofensivo.

⁷ Art. 5º, do Código de Processo Penal - Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:
I - de ofício;
II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

vítima (nos casos de ação penal privada). O consentimento da vítima também será necessário diante da prisão em flagrante do autor do delito.

O inquérito é peça meramente informativa, sendo, portanto, dispensável. Ora, se tem por fundamento recolher as informações necessárias para que o titular da ação penal possa iniciá-la; por óbvio que, se os legitimados já tiverem em mãos os elementos imprescindíveis ao oferecimento da denúncia ou queixa, o inquérito perde sua serventia.

Sinala-se que, em regra, é a investigação criminal que traz à luz os elementos para o oferecimento da inicial acusatória. No entanto, por expressa previsão legal⁸, é facultada a qualquer um do povo provocar a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção - o que poderá ser o suficiente para formar a *opinio delicti* do titular da ação.

Inobstante seja o inquérito peça de natureza administrativa dispensável à existência de um processo penal, uma vez instaurado ele se torna indisponível, não podendo a autoridade policial promover o seu arquivamento⁹.

Embora tenha de ser escrito e seja dotado de oficialidade – ou seja, as investigações só podem ser realizadas por agentes integrantes dos quadros públicos – o inquérito policial não se sujeita a declaração de nulidade, também possui uma independência formal em relação ao processo que com base nele for ajuizado, de modo que a existência de um vício durante a confecção do inquérito não irá macular a validade do processo gerado.

Todavia, em que pese o inquérito não ser passível de declaração de nulidade, o mesmo não se pode dizer das provas colhidas e nele constantes, as quais, se eivadas de vícios, podem ser nulificadas e desentranhadas do instrumento investigativo conseqüentemente. Nesse sentido, manifestou-se Avena:

Ilustre-se a hipótese em que a denúncia tenha sido oferecida pelo promotor e recebida pelo juiz a partir do resultado de busca e apreensão domiciliar feita no decorrer do inquérito, sem ordem judicial e sem que estivessem presentes as situações que justificassem este agir do delegado (flagrante, desastre, socorro ou consentimento do morador). Ora, neste caso, recebida a denúncia unicamente a partir de prova viciada, é evidente que o processo

⁸ Art. 27 do Código de Processo Penal.

⁹ Art. 17 do Código de Processo Penal.

poderia ser trancado, anulando-se a decisão de recebimento e, via de consequência, todos os atos realizados após este momento. Isto, porém não seria resultado de nulidade do inquérito policial, pois o inquérito não está todo viciado, mas apenas uma das provas nele inseridas; e nem de contaminação do processo pela nulidade da busca domiciliar. **Na realidade, o trancamento da ação penal na hipótese e a subsequente anulação dos demais atos processuais realizados seriam decorrência do reconhecimento da ilicitude do único elemento que serviu de base ao recebimento da denúncia.** Tanto que, se, apesar da mácula existente na busca domiciliar, tivesse a inicial acusatória suporte em outra prova, considerada lícita e capaz de justificar o seu recebimento o processo continuaria íntegro, não havendo que se cogitar de seu trancamento. (AVENA, 2010, p.160, grifos nossos)

Como não poderia deixar de ser, visando à efetividade das diligências realizadas em sede policial, impõe-se que o inquérito tramite sigilosamente; resguardando-se, com tudo, a possibilidade do defensor do indiciado ter acesso aos elementos de prova já documentados pela polícia judiciária¹⁰.

Por fim, sempre causou discussões na doutrina e na jurisprudência a existência ou não de contraditório durante a investigação policial. A discussão dá-se em razão do exposto no inciso LV do artigo 5º, na Constituição Federal, o qual dispõe que são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral.

Há quem sustente que o inquérito policial é um procedimento administrativo, dessa forma, impondo-se o direito ao contraditório e a ampla defesa. No entanto, ainda que o inquérito policial seja um procedimento administrativo, não tem caráter punitivo, o que configura a não existência de litigantes. Tampouco poderia se afirmar que a expressão “acusados em geral” alcança o investigado pela polícia, já que não há acusação em sede policial. Pois, é justamente para possibilitar acusação que se faz necessária a existência de investigações preliminares.

Porém, opondo-se a inexistência do contraditório e da ampla defesa, Aury Lopes Júnior defende que a interpretação do mandamento constitucional não deve ser tão literal:

O ponto crucial nesta questão é o artigo 5º, LV, da CB, que não pode ser objeto de leitura restritiva. **A postura do legislador foi claramente**

¹⁰ Súmula Vinculante 14 do STF: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

garantista e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial, até porque o próprio legislador ordinário cometeu o mesmo erro ao tratar como “Do Processo Comum”, “Do Processo Sumário” etc., quando na verdade queria dizer “procedimento”. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados, e não indiciados, é um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar. (LOPES JR., 2008, p.302, grifos nossos)

Por outro lado, Moraes (2007, p.102), manifestando-se favorável a inexistência de contraditório na fase pré-processual, esclarece que “a fase investigatória é preparatória da acusação, não ainda existindo acusado. Constitui-se, pois, mero procedimento administrativo de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público”.

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

como o inquérito policial é um procedimento administrativo informativo, de natureza inquisitiva, e não observa os princípios do contraditório e ampla defesa, a ausência de advogado no interrogatório policial não acarreta a nulidade do processo. (HC 86800/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2007, DJe 05/05/2008, grifos nossos)

Vale dizer que, justamente em razão da ausência da ampla defesa e do contraditório, as provas colhidas em sede administrativa têm valor probante relativo e, portanto, devem ser repetidas em juízo (art. 155 do CPP¹¹).

Importa expor que, visando solucionar o impasse recém mencionado, a Lei 12.403 de 2011, ao alterar os dispositivos relativos às medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, determinou que sempre que possível o magistrado deve determinar a intimação da parte contrária ao receber o pedido de medida cautelar, ou seja, deve oportunizar o contraditório¹².

Embora o próprio dispositivo legal ressalve as hipóteses de urgência ou de perigo de ineficácia das medidas, a existência do contraditório antecipado em sede administrativa, além de surgir como mais uma causa de morosidade na já demorada

¹¹ Art. 155, do Código de Processo Penal: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvando-se as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

¹² Art. 282, §3º, do Código de Processo Penal: Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

persecução penal, parece-me não se coadunar com o princípio inquisitivo que hoje ainda rege o inquérito policial.

É, por derradeiro, patente salientar que a Constituição de 1988 vedou a incomunicabilidade do preso¹³, operando a revogação tácita do artigo 21, *caput*, do Código de Processo Penal.

1.4 Diligências investigativas

Ao tratar do inquérito policial, o artigo 6º do Código de Processo Penal elenca, em rol não exaustivo, uma série de medidas a serem promovidas pela autoridade policial na apuração de ilícitos penais, logo após tomar conhecimento da infração perpetrada. A saber:

- I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;
- II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;
- III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;
- IV - ouvir o ofendido;
- V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;
- VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;
- VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;
- VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;
- IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

Prosseguindo com o rol de diligências a serem tomadas, o artigo 7º do mesmo diploma legal prevê a possibilidade de a autoridade policial realizar, desde que não contrarie a moralidade ou a ordem pública, a reprodução simulada dos atos.

Vale reprimir que todas as medidas mencionadas têm por escopo a obtenção dos elementos indispensáveis ao conhecimento preliminar dos fatos subsidiando o legitimado legal a ajuizar a ação penal.

¹³ Art. 136, §3º, IV, da Constituição Federal.

Outrossim, ao lado das medidas constantes nos artigos 6º e 7º do CPP, diversos outros atos de natureza acautelatória podem ainda ser mencionados, tais como: a obtenção de informações bancárias, fiscais e financeiras; a realização de interceptação de comunicações telefônicas e de dados; a captação e a interceptação ambiental e a infiltração de agentes de polícia ou de inteligência. Seguindo esse argumento, podem também ser mencionadas as hipóteses de prisão provisória cabíveis durante a fase pré-processual.

Como, em regra, as medidas cautelares restringem as liberdades individuais do acusado, estas só podem ser efetuadas mediante autorização judicial, sob pena de serem consideradas ilícitas e não poderem ser utilizadas como base para a ação penal, devendo ser desentranhadas do inquérito.

1.5 Papel do juiz na investigação policial

Afastando-se do que ocorre em grande parte dos ordenamentos adaptados a estrutura acusatória, atualmente o nosso sistema penal não prevê um juiz que atue exclusivamente no acompanhamento das investigações criminais.

Aliás, o parágrafo único do artigo 75 do Código de Processo Penal estabelece que o juiz que, de qualquer forma, manifestar-se no inquérito policial, tornar-se-á prevento para o conhecimento da ação penal.

Tal previsão – fonte de forte inquietação doutrinária e jurisprudencial – não encontra respaldo no Projeto de Lei nº 156 de 2009 do Senado Federal, que augura que o magistrado que atuar na fase investigativa fica impedido de funcionar no processo penal¹⁴.

Atualmente, cabe ao juiz criminal zelar pela preservação dos direitos do investigado, uma vez que, como já mencionado, as medidas investigativas que importarem em restrição aos direitos fundamentais do acusado dependerão de chancela judicial. Vale descrever que nesta fase preparatória as garantias constitucionais não aparecem com tanta nitidez, razão pela qual é de extrema

¹⁴ Tema este que será abordado na sequência do presente trabalho.

importância a jurisdicionalização dos incidentes investigativos invasivos, sob pena de nulidade das provas arbitrariamente coletadas.

1.6 Investigações extrapoliciais

Por fim, revela nota que, embora a atribuição para investigação criminal no Brasil seja, geralmente, de titularidade da autoridade policial, o próprio Código Processual Penal, em seu artigo 4º, parágrafo único, estabelece que a competência da polícia judiciária não exclua a competência de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função¹⁵.

Dentre as investigações conduzidas por órgãos distintos da polícia podem ser lembradas as investigações realizadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, pela Receita Federal e Receitas Estaduais, pelo Banco Central, pela Controladoria-Geral da União, pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), pelas Delegacias do Trabalho, pelo IBAMA e pelos órgãos estaduais de proteção do meio ambiente.

Ainda, embora seja alvo de dissídio doutrinário e jurisprudencial, tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal que o Ministério Público tem legitimidade para promover a investigação criminal¹⁶.

¹⁵ Nesse sentir, é da jurisprudência: PROCESSO PENAL. INQUÉRITOS EXTRAPOLICIAIS. SENADO FEDERAL. 1. Os atos investigatórios destinados à apuração de crimes não são exclusivos da polícia judiciária. 2. O Senado Federal tem atribuição constitucional para proceder investigação de crimes ocorridas em suas dependências, instaurando inquérito. 3. As medidas cautelares, a busca e apreensão, quebra de sigilos, autorizadas, evidentemente pelo juiz, deverão ser cumpridas pela Polícia Federal, por constituírem atividade de polícia judiciária. (27250 DF 2006.01.00.027250-1, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 22/11/2006, SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: 09/02/2007 DJ p.05, undefined)

¹⁶ Nesse sentido, o recente julgado: Habeas corpus. 2. Poder de investigação do Ministério Público. 3. Suposto crime de tortura praticado por policiais militares. 4. Atividade investigativa supletiva aceita pelo STF. 5. Ordem denegada. (HC 93930, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010, DJe-022 DIVULG 02-02-2011 PUBLIC 03-02-2011 EMENT VOL-02456-01 PP-00018)

2 GARANTISMO PENAL

2.1 Fundamento e conceito

Antigamente, a vingança privada era o instituto do qual se utilizavam as seduzentes vítimas para punir os criminosos. Por óbvio, que a então persecução penal, cuja titularidade era da própria vítima, não se preocupava em respeitar os direitos fundamentais dos acusados. O devido processo legal, a ampla defesa e o estado de inocência eram conceitos, senão desconhecidos, evidentemente desrespeitados.

Visando coibir tais abusos, o *ius puniendi* foi monopolizado nas mãos do Estado, que passou a ter o dever de zelar pela justiça. Assim, para que possa ser aplicada uma sanção penal, é necessário o desencadeamento de um processo criminal frente ao Poder Estatal, desta feita, o que se vê é que os órgãos jurisdicionais passaram a possuir um monopólio no que concerne a aplicação da pena.

Do mesmo modo, acompanhando a evolução do relacionamento indivíduo-Estado, fez-se necessária a elaboração de normas que garantissem os direitos do ser humano frente à intervenção estatal.

Essencialmente, diversos países passaram a introduzir em suas Cartas Magnas regras que consagravam o respeito aos direitos individuais¹⁷. Demais, principalmente após a eclosão das duas grandes guerras mundiais, a tutela às liberdades do indivíduo também passou a ser pauta constante no plano internacional, de modo que os países começaram a firmar declarações conjuntas

¹⁷ José Afonso da Silva, divergindo da maior parte da doutrina que afirma que a primeiro país a dar concretude aos direitos do homem teria sido a Bélgica em sua Constituição de 1831, afirma que a primazia foi do Brasil, que já na Constituição de 1824 previa expressamente garantias fundamentais a serem respeitadas (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20º edição. São Paulo: Ed. RT, 1990).

que objetivavam justamente que seus signatários assumissem o compromisso de respeitar, em seus territórios, os direitos básicos do indivíduo¹⁸.

O modelo de direito que tem como pressuposto assegurar as garantias do indivíduo frente ao ente estatal – denominado garantismo penal – foi idealizado pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli em sua obra *Direito e Razão*, na qual o autor atribuiu três acepções ao termo garantismo.

Em sua primeira concepção, o garantismo seria um modelo normativo de direito; e portanto, intimamente ligado à idéia de legalidade. Esta acepção ressalta o caráter vinculado do poder público – que só poderá agir nos limites legais.

Já na segunda acepção do termo, além de estar calcado na letra lei, o garantismo confere validade e eficácia à norma jurídica. Ou seja, só podem ser aplicáveis normas que respeitem os direitos fundamentais do indivíduo previstos no ordenamento constitucional. Assim, distingui-se a vigência da validade da lei, já que, embora vigente, a norma que não consoante com o estado de direito estabelecido deve ser afastada.

Por fim, em sua terceira acepção, o garantismo designa uma filosofia política que impõe a necessidade de justificação da tutela jurídica. Dessa forma, ao legislar, deve-se atentar para os bens e valores constitucionalmente considerados relevantes, os quais devem pautar e limitar a atividade do legislador.

Merece menção o fato de que, partindo destas acepções – que conjugadas delineiam a teoria geral do garantismo –, Ferrajoli estabeleceu dez condições imprescindíveis para o estabelecimento da responsabilização criminal, do mesmo modo que para a aplicação da sanção penal. Com a devida vênia, utilizo-me das palavras de Fischer para explicitar quais seriam os axiomas fundamentais previstos por Ferrajoli:

- 1) **princípio da retributividade ou da sucessividade da pena em relação ao delito cometido** (que demonstra o expresse reconhecimento de Ferrajoli da necessidade do Direito Penal, contrariamente as visões abolicionistas. Aliás, Ferrajoli reiteradamente tem dito que o garantismo penal é a negação do abolicionismo); 2) **princípio da legalidade**: inviável se cogitar a

¹⁸ Nesse contexto, merecem destaque a Declaração dos Direitos Universais do Homem, produzida na Assembléia das Nações Unidas, aos 10 de dezembro de 1948; a Convenção Européia para Salvaguarda do Direito do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma em 10 de novembro de 1948; o Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos adotado pela Resolução 2.200 – na XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992; e a Convenção dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

condenação de alguém e a imposição de respectiva penalidade se não houver expressa previsão legal, guardando esta a devida compatibilidade com o sistema condicional vigente; 3) **princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal**: somente se deve recorrer ao Direito Penal quando absolutamente necessário, de modo que se deve buscar a possibilidade de solução de conflitos por outros meios. É a última ratio do Direito Penal; 4) **princípio da lesividade ou da ofensividade do ato**: além de típico, o ato deve causar efetiva lesividade ou ofensividade ao bem jurídico protegido, desde que deflua da Constituição (direta ou indiretamente) mandato que ordene sua criminalização; 5) **princípio da materialidade**; 6) **princípio da culpabilidade**: a responsabilidade criminal é do agente que praticou o ato, sendo necessária a devida e segura comprovação da culpabilidade do autor; remanescendo dúvidas razoáveis, há de se aplicar o aforisma in dubio pro réu; 7) **princípio da jurisdicionalidade**: o devido processo legal está relacionado diretamente também com a estrita obediência de que as penas de natureza criminal sejam impostas por quem investido de jurisdição à luz das competências estipuladas na Constituição; 8) **princípio acusatório ou da separação do juiz e da acusação**: numa frase significa unicamente que o julgador deve ser pessoa distinta do acusador; 9) **princípio do encargo da prova**: ao réu não se deve impor o ônus de que é inocente, pois é a acusação que tem a obrigação de provar a responsabilidade criminal do imputado; 10) **princípio do contraditório**: sendo inadmissíveis procedimentos kafkanianos, deflui do devido processo legal que o réu tem o direito fundamental de saber do que está sendo acusado e que lhe seja propiciada a mais ampla possibilidade de, se quiser, rebater (ampla defesa) as acusações que lhe são feitas. (FISCHER, 2010, p.30-31, grifos nossos)

Percebe-se que os princípios elencados por Ferrajoli são os mesmos que embasam a persecução penal no Brasil. Ora, tal situação não deve causar espanto. Sendo o garantismo um movimento jurídico que visa proteger os direitos fundamentais do indivíduo, soa lógico que os axiomas dele decorrentes estejam positivados na Constituição Federal de um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil.

2.2 Garantismo penal no Brasil

A Constituição Federal em artigo 1º, inciso III, elenca a dignidade da pessoa humana como sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, constituído pela República Federativa do Brasil. Em verdade, o respeito à pessoa humana funciona como um princípio estruturante do ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser utilizado como premissa maior na interpretação de todos os demais direitos e garantias previstas pela nossa Carta Maior.

O Processo Penal atinge diretamente o direito de liberdade dos indivíduos, o que incita de forma ainda mais latente uma atuação garantista do Poder Público. Veja bem, os garantistas não defendem o abolicionismo, nem mesmo a despenalização do Direito Penal, mas sim uma aplicação do Direito Repressivo pautada em critérios rígidos que velem pelo respeito à dignidade da pessoa humana, garantindo ao acusado a mais ampla defesa.

Nessa senda, é válido citar o ensinamento de Beccaria (1738-94), o qual sustentava que o que faz a diminuição da criminalidade é a certeza da punição e não o excesso de rigor das penas, tampouco o Estado máximo. Assim, o Direito Penal deve ser usado como *ultima ratio*.

O mais importante é deixar claro que o que se pretende é estabelecer uma imunidade – e não uma im(p)unidade – dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e punições, a defesa dos fracos mediante conduta igualitária – que as regras do jogo sejam iguais para todos –, ainda, a dignidade da pessoa do imputado e a proteção dos interesses individuais e coletivos (FISCHER, 2010, p.36).

Acompanhando tal entendimento e com a finalidade de resguardar a dignidade da pessoa humana, a nossa Lei Maior estabeleceu um considerável rol de princípios limitadores da atuação estatal. No entanto, antes de abordar os princípios informativos do Processo Penal no Brasil, parece de grande necessidade discorrer sobre o sistema processual por nós adotado.

2.3 Sistemas processuais penais

Ressaltaram-se no decorrer da história a existência de três modelos de processo penal, quais sejam: o sistema acusatório, o sistema inquisitivo e o sistema misto.

O sistema acusatório – próprio de regimes democráticos – caracteriza-se essencialmente pela distinção entre as funções de acusar, de defender e de julgar, bem como pela existência de isonomia processual entre acusação e defesa, assegurando-se ao acusado o contraditório e a ampla defesa.

O sistema inquisitivo – típico de modelos ditatoriais – concentra no órgão judiciário as funções de acusar, defender e julgar, podendo o magistrado iniciar o

processo *ex officio* e determinar, por si só, as provas que julgar necessária. Neste sistema não há que se falar em paridade de armas, de modo que o acusado não possui garantias no decorrer do processo, não havendo espaço para a ampla defesa e para o contraditório.

O sistema misto, por sua vez, coaduna os dois sistemas supramencionados, dividindo o processo em duas fases. Na primeira etapa (de instrução preparatória) vigoram os princípios inquisitivos, já no segundo momento (de julgamento) incidem os caracteres do sistema acusatório.

Não há posição uniforme a esse respeito no que tange ao sistema em vigor no Brasil. Alguns doutrinadores afirmam que a Constituição Federal deixou clara a adoção do sistema acusatório. De fato, a nossa Carta Magna traz diversas disposições de cunho acusatório, tais como: a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX); a garantia de isonomia processual (art. 5º, I); o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); a necessidade do devido processo legal (art. 5º, LIV); a previsão do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV) e o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVIII).

Por outro viés, há quem sustente que o Brasil adota um sistema misto. Assinalando que os juristas que adotam esta corrente não afastam o caráter acusatório da Constituição de 1988, no entanto ressaltam o caráter inquisitivo do nosso Código de Processo Penal. Sobre essa matéria, já se manifestou Nucci:

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas, etc.) é regido por Código Específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva.

[...]

É certo que muitos processualistas sustentam que o nosso sistema é o acusatório. Mas baseiam-se exclusivamente nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência etc.). Entretanto, olvidasse, nessa análise, o disposto no Código de Processo Penal, que prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.) Somente após, ingressa-se com a ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais mencionadas, aproximando-se o procedimento do sistema acusatório. (NUCCI, 2007, p.104-105)

Tal entendimento é corroborado por Denilson Feitosa que explicita que, embora não possa dar início à ação penal *ex officio*

O juiz brasileiro pode, de ofício, ou seja, sem qualquer requerimento 'das partes': determinar a produção de provas em geral, seja durante a investigação criminal ou processo penal, como busca-apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas, oitiva do ofendido, prova documental etc.; requisitar instauração de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP); decretar prisão preventiva (art. 311, CPP). (FEITOSA, 2006, p.49)

Muito útil considerar que o Supremo Tribunal Federal já manifestou, em diversas oportunidades, no sentido de que o modelo vigente seria o sistema acusatório. Nesse sentir, é o julgado:

No modelo acusatório adotado em nosso ordenamento processual penal, caracterizado pela publicidade, pelo contraditório, pela igualdade entre as partes e pela neutralidade do juiz - que não se confunde com o processo inquisitivo adotado alhures -, quando o magistrado preside o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, um coordenador, no que concerne à montagem do acervo probatório e às providências acautelatórias, agindo por provocação, jamais de ofício. Não exterioriza qual juízo de valor dos fatos ou das questões de direito, emergentes nesta fase preliminar, que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. (STF, HC 92.893/ES, DJ 02.10.2008, grifos nossos)

Em que pese à divergência no tocante ao sistema adotado, é inegável o caráter garantista trazido pelo legislador de 1988, o qual clama, inclusive, pela elaboração de um novo diploma processual penal que o acompanhe e o complete. Vale apontar que a proposta do PLS nº 156/09 é justamente esta, tanto que no artigo 4º do referido projeto o legislador opta expressamente pela adoção do sistema acusatório¹⁹.

2.4 Princípios penais constitucionais

Dentre os princípios penais positivados pela nossa Lei Maior merecem destaque os seguintes:

¹⁹ Art. 4º, do PLS nº 156/09: 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.

a) Humanidade

Além de ter destaque em diversos tratados e convenções internacionais²⁰, o princípio da humanidade foi expressamente acolhido pelo nosso direito pátrio. A Constituição Federal estabelece, dentre outras medidas humanitárias, que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, da CF), da mesma forma que garante aos presos o respeito a sua dignidade física e moral (art. 5º, XLIX, da CF).

Sobre o tema posicionou-se Bitencourt:

A proibição de penas cruéis e infamantes, de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio da humanidade. (BITENCOURT, 2003, p.15)

Tal princípio é calcado no fato de que o acusado, ou mesmo o condenado, não perde sua condição humana. É sujeito, e não objeto do direito.

b) Legalidade

O inciso II do artigo 5º da Constituição Federal estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Ou seja, na ausência de lei não pode ser o indivíduo compelido a se submeter à vontade do Estado. Tal princípio também está previsto no Código Penal que prevê que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Convém citar que, decorrentes do princípio da legalidade, ressaem outros princípios não explícitos, tais como: o princípio da intervenção mínima (que estabelece que apenas os bens mais importantes devem ser tutelados pelo Direito Penal), o princípio da fragmentariedade (que ressalta o caráter subsidiário do Direito penal, o qual deve ser a *ultima ratio*), o princípio da proporcionalidade (que indica que a sanção deve ser proporcional a conduta praticada) e o princípio da ofensividade (que estabelece que só pode haver crime se um bem jurídico for, no

²⁰ A Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, assinala já em seu preâmbulo o princípio da humanidade e nos artigos V e VI prevê que "*Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante*" e que "*Todo homem tem o direito de ser em todos os lugares reconhecido como pessoa perante a lei*"; O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, declara, em seu artigo 10º, que "*Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana*"; Por fim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, estabelece, em seu art. 11, §1º, que "*Toda pessoa humana tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade*".

mínimo, exposto a perigo). Os princípios recém elencados são direcionados tanto ao legislador que deve atentar para eles no momento de elaborar os tipos penais e suas penas, quanto para o magistrado que somente poderá responsabilizar o acusado se presentes os pressupostos supramencionados.

c) Devido processo legal, contraditório e ampla defesa

O devido processo legal está previsto nos incisos LIV e LV da Constituição Federal, que estabelecem que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem que haja um processo prévio no qual sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Conforme refere Alexandre de Moraes,

entende-se por ampla defesa o asseguramento dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, o contraditório, por sua vez, seria a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito a defesa de opor-se lhe ou de dar-lhe versão que melhor lhe aparente, ou, ainda, de fornecer uma definição jurídica diversa daquela feita pelo autor. (MORAES, 2007, p.100)

d) Presunção de Inocência

O artigo XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê que todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. A Constituição Federal, por sua vez, prevê no art. 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Conforme refere Capez (2005, p.44), essas disposições devem ser avaliadas em três momentos distintos: na instrução processual, como presunção relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; na avaliação da prova, impondo-se ser valorada em favor do acusado quando houver dúvidas sobre a existência de responsabilidade do fato imputado (o famoso *in dubio pro reo*); e, no curso do processo penal, como parâmetro de tratamento do acusado, em especial no que concerne à análise quanto à necessidade ou não de sua segregação provisória.

Cabe mencionar que muito se discute acerca da constitucionalidade da prisão provisória em detrimento do princípio da presunção de inocência. Não obstante, o melhor entendimento é que o juiz sempre deve fundamentar no caso concreto se há motivos ensejadores da prisão cautelar. Nesse compasso, foram revogados o parágrafo 2º do artigo 308 e o artigo 594, ambos do Código de Processo Penal, os quais previam, respectivamente, a prisão decorrente da sentença de pronúncia e a necessidade do acusado recolher-se a prisão para apelar²¹.

2.5 Garantias do acusado na investigação criminal

Como já foi dito no presente trabalho, o processo penal é um mal em si, independente da sentença proferida ao seu fim, razão pela qual para se dar início a ação penal é necessário um mínimo probatório, que constituirá a justa causa para que o aparelho estatal se mova no sentido de responsabilizar o acusado.

O mínimo probante necessário é obtido, com frequência, em sede de investigação criminal, o que torna necessário que esta fase pré-processual também seja abarcada por uma séria de garantias ao investigado.

Revela reprisar que há quem sustente que na fase investigativa vigora o sistema inquisitivo, inexistindo garantias a amparar o indiciado. No entanto, este não nos parece o melhor entendimento. Por suposto que as garantias que vigoram em fase administrativa não são as mesmas que ampararão o acusado após o recebimento da denúncia. Mas negar a existência de qualquer prerrogativa ao investigado é o mesmo que negar o próprio Estado Democrático de Direito.

Nota-se que, embora tenha atribuído a condução da investigação criminal à autoridade policial, a própria Constituição Federal restringiu a força de sua atuação. Algumas destas limitações são enumeradas por Scarance (2010, p.19), tais como: o controle externo da atividade policial efetuado pelo Ministério Público (art. 129, VII); a necessidade de determinação judicial para a realização de buscas e apreensões domiciliares, exceto nos casos de flagrante delito; o direito dos presos em flagrante delito de serem informados dos seus direitos, dentre os quais o de permanecer

²¹ No mesmo sentido é o teor da Súmula 347 do Superior Tribunal de Justiça: O conhecimento do recurso de apelação do réu independe da sua prisão.

calado, sendo-lhes assegurada a assistência da família e do advogado (art. 5º, LXIII); a comunicação do local da prisão ao juiz competente e à família do preso por ele indicada (art. 5º, LXII); a identificação dos responsáveis pela sua prisão ou pelo seu interrogatório (art. 5º, LXIV); a não identificação criminal do civilmente identificado (art. 5º, LVIII); bem como o dever de respeito a integridade física e moral do preso, sendo responsabilizado qualquer abuso contra ele cometido (art. 5º, XLIX e LXIV).

Pertinente repetir que, ao lado do mandado de busca e apreensão, há outras medidas investigatórias que acarretam restrição aos direitos fundamentais do acusado e, portanto, necessitam da correspondente autorização judicial. Podemos destacar a interceptação telefônica (prevista pela Lei 9.296/96), a captação ambiental de imagens e sons (prevista pelo art. 2º da Lei 9.034/95) e a quebra de sigilo fiscal e bancário (prevista pela Lei Complementar 105/01 e regulamentada pelo Decreto n.º 3.724/01).

Importa mencionar que, nos termos no artigo 157 do Código de Processo Penal, as provas obtidas com violação às normas constitucionais ou legais serão consideradas ilícitas e devem ser desentranhadas dos autos. Caso tenha sido dado início a ação penal com base unicamente na prova ilícita, o desentranhamento gerará falta de justa causa para o prosseguimento do feito, devendo o processo ser anulado *ab initio*, com fulcro no artigo 564, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Além disso, recentemente o Supremo Tribunal Federal editou duas súmulas vinculantes reconhecendo importantes garantias ao acusado durante a fase inquisitorial. A Súmula Vinculante nº 11 estabelece que só será lícita a utilização de algemas nos casos de resistência ou fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física; e a já mencionada Súmula Vinculante nº 14 confere ao defensor do acusado o direito de ter amplo acesso aos elementos de provas já documentados no inquérito policial.

2.6 Eficiência e garantismo

Não é de hoje que – em meio a esta pregação por um processo mais humano e garantista – indaga-se a respeito da impunidade que tamanho leque de direitos pode gerar.

Scarance manifesta-se no sentido de que não há como se imaginar, na atualidade, um processo justo sem ser garantista:

A história do processo penal é marcada por movimentos pendulares, ora prevalecendo idéias de segurança social, de eficiência repressiva, ora predominando pensamentos de proteção do acusado, de afirmação e preservação de suas garantias. Essa diversidade de encaminhamentos são manifestações naturais da eterna busca de equilíbrio entre o ideal de segurança social e a imprescindibilidade de se resguardar o indivíduo. Essa dicotomia é, em regra, representada pelo confronto entre eficiência e garantismo penal. **Em uma visão moderna, esses dois vetores não se opõem, pois não se concebe um processo eficiente sem garantismo**". (SCARANCA, 2010, p.19, grifos nossos)

Grinover (1990, p.8) já se manifestou no mesmo sentido asseverando que a defesa, mais do que um direito do acusado, é uma garantia de um processo justo. O que confere dignidade a justiça é um processo igual para todos, no qual o acusado tenha a exata dimensão do fato que lhe é imputado e dele possa se defender amplamente.

O que não se pode permitir é que este direito de defesa seja exacerbado ao ponto de gerar impunidade. Por essa razão, é inviável falar-se em garantias absolutas e inatingíveis. Sobre esse domínio, já se manifestou Alexandre de Moraes:

Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. (MORAES, 2002, p.169, grifos nossos)

Acompanhando o entendimento exposto, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que nenhum direito fundamental pode constituir instrumento de salvo-conduto para práticas ilícitas (RT 709/418). Na mesma senda, também decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Esta muito em voga, hodiernamente, a utilização ad argumentandum tantum, por aqueles que perpetraram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. **Pasmem, ceifam vidas, estupram, seqüestram, destroem lares e trazem dor a quem quer que seja, por nada, mas depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais**. É verdade

que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente, por aqueles que impensadamente cometem censurados delitos trazendo dor aos familiares das vítimas e à sociedade. (6ª T – RHC nº 2.777-0/RJ, rel. Min. Pedro Acioli – Ementário, 08/721)

Scarance cita a proibição da identificação criminal do civilmente identificado como exemplo de atitude garantista que tem trazido incômodos a sociedade e prejudicado inocentes:

A mudança, apesar de necessária, trouxe graves inconvenientes. É comum que o autor do crime utilize-se de nome falso e apresente à autoridade policial cédula de identidade de outro, documento que chegou ao seu poder em virtude de furto ou até mesmo de perda. Não há colheita de material datiloscópio. Vindo a ser formulada a acusação, constará na denúncia o nome de quem era o titular do documento de identidade perdido ou subtraído. Em caso de prisão preventiva ou de condenação poderá vir a ser preso, sem que tivesse condições de se defender, havendo grande dificuldade de demonstrar que não é o autor do delito. (SCARANCE, 2010, p.237)

Dentro desta mesma linha – de exacerbação do direito de defesa causando impunidade – podemos citar uma recente decisão do STF, divulgada através do informativo nº 303, que entendeu por descaracterizar o delito de uso de documento falso por tratar-se de caso de autodefesa²².

Logo, há que se chegar a um ponto de equilíbrio em que a preservação dos direitos do acusado não atinja direitos de terceiro ou, ainda, afronte a sociedade como um todo. Não se podendo permitir que os direitos fundamentais do acusado sejam utilizados como uma blindagem processual ou tornem inviável a concretização dos direitos fundamental de segurança de todos os indivíduos; nem do respeito aos direitos fundamentais da vítima, visto que só se concebe a idéia de garantismo real se este for exercido com lealdade processual (BEDÊ JÚNIOR e SENNA, 2010, p.73).

²² HABEAS CORPUS. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO FALSO À AUTORIDADE POLICIAL COM OBJETIVO DE OCULTAR CONDIÇÃO DE FORAGIDO. EXERCÍCIO DE AUTODEFESA. AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO. 1. Consolidou-se nesta Corte o entendimento de que a atribuição de falsa identidade, visando ocultar antecedentes criminais, constitui exercício do direito de autodefesa. 2. No caso, ao ser abordado por policiais, o paciente apresentou documento falso, buscando ocultar a condição de foragido e evitar sua recaptura. 3. Embora o delito previsto no art. 304 do Código Penal seja apenado mais severamente que o elencado no art. 307 da mesma norma, a orientação já firmada pode se estender ao ora paciente, pois a conduta por ele praticada se compatibiliza com o exercício da ampla defesa. 4. Ordem concedida, com o consequente afastamento da condenação recaída sobre o paciente. (HC 56824/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 05/10/2009)

3 JUIZ DAS GARANTIAS

3.1 A necessidade de um novo Código de Processo Penal

Como já foi exprimido, é notório o descompasso existente entre o nosso diploma processual penal, promulgado em outubro de 1941 (em plena vigência do período ditatorial comandado por Getúlio Vargas), com os novos princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988.

Desta feita, nas duas últimas décadas ocorreram incontáveis reformas legislativas com o intuito de efetuar a referida adequação²³. Isto sem falar nos preceitos legais revogados ou não recepcionados pela nossa Constituição Cidadã, ou nas súmulas editadas pelos Tribunais Superiores com o escopo de amoldar o texto legal aos preceitos constitucionais.

No entanto, inobstante as reformas pontuais, considerável parcela de juristas nacionais clamava por um Código de Processo Penal inteiramente novo e em sintonia com o sistema de garantias inaugurado; eis que, só assim, alcançaríamos um sistema processual penal genuinamente acusatório sem a influência inquisitorial herdada do período ditatorial.

Deste modo, em março de 2008 foi aprovado pelo Plenário do Senado o requerimento feito pelo Senador Renato Casagrande propondo que uma comissão de juristas elaborasse um anteprojeto de Código de Processo Penal. Igualmente, com base no anteprojeto apresentado, o presidente do Senado, José Sarney, elaborou o Projeto de Lei nº 156/09 (PLS 156/09). O projeto foi encaminhado no início de 2010 à Comissão de Constituição e Justiça do Senado, onde foi relatado e foram apresentadas emendas por parte dos Senadores Demóstenes Torres e Pedro Simon. Ao final, o Senador Renato Casagrande emitiu parecer, acatando algumas das emendas e rechaçando outras, o qual foi aprovado pela Comissão. Assim, após

²³ Dentre as leis reformadoras, merecem destaque: a Lei 10.792/03 (interrogatório do acusado), Lei 11.689/08 (novo procedimento do júri); Lei 11.689/08 (provas); a Lei 11.719/08 (novas regras procedimentais); e a Lei 12.403 (nova lei de prisões).

ter sua redação alterada e aprovada pelo Senado Federal, o projeto foi encaminhado, em janeiro de 2010, à Câmara de Deputados, onde, sob a identidade de PL 8045/2010, ainda tramita.

3.2 O Juiz das Garantias proposto pelo PLS nº 156/09

Não é exagero dizer que, dentre as inúmeras modificações previstas pelo PLS 156/09, a implementação – já experimentada em outros países – da figura de um Juiz das Garantias, cuja atuação se limitará à fase inquisitorial, é o que tem ensejado maiores manifestações da classe jurídica.

Justificando o instituto, a exposição de motivos do anteprojeto do Código de Processo Penal²⁴ explicita que a investigação da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional. De modo que, quando se defere ao juiz o poder de autorizar a expedição de mandado de prisão, a interceptação telefônica e o afastamento da inviolabilidade do domicílio, o que se intenciona é tutelar as liberdades individuais e não a qualidade da investigação. Evidentemente, para a consolidação de um modelo acusatório, exige-se o deslocamento de um órgão jurisdicional especialmente com a finalidade de proteção da intimidade, da privacidade e da honra do acusado. Neste contexto, é a previsão do juiz das garantias, que, nos dizeres do arrazoado de motivos, teria como objetivos principais a otimização da atuação jurisdicional em face da especialização da matéria e o distanciamento do juiz do processo em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.

Neste princípio, o PLS 156/09 inaugura o novel instituto, reservando para sua disciplina o Capítulo II²⁵ (artigos 14, 15, 16 e 17) do anteprojeto em trâmite.

Nos termos a seguir alinhados o artigo 14 define a atuação do juiz das garantias, apresenta um rol de atividades que devem ser por ele desempenhadas e, por fim, outorga-lhe o direito de prorrogar a duração do inquérito, *in verbis*:

O juiz das garantias é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja

²⁴ Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>

²⁵ ANEXO 1.

franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XI – decidir sobre os pedidos de:

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;

b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

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

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

XIV – arquivar o inquérito policial;

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

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

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

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Como se vê, a atuação do magistrado está restrita ao controle da legalidade da investigação criminal; devendo ele, no intuito de tutelar os interesses do investigado, fazer um juízo de cognição sumária acerca das medidas investigativas que, de alguma forma, restrinjam direitos fundamentais do suspeito, bem como acompanhar o trabalho investigativo da polícia judiciária. Ao Juiz das Garantias deve ser dada ciência da prisão do acusado, bem como do andamento da investigação,

não lhe incumbindo, no entanto, coletar pessoalmente as provas necessárias ao ajuizamento da ação.

O artigo 15 do referido projeto ressalta que o juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa quando for proposta a ação penal. Momento em que as questões pendentes passam a ser decididas pelo juiz do processo, o qual poderá, inclusive, reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.

Restam dúvidas quanto ao que oportunizou a ressalva efetuada no que concerne às infrações de menor potencial ofensivo. Posto que, mesmo que estejam essas infrações submetidas ao rito da Lei 9099/95 e sejam apuradas através de Termo Circunstanciado, não vislumbramos qualquer óbice no sentido de que o juiz das garantias atuasse junto à autoridade policial quando da investigação dos delitos perpetrados.

O artigo 16, por sua vez, veda a atuação no processo penal do magistrado que praticar qualquer ato durante a investigação criminal.

Já o artigo 17 prevê que o juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Além dos dispositivos supracitados, o artigo 309 do referido projeto preocupa-se em salientar que nas ações de competência originária dos tribunais as funções do juiz de garantias serão exercidas por membro do tribunal, escolhido na forma regimental, que ficará impedido de atuar no processo como relator.

3.3 O Juiz das Garantias e o Juizado de Instrução

Há uma corrente que inculca que a instituição da figura do Juiz das Garantias seria uma forma velada do legislador brasileiro instituir o Juizado de Instrução no Brasil e, por conseguinte, abolir o inquérito policial presidido pelos delegados de carreira. Não é outro o entendimento exposto pelo Delegado de Polícia do Estado de São Paulo Mário Leite de Barros Filho em artigo publicado pela Revista virtual *JusNavigandi*:

Na prática, a referida proposta extinguiria o inquérito policial, presidido pelos delegados de polícia, na medida em que o "juiz de garantias" controlaria as

investigações realizadas pelos policiais civis e presidiria a instrução criminal. (BARROS FILHO, 2009)

Barros ataca ainda a constitucionalidade da previsão do Juiz das Garantias, asseverando que a investigação do fato criminoso por intermédio de inquérito policial, pelas características atuais deste procedimento, se transformou em um autêntico direito individual do acusado. De forma que – nos termos do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal – não poderia ser suprimido nem mediante emenda constitucional.

Contudo, este não nos parece o melhor entendimento. O Juiz das Garantias não vai presidir a investigação criminal, incumbindo-lhe apenas zelar pela legalidade do procedimento investigatório e pela proteção dos direitos e garantias fundamentais do inquérito policial. Da redação do artigo 14 do PLS nº 156/09 ressaí inequívoco que o Juiz das Garantias não extingue a figura do inquérito policial, tampouco será o responsável pela sua presidência, que seguirá, em geral²⁶, a cargo da autoridade policial.

Compete articular que é combatida pelo próprio PLS nº 156/09 a alegação de que o juiz das garantias afasta a atribuição do delegado de polícia, uma vez que, logo após o capítulo atinente aos juízes das garantias, o projeto reserva um capítulo para tratar especialmente do inquérito policial. Neste capítulo o legislador reprisou o texto constitucional ao prever que a polícia judiciária será exercida pelos delegados de polícia no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria (art. 18). Salienta, ainda, que o inquérito policial será presidido por delegado de polícia de carreira, que conduzirá a investigação com isenção e independência (art. 19). Além de constar no artigo 4º do projeto que o magistrado é expressamente vedado de tomar iniciativa durante a investigação criminal.

Finalmente, patente salientar que atualmente o judiciário já fiscaliza a ação do Ministério Público e da Polícia Judiciária na fase pré-processual, o que se pretende com a nova sistemática é destacar um magistrado para que ele atue na salvaguarda dos direitos do acusado e, em seguida, afaste-se do processo desencadeado. Tal regime em nada se assemelha ao Juizado de Instrução vigente em alguns países europeus, sistema em que o próprio magistrado preside a

²⁶ Devem ser ressalvadas as hipóteses de inquéritos extrapoliciais mencionadas no primeiro capítulo.

investigação e coleta as provas necessárias à persecução penal. Aliás, tanto não se confunde, que – como se observou no início do trabalho – a França adota o modelo do Juizado de Instrução e, ao lado do juiz investigador, responsável pela coleta da prova, atua outro magistrado, denominado juiz das liberdades, com a incumbência de manifestar-se acerca da necessidade da segregação cautelar do investigado.

3.4 Prevenção e isenção do Magistrado

Atualmente, a redação do artigo 83 do Código de Processo Penal dispõe que se torna prevento o juiz que tiver se antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa. Na mesma direção, encontra-se a previsão do parágrafo único do artigo 75 do Diploma Processual Penal que prevê que a distribuição realizada para o efeito da concessão de fiança ou da decretação de prisão preventiva (e de qualquer que seja a diligência anterior à denúncia ou queixa), prevenirá a da ação penal. Assim, o juiz que toma conhecimento da investigação fica atrelado ao processo até o seu final julgamento na primeira instância.

Embora aplicável e sedimentada pela jurisprudência²⁷, tal previsão sempre foi rechaçada por parte da doutrina que aduzia ser impossível esperar que o juiz que participou – deferindo ou autorizando diligências – da colheita da prova não se contamine psicologicamente com os dados obtidos, de modo que a prevenção expressa pelo Código de Processo Penal afrontaria a imparcialidade do magistrado.

Nesta quadra, merece destaque a manifestação de Geraldo Prado:

²⁷ Nesse sentido, destacamos o seguinte julgado do Plenário Supremo Tribunal Federal: “EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRESIDÊNCIA DE INQUÉRITO. IMPEDIMENTO DO MAGISTRADO. INOCORRÊNCIA. ART. 255 do CPP. ROL TAXATIVO. PRECEDENTES. JUIZADO DE INSTRUÇÃO. INOCORRÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 75 DO CPP COM A CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I – As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*. II – Não é possível, pois, interpretar-se extensivamente os seus incisos I e II de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual desempenha funções equivalentes ao de um delegado de polícia ou membro do Ministério Público. Precedentes. III – Não se adotou, no Brasil, o instituto acolhido por outros países do juizado de instrução, no qual o magistrado exerce, grosso modo, as competências da polícia judiciária. IV - O juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. V – O art. 75 do CPP, que adotou a regra da prevenção da ação penal do magistrado que tiver autorizado diligências antes da denúncia ou da queixa não viola nenhum dispositivo constitucional. VI - Ordem denegada.” (HC 92.893/ES – Pleno – Rel. Ministro Ricardo Lewandowski – un. – j. 02/10/2008 – DJE de 12/12/2008)

Não basta somente assegurar a aparência de isenção dos Juízes que julgam as causas penais. Mais do que isso, **é necessário garantir que, independentemente da integridade pessoal e intelectual do magistrado, sua apreciação não esteja, em concreto comprometida em virtude de algum juízo apriorístico.** (PRADO, 2006, p.110-111, grifos nossos)

Atento a isto, o legislador do PLS 156/09 vetou, em seu artigo 16, que o juiz das garantias atue na fase processual. De fato, afastou-se a possibilidade de que o mesmo magistrado que atuou na fase investigatória prolate a sentença ao final do processo. A idéia é que o juiz responsável por julgar o processo não se envolva com a investigação para ter maior isenção no momento de proferir o seu julgamento.

Com a mudança cada processo envolveria dois magistrados: um para acompanhar a investigação e um pra atuar no processo após o oferecimento da denúncia ou queixa. Sobre o tema manifestou-se Amorim de Freitas:

A alteração legislativa é digna de aplauso, na medida em que promove a compatibilização entre as garantias dos acusados e a determinação judicial atinente às medidas investigatórias com a isenção e imparcialidade no que respeita ao julgamento da correspondente ação penal, purificando o processo de julgamento. (FREITAS, 2010, grifos nossos)

Em seguida abordaremos as razões pelas quais, embora aplaudida no campo teórico, tal medida não foi bem recebida pelas partes intervenientes no processo criminal.

3.5 Contradições no PLS nº 156/09

Da análise do inteiro teor do PLS nº 156/09, percebe-se que a figura do Juiz de Garantias não se compatibiliza com algumas das disposições previstas para compor o mesmo diploma legal.

Ora, o principal fundamento para a instituição da figura do Juiz das Garantias é prevenir que o juiz atuante durante a investigação policial julgue o processo após ter-se contaminado com a prova coletada. No entanto, deixando de atender este pressuposto, o legislador previu no artigo 15, parágrafo 3º, do PLS nº 156/09, que os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo. Se o objetivo é deixar o

magistrado distante da prova produzida sem contraditório, não seria muito mais lógico que as provas coletadas em sede administrativa²⁸ fossem desentranhadas dos autos?

Também andou mal o julgador ao deixar de prever a atuação como Juiz das Garantias no rol de causas que geram o impedimento do magistrado (art. 53 do PLS nº 156/09).

Por fim, se a razão de ser do instituto é afastar o Juiz das Garantias do julgamento do processo não resta nenhuma lógica a previsão do artigo 309 do PLS nº 157/09, o qual estabelece que, nas causas de competência originária, o Juiz das Garantias só não poderá atuar como relator no processo. Inexplicável, já que, como é sabido, o voto do desembargador relator tem o mesmo condão de condenar ou absolver que os demais votos proferidos no julgamento.

3.6 Críticas ao Juiz das Garantias

Mesmo ultrapassado o ataque à constitucionalidade da mudança e às contradições existentes no projeto, o Juiz das Garantias tem sido alvo de intensas críticas, seja no tocante à sua desnecessidade, seja no referente à sua inviabilidade. Sem exagero, pode-se dizer que a imensa maioria das associações representativas de entidades com a atuação direta na persecução penal manifestou-se contrariamente à previsão²⁹, à exceção apenas da Ordem de Advogados do Brasil (OAB).

Consoante já referido, os defensores da inovação asseguram que somente com um magistrado destacado para a fase da investigação teríamos a garantia da imparcialidade do julgamento proferido. Sustentam que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) já se posicionou pela perda da imparcialidade do julgador que atua durante a investigação. No entanto, as decisões em que se embasam os

²⁸ Ressalvando-se, nos termos do artigo 168 do próprio PLS nº 156/09, as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas.

²⁹ A título ilustrativo, podemos citar as posições exacerbadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), pela Associação dos Magistrados Brasileiros (ANB) e pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

apoiadores do Juiz das Garantias foram proferidas abordando dois casos em que o magistrado havia efetivamente chefiado a fase investigatória³⁰ – o que, como já visto, não ocorre no modelo de juiz garantidor proposto para o Brasil. Em diferente ângulo, o mesmo Tribunal já sentenciou no sentido de que o juiz que atua na fase investigativa, mas não no comando da investigação, não padece de imparcialidade, sendo desnecessário o seu afastamento. Nesse sentido, manifestou-se o Promotor de Justiça Mauro Fonseca Andrade:

Estranhamente, os intransigentes defensores do juiz das garantias, e aqueles que invocam as decisões do TEDH como justificativa para sua implantação no cenário nacional, nada referem quanto aos julgados, dessa mesma Corte, que se encaixam perfeitamente à realidade brasileira, qual seja, a de **um juiz que não investiga, e que se restringe a receber o resultado da apuração ou os pedidos de quebra de direitos fundamentais**. Se houvessem, de fato, se debruçado sobre a linha jurisprudencial seguida por aquela Casa Judicial, facilmente afastariam a invocação do Caso Piersack vs. Bélgica e do Caso De Cubber vs. Bélgica, e se dariam conta de que um juiz não perde sua imparcialidade pelo simples fato de haver atuado na fase de apuração. (ANDRADE, 2011, grifos nossos)

O desembargador Fausto Martins de Sanctis já revelou-se contrário a inovação proposta em diversas oportunidades. O magistrado sustenta que afirmar a necessidade de um Juiz das Garantias para que se preserve a imparcialidade do Judiciário seria o mesmo que declarar que até hoje as ações penais sempre foram julgadas por juízes de exceção. Andar nesta linha seria colocar o Estado como inimigo do cidadão³¹.

Também defendendo que o magistrado não pode ser considerado suspeito unicamente por controlar a legalidade da investigação, autorizando ou denegando a produção de provas, a Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) tornou pública a nota técnica nº 03/2010, da qual foi retirado o trecho a seguir transcrito:

A participação de um juiz na fase de investigação não o torna, *sic et simpliciter*, suspeito para atuar no processo penal decorrente dessa investigação.

[...]

³⁰ O primeiro caso, Piersack vs. Bélgica, abordou o reconhecimento da perda da imparcialidade de um juiz que, antes de se tornar o julgador do processo, havia atuado como órgão do Ministério Público responsável pela condução da investigação sobre o fato que posteriormente julgara. Já o segundo caso, Cubber vs. Bélgica, foca em uma situação em que o juiz instrutor é considerado impedido para posteriormente julgar no caso.

³¹ Idéias retiradas do artigo escrito pelo desembargador para a revista virtual O Consultor Jurídico.

Na realidade, o atual sistema brasileiro, que permite que o juiz do inquérito atue no processo, é compatível com o sistema acusatório. **Não se presume parcialidade do juiz por ter decidido algo, sendo que apenas situações concretamente demonstráveis podem afastar um juiz natural de atuar no processo.** (grifos nossos)

Também não encontrou guarida a justificativa apresentada pela comissão elaboradora do anteprojeto de que a criação de um Juiz das Garantias contribuiria para a especialização dos magistrados. Já que, o julgador que funcionará como Juiz das Garantias em uma investigação, em seguida atuará como julgador de outro processo, sendo incabível, neste contexto, falar-se em especialização quanto à matéria.

Nota-se que o projeto legislativo nada fala acerca das medidas investigativas autorizadas pelo Juiz de Garantias e que se juntam ao processo somente após o seu início. Será que o magistrado que receber as provas autorizadas em sede administrativa também estará inclinado a proferir o decreto condenatório e deve ser afastado do julgamento da causa? Ademais, o próprio PLS nº 156/09 prevê a possibilidade de decretação de cautelares no curso do processo e ainda de reexame da necessidade das cautelares já decretadas. Entretanto, causando surpresa, nestes casos o legislador entendeu que não haveria afronta a imparcialidade do magistrado.

O Procurador de Justiça Carlos Frederico Coelho Nogueira (2011), ao escrever sobre o tema³², crítica ainda o excesso de poderes conferidos ao Juiz das Garantias, que nos termos do inciso IX do artigo 14 do PLS nº 156/09, pode inclusive determinar o trancamento do inquérito policial, sem que o projeto legislativo preveja qualquer recurso para a citada decisão³³.

Por fim, o ponto mais emblemático da mudança é sua dificuldade de implementação em um país de largas extensões como o Brasil. A dificuldade está tanto na falta de juízes, quanto na falta de verba para que se abram mais vagas para atender tamanha demanda. Sobre o assunto, assim pronunciou-se o Conselho Nacional de Justiça através da nota técnica nº 10/2010:

³² Artigo publicado na revista virtual O Consultor Jurídico.

³³ Atualmente só é possível o trancamento do inquérito policial por meio de *habeas corpus*.

A consolidação dessa ideia, sob o aspecto operacional, mostra-se incompatível com a atual estrutura das justiças estadual e federal. **O levantamento efetuado pela Corregedoria Nacional de Justiça no sistema Justiça Aberta revela que 40% das varas da Justiça Estadual no Brasil constituem-se de comarca única, com apenas um magistrado encarregado da jurisdição.** Assim, nesses locais, sempre que o único magistrado da comarca atuar na fase do inquérito, ficará automaticamente impedido de jurisdicionar no processo, impondo-se o deslocamento de outro magistrado de comarca distinta. **Logo, a adoção de tal regramento acarretará ônus ao já minguado orçamento da maioria dos judiciários estaduais quanto ao aumento do quadro de juízes e servidores, limitados que estão pela Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como no que tange ao gasto com deslocamentos e diárias dos magistrados que deverão atender outras comarcas. Ademais, diante de tais dificuldades, com a eventual implementação de tal medida haverá riscos ao atendimento do princípio da razoável duração do processo, a par de um perigo iminente de prescrição de muitas ações penais.** (grifos nossos)³⁴

A falta de juízes no Brasil já é latente, de forma que a exigência da figura de dois magistrados para cada processo pode inviabilizar a efetividade do preceito constitucional que consagra o direito à razoável duração dos processos³⁵. Não se pode permitir que a inovação que veio para proteger os direitos individuais do investigado acabe causando prejuízos à vítima e à sociedade em razão do déficit de magistrados existentes no país e, por conseguinte, da morosidade do judiciário brasileiro. Demais, o próprio acusado interessado em uma sentença absolutória pode vir a sofrer prejuízos em face de um processo lento, uma vez que são sabidas as conseqüências que podem advir de uma ficha criminal onde conste um processo penal em andamento.

Essencial referir que a redação original do projeto estabelecia, em seu artigo 701, que a regra que trata do impedimento do Juiz das Garantias atuar como juiz da causa deveria ser implantada, de modo geral, no prazo de três anos, concedendo o prazo em dobro para as Comarcas em que houver apenas um juiz. Ainda assim, uma emenda no projeto transformou o artigo 701 no atual artigo 748, inciso I, do PLS 156/09, o qual se limita a prever que a regra de impedimento contida no artigo 16 do Projeto, não entrará em vigor, quando se tratar de Comarca onde houver apenas um Juiz, enquanto não houver alteração da lei de organização judiciária.

Como se vê, em que pese à gigantesca alteração estrutural que a implementação do instituto de garantias demandaria, o legislador não pormenorizou

³⁴ Nota técnica nº 10/2010 do CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/317-notas-tecnicas/11221-nota-tecnica-no-102010a>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

³⁵ Artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

na redação final do PSL 156/09 como se dará tal transição, deixando de estabelecer qualquer prazo para que o Estado promova a necessária alteração organizacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente não há uma posição clara da doutrina no que diz respeito ao sistema penal vigente durante a investigação criminal. Posto que, embora o Supremo Tribunal Federal já tenha se manifestado no sentido de que estaríamos diante de um modelo acusatório, são inegáveis os ranços inquisitivos que permeiam o nosso Código de Processo Penal, idealizado e datado sob a égide da ditadura brasileira.

Sanando esta dúvida o PLS nº 156/09 opta expressamente pelo modelo acusatório e, seguindo a linha garantista já proposta pela Constituição Federal, prevê um Juiz das Garantias, cuja atuação estará vinculada ao controle da legalidade da investigação criminal e a tutela dos direitos fundamentais do acusado. O Juiz das Garantias atuará durante a fase investigativa e, após, se afastará da causa, dando lugar a outro magistrado, o qual, por sua vez, terá a incumbência de instruir e julgar o processo penal.

O alarde gerado por tal inovação é imenso. Enquanto alguns defendem que só com a sua implementação estaremos diante de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, outros sustentam sua desnecessidade, sua inviabilidade ou ainda sua inconstitucionalidade.

Não obstante, em que pese a grande resistência que o instituto vem angariando – causando, inclusive, surpresa sua aprovação pelo plenário do Senado Federal diante de tamanhas críticas – muito do que se fala deve-se a uma errônea compreensão da figura proposta.

O Juiz das Garantias em nada se assemelha ao Juizado de Instrução existente em alguns países. Aliás, como foi mencionado no início do nosso trabalho, a figura de um juiz especializado na proteção dos direitos fundamentais do investigado pode ter lugar em qualquer um dos sistemas investigativos estudados, inclusive diante da figura de juiz investigador. Deste modo, não merecem qualquer guarida manifestações que inferem o fim do inquérito policial

com a inovação proposta, suprimindo um direito fundamental do indivíduo e não se compatibilizando, desta feita, com a Constituição Federal.

De outra banda, também se equivocou quem sustenta que o Juiz das Garantias ampliaria de forma suntuosa a intervenção do Judiciário na investigação criminal, já que atualmente já é necessária a jurisdicionalização de qualquer medida que implique em restrição ou supressão de direitos individuais do investigado. Aliás, não poderia ser diferente, visto que, embora se rechace a impunidade, o decreto condenatório não pode ser alcançado a qualquer custo, sendo necessário o respeito mínimo às garantias do acusado para que se encontre a dignidade processual.

Com efeito, debruçando nosso estudo sobre a figura proposta do Juiz das Garantias, vislumbramos que a maior inovação prevista está na exigência de atuação de dois julgadores para cada processo com intuito de que o juiz que acompanhou a investigação não se contamine com a prova colida durante a investigação.

Inobstante a boa intenção do legislador, parece-nos que ela está um pouco em desafino com o modelo investigativo proposto, adequando-se mais para os casos em que é o próprio juiz que colhe as provas. No Brasil, todavia, o juiz apenas autoriza que determinadas diligências investigativas sejam efetuadas, de maneira que afastar automaticamente o juiz que as deferiu soa um pouco exagerado. Ademais, em muitos casos as provas coletadas só vêm a integrar os autos após o início da ação penal e – mesmo quando assim não ocorre – o PLS nº 156/09 determina que os autos da investigação sejam apensados aos autos processuais, possibilitando ao juiz que irá proferir a sentença ao cabo da instrução ter acesso à prova colhida pela polícia.

Por derradeiro, são inúmeros, e não devem ser desprezados, os argumentos que concernem à inviabilidade prática de que dois julgadores atuem em cada processo em um país com a extensão territorial do Brasil. A falta de previsão de um prazo para que o instituto seja implementado, como também a existência de inúmeras Comarcas com apenas um juiz atuante aliada a limitação orçamentária destinada ao judiciário brasileiro, são fortes indicativos de que, mesmo que aprovado pela Câmara dos Deputados, o Juiz das Garantias ainda tardará a ser lugar comum por aqui.

Assim, conclui-se a presente monografia com a certeza de que andou bem o legislador ao prever expressamente a salvaguarda dos direitos investigado; restando, no entanto, certa dúvida no tocante a viabilidade do sistema proposto pelo PLS nº 156/09.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 2ª Ed. São Paulo: método, 2010.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **O Juiz das Garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 40, fev. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro_andrade.html> Acesso em: 04 maio 2011.

BARROS FILHO, Mário Leite de. **A reforma ou destruição do Código de Processo Penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2187, 27 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13056>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

BARROS FILHO, Mário Leite de. **Da inconstitucionalidade do juiz de garantias**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2049, 9 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12302>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Garantismo Penal Integral**. Salvador: JusPODIVM, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BORGES, José Ademir Campos. **Juiz de garantias: luxo ou necessidade?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2746, 7 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18227>>. Acesso em: 27 ago. 2011.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%EA7ao_Compilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. **Garantismo Penal Integral.** Salvador: JusPOSIVM, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal: parte geral.** 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal.** Rio de Janeiro: lúmen júris, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FISCHER, Douglas. **Garantismo Penal Integral.** Salvador: JusPODIVM, 2010.

FREITAS, Adrian Soares Amorim de. **O juiz das garantias no projeto do novo Código de Processo Penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2694, 16 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17821>>. Acesso em: 27 ago. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **O juiz das garantias projetado pelo novo CPP.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2786, 16 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18508>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

LOPES JUNIOR, Aury, **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional,** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LUZ, Gustavo de Oliveira da. **Juiz das garantias: ainda na busca do sistema constitucional acusatório.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2960, 9 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19724>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

MARTINS, Fernanda. **Os poderes instrutórios do juiz no processo penal brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2781, 11 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18472>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22ª Ed. São Paulo: editora atlas, 2007.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelhos Nogueira. **O juiz das garantias do no novo CPP é arbitrário**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-06/sistema-juiz-garantias-cpp-arbitrario-inviavel>>. Acesso em: 26 ago. 2011.

Nota técnica nº 03/2010 da AJUFE. Disponível em: <http://www.ajufe.org.br/portal/images/stories/Link_Documentos/arquivos_em_pdf/nota_tecnica_-_PLS_156_2008_novo_CPP.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2011.

Nota técnica nº 10/2010 do CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/317-notas-tecnicas/11221-nota-tecnica-no-102010a>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PACHECO, Denílson Feitosa. **Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis**. Niterói: Editora Impetus. 2006.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Da exclusividade constitucional da investigação criminal como direito fundamental**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2844>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. **A reforma do Código de Processo Penal. Análise crítica ao PL nº 156/09 do Senado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2847, 18 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18931>>. Acesso em: 27 ago. 2011.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Projeto de Lei nº 156/09 do Senado Federal. Disponível em <<http://devidoprocessopenal.files.wordpress.com/2010/12/redac3a7c3a3o-final-pls-156-09pdf1.pdf>> Acesso em: 22 ago. 2011.

SANCTIS, Fausto Martins. **Juiz de garantias é obstáculo ao processo.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-dez-09/criacao-juiz-garantias-obstaculo-celeridade-processual>> Acesso em: 25 ago. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Ed. RT, 1990.

TOSCHI, Aline Seabra. **Dignidade da pessoa humana e garantismo penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 64, 1 abr. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3967>>. Acesso em: 27 ago. 2011.

ANEXO 1**CAPÍTULO II****DO JUIZ DAS GARANTIAS**

Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XI – decidir sobre os pedidos de:

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;

b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

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

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

XIV – arquivar o inquérito policial;

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

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

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

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Art. 15. 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.

§ 1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.

§ 3º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo.

Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748.

Art. 17. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal.