

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DO SINOS - UNISINOS
Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal

O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DO
SISTEMA ACUSATÓRIO (DE ACORDO COM O PL 156/09, DO SENADO
FEDERAL)

GABRIELA SCHNEIDER

Porto Alegre

2011

GABRIELA SCHNEIDER

O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DO
SISTEMA ACUSATÓRIO (DE ACORDO COM O PL 156/09, DO SENADO
FEDERAL)

Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal, apresentado a Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal.

Professor Orientador: Alexandre Ayub Dargél

Porto Alegre

2011

GABRIELA SCHNEIDER

O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DO
SISTEMA ACUSATÓRIO (DE ACORDO COM O PL 156/09, DO SENADO
FEDERAL)

Trabalho de Conclusão de Curso de
Especialização em Direito Penal e Direito
Processual Penal, apresentado a Universidade do
Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – como requisito
parcial para obtenção do título de Especialista em
Direito Penal e Processual Penal.

Aprovado em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Componente da Banca Examinadora 1

Componente da Banca Examinadora 2

Componente da Banca Examinadora 3

DEDICATÓRIA

Ao meu pai, Paulo Azelar Schneider, pela confiança diária, por ser meu porto-seguro e por ser o detentor da sabedoria e do amor incondicional;

À minha mãe, Jani E. K. Schneider, pelo amor, dedicação e principalmente pela amizade: a melhor que eu poderia ter;

Ao meu irmão, Affonso Schneider Neto, pelo carinho, pelas palavras doces e por ter o dom de me fazer sorrir, incansavelmente;

Ao meu namorado e companheiro, Igor Castellano da Silva, pela compreensão e paciência, por ser fonte de inspiração, mas, principalmente, pelo sorriso de cada manhã.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, prof. Mestre Alexandre Ayub Dargél, pela presteza dos ensinamentos, e pelo privilégio de poder aprender com um cidadão de tão elevada ética e moral;

Aos meus colegas (e novos amigos) de Especialização, pelos prazerosos e incansáveis debates de todos os finais de semana;

A toda equipe da FAYET Advocacia Criminal, pela paciência durante a elaboração do trabalho; e cada um, em especial, que, de uma forma ou outra, contribuíram com seus conhecimentos e valorosas opiniões.

“A mente que se abre a uma nova ideia jamais volta ao seu tamanho original”.

Albert Einstein

RESUMO

O presente trabalho apresentará enfoques referentes à criação do *Juiz das Garantias* à luz do sistema acusatório, de acordo com o PL 156/09, do Senado Federal – que visa reformar o CPP –, sendo este um magistrado específico para atuar na fase de investigação penal preliminar. A pesquisa abordará, no primeiro momento, os sistemas de investigação preliminar (policial, juiz instrutor e promotor investigador), os fundamentos da existência de uma investigação, além de trazer à tona os principais métodos de investigação no Brasil. Em um segundo momento, o trabalho enfocará nos sistemas processuais penais (inquisitório, acusatório e misto), nos princípios da imparcialidade e neutralidade, bem como no conceito de *Juiz das Garantias*, revelando que tal instituto já foi adotado em Portugal e na Província de Buenos Aires, cada qual com sua estrutura processual penal peculiar. A pesquisa destacará, por último, a análise do *Juiz das Garantias* dentro do nosso ordenamento processual, de acordo com o projeto de reforma do CPP. Serão enfatizados os principais pontos e argumentos acerca da implementação deste instituto no Brasil – como por exemplo, quais serão as principais atribuições deste juiz e quais as incongruências da lei frente ao sistema acusatório. Além disso, apresentar-se-á um quadro comparativo entre Brasil, Portugal e a Província de Buenos Aires, destacando as suas semelhanças e diferenças no tocante à matéria em destaque.

Palavras-Chave:

Processo Penal – Juiz das Garantias – Investigação Preliminar – Sistema Acusatório – Imparcialidade

ABSTRACT

This paper presents the debate concerning the creation of the Guarantee Judge in light of the accusatory system, according to the law project 156/09 of the Brazilian Federal Senate - which aims to reform the Brazilian Code of Criminal Procedure (CCP) -, being this judge a special prosecutor to act in the preliminary stage of criminal investigation. The research will approach, at first, the preliminary investigation systems (police, investigating judge and investigating prosecutor), the foundations of the existence of an investigation, and the main methods of the investigation in Brazil. In a second phase, the work will focus on the criminal procedure systems (inquisitorial, accusatory and mixed), the principles of impartiality and neutrality, as well as the concept of Guarantee Judge, showing that this institute has already been adopted in Portugal and in the province of Buenos Aires, each one with its own peculiar structure of criminal procedure. The research will highlight, finally, the analysis of the Guarantee Judge within our procedural law, according to the draft of the CCP reform. The main points and arguments regarding the implementation of this institute in Brazil will be emphasized – as, for example, what will be the main responsibilities of this judge and what are the inconsistencies of the law in the context of the accusatory system. Furthermore, it will be presented a comparative table between Brazil, Portugal and the province of Buenos Aires - which highlights their similarities and differences regarding to the approached topics.

Key-words: Criminal Procedure – Guarantee Judge – Preliminary Investigation – Accusatory System – Impartiality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – OS SISTEMAS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E OS PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DA SUA EXISTÊNCIA	13
1.1 O QUE É A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E QUAIS AS SUAS FINALIDADES	13
1.2 OS FUNDAMENTOS DA EXISTENCIA DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR.....	15
1.2.1 A função simbólica – “A sensação de segurança”	15
1.2.2 Evitar acusações infundadas.....	20
1.3 SISTEMAS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR.....	22
1.3.1 Investigação Policial	22
1.3.2 Juiz Instrutor.....	26
1.3.3 Promotor Investigador	27
1.4 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PRINCIPAIS MÉTODOS DE INVESTIGAÇÃO PENAL PRELIMINAR NO BRASIL.....	29
1.4.1 A polícia Judiciária e o Inquérito Policial	29
1.4.2 A (in) constitucionalidade da Investigação Penal Preliminar direta pelo Ministério Público.....	32
CAPÍTULO II – SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS E O JUIZ DAS GARANTIAS	41
2.1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS	41
2.1.1 Sistema Inquisitório	41
2.1.2 Sistema Acusatório	45
2.1.3 Sistema Misto.....	49
2.2 O JUIZ DAS GARANTIAS E SUAS FINALIDADES	52
2.2.1 Conceito - O que é o Juiz das Garantias?.....	52

2.2.2 Princípio da Imparcialidade do Juiz.....	54
2.2.3 Princípio da Neutralidade do Juiz.....	58
2.3 PANORAMA COMPARATIVO – PORTUGAL E PROVÍNCIA DE BUENOS AIRES	61
2.3.1 O <i>Juez de Garantías</i> na Província de Buenos Aires	61
2.3.2 O Juiz da Instrução em Portugal	66
CAPÍTULO III – O JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL – DE ACORDO COM O PL 156/09, DO SENADO FEDERAL.....	70
3.1 A CRIAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO	70
3.1.1 Elaboração Conceitual	71
3.1.2 A Legalidade da Investigação Criminal e os direitos individuais.	75
3.1.2.1 <i>Presunção da Inocência.</i>	77
3.1.2.2 <i>Direito a não produzir prova contra si mesmo.</i>	79
3.1.2.3 <i>Sigilo e direito do defensor ter acesso aos autos.</i>	81
3.1.3 Principais Atribuições do Juiz das Garantias.....	83
3.1.4 Art. 14, VII: A presença expressa dos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa	90
3.2 A INCONGRUÊNCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS FRENTE AO SISTEMA ACUSATÓRIO.....	95
3.2.1 Matérias analisadas pelo Juiz das Garantias devem ser juntadas aos autos do processo.....	95
3.2.2 Recebimento da Denúncia	98
3.3 QUADRO COMPARATIVO: Brasil, Província de Buenos Aires e Portugal	101
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	104
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	109

INTRODUÇÃO

O atual Estado Democrático de Direito brasileiro tem como base primordial a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. No âmbito processual penal, com o intuito de se ter uma sociedade harmônica, o Estado criou órgãos investigadores, os quais atuam na fase preparatória, colhendo elementos de autoria e materialidade para uma futura ação penal a ser promovida pelo Ministério Público, titular da ação penal, de acordo com a Constituição Federal de 1988.

A doutrina divide em três os sistemas de investigação penal preliminar: polícia judiciária, promotor investigador e juiz instrutor. No Brasil, a polícia judiciária e o Ministério Público atuam à frente das investigações criminais, sendo que, o promotor investigador recebe diversas críticas, até hoje, pois não possui atribuição, nem limites específicos em lei para atuar na presidência das investigações.

Contudo, apesar das discussões ideológicas e positivistas das instituições supracitadas, não se pode esquecer que alguém estará sendo investigado. Para garantir os direitos individuais fundamentais do investigado, bem como a legalidade da investigação criminal, se torna necessário, nesta fase, a presença de um terceiro imparcial, quer dizer, alguém que não atue na busca de elementos acusatórios e que atue somente como um garantidor. Esta figura é o Juiz.

Atualmente, o juiz que atua na fase da *persecutio criminis*, por regra de prevenção, é o mesmo que sentenciará ao final do processo. Será que se pode acreditar em uma atuação imparcial de um juiz que irá decidir, já na fase investigativa, sobre quebra de sigilo, entrada em domicílio para busca e apreensão, prisões, entre outros? Pode-se crer que o magistrado ao proferir a decisão final não se contaminará com os elementos produzidos na fase pré-processual? Desta forma, como fica a garantia fundamental do acusado de ser julgado por um juiz imparcial,

sendo que este já tomou decisões que certamente o influenciarão na hora de sentenciar?

Para garantir a imparcialidade (que não se confunde com neutralidade) do magistrado que ao final do processo irá proferir sentença, alguns países, estados, províncias adotaram um juiz específico para as fases que antecedem o julgamento final. Entre eles estão Portugal e a Província de Buenos Aires, na Argentina.

Foi pensando nisso que o nosso legislador, com o Projeto de Lei 156/09, do Senado Federal, o qual visa reformar o Código de Processo Penal¹, trouxe à tona a inovadora figura do *Juiz das Garantias*, o qual atuará tão-somente na fase pré-processual, assegurando direitos e garantias do investigado, bem como controlará a investigação que será presidida pela polícia judiciária e/ou pelo Ministério Público.

O *Juiz das Garantias* surge para aprimorar o nosso ordenamento processual penal com o sistema que já é recepcionado pela Constituição Federal de 1988: o acusatório. Diversas serão as suas atribuições e funções, como por exemplo: decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurando o contraditório e a ampla defesa; decidir acerca das matérias ligadas as cláusulas de reserva jurisdicional.

Todavia, algumas questões inseridas no capítulo que introduz o *Juiz das Garantias* no CPP já são alvos de questionamentos por pesquisadores, principalmente por parecerem desvirtuar o que se quer com a implementação deste instituto, que é garantir a imparcialidade do juiz do processo. Entre as mais polêmicas estão: (i) as matérias de apreciação do *Juiz das Garantias* deverão ser juntadas aos autos do processo, e (ii) o recebimento da denúncia.

¹ Abreviaremos, no presente trabalho, o Projeto de Lei 156/2009, do Senado Federal, das seguintes maneiras: PL 156/09, do Senado Federal; ou apenas PLS 156/09. O PLS 156/09, foi apresentado no dia 22.04.09, pelo senador José Sarney. Após diversas propostas de emendas e alterações, em 08.12.10 – já com as pertinentes modificações –, com a relatoria do senador Renato Casagrande, foi aprovado, pelo Plenário do Senado, a última versão do projeto. Tramitação do PLS 156/09 disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645.

Desta forma, o presente trabalho apresentará enfoques referentes à criação do *Juiz das Garantias* à luz do sistema acusatório, de acordo como PL 156/09, do Senado Federal. A pesquisa abordará, no primeiro capítulo, os sistemas de investigação preliminar (policial, juiz instrutor e promotor investigador), os fundamentos da existência de uma investigação, além de trazer à tona os principais métodos de investigação no Brasil.

No segundo capítulo, o trabalho enfocará nos sistemas processuais penais (inquisitório, acusatório e misto), nos princípios da imparcialidade e neutralidade, bem como no conceito de *Juiz das Garantias*, revelando que tal instituto já foi adotado em Portugal e na Província de Buenos Aires, na Argentina, cada qual com sua estrutura processual penal peculiar.

A pesquisa destacará, em seu terceiro (e último) capítulo, a análise do *Juiz das Garantias* dentro do nosso ordenamento processual, de acordo com o projeto de reforma do CPP, enfatizando os principais pontos e argumentos acerca da implementação deste instituto no Brasil, como por exemplo, quais serão as principais atribuições deste juiz; quais as incongruências da lei frente ao sistema acusatório; e, para encerrar, apresentar-se-á um quadro comparativo entre Brasil, Portugal e a Província de Buenos Aires, destacando as suas semelhanças e diferenças no tocante à matéria em destaque.

CAPÍTULO I

OS SISTEMAS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E OS PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DA SUA EXISTÊNCIA

1.1 O QUE É A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E QUAIS AS SUAS FINALIDADES

Quanto à etimologia da palavra *preliminar*, temos que esta “vem do latim – prefixo *pré* (antes) e *liminares* (algo que antecede, de porta de entrada) – deixando em evidência seu caráter de “porta de entrada” do processo penal e a função de filtro para evitar acusações infundadas²”.

A investigação preliminar é considerada uma fase preparatória do processo penal. Então, quando o Estado toma ciência de que se esteja praticando uma infração penal, deve colher elementos que comprovem o fato e a autoria, através de uma investigação preliminar. Nesse sentido são os ensinamentos de Luis Flávio Gomes e Fabio Scliar:

É neste sentido que se afirma que a persecução criminal é formada pela fase processual e pela fase pré-processual em que a investigação é a atividade cujo objetivo é o de verificar, sumariamente, através de um juízo de probabilidade, se há elementos mínimos a garantir que não seja leviana a instauração de processo criminal.³

No mesmo sentido são as lições de Marcelo Lessa Bastos:

Tem-se, então, que a finalidade da investigação criminal é, tão-somente, dotar o titular da ação penal – no caso dos crimes de ação penal de iniciativa pública, o Ministério Público – dos elementos de que necessita para

² CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: RT, 2007. p. 52.

³ GOMES, Luiz Flávio; SCLIAR, Fábio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia**. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 09 dez. de 2010.

*o seu ajuizamento, mais precisamente os pressupostos processuais e as condições da ação...*⁴

Logo, a fim de formar a *opinio delicti* do Ministério Público (órgão acusador), o desencadeamento ou não da ação penal pública, o embasamento para o recebimento da denúncia e a concessão de medidas cautelares pelo juiz, é importante que seja feita a investigação preliminar que buscará identificar e fornecer elementos mínimos sobre a autoria e materialidade do delito.

De acordo com o tipo infringido e a complexidade da prática ilícita, a coleta desses elementos pode variar em cada caso concreto, para *a posteriori* ocorrer a propositura da ação penal. Tanto a investigação preliminar como a ação penal são momentos da chamada *persecutio criminis*. Salienta Cristiano Chaves de Farias que:

*a atividade investigatória é absolutamente intrínseca e inerente à condição de órgão acusador, por ser necessária a existência de um suporte probatório mínimo para o oferecimento de denúncia. Equivale a dizer, a atividade de investigar e apurar os fatos delitivos in these está atrelada à atividade de acusar em juízo, de deduzir a pretensão punitiva estatal, sendo uma suporte da outra.*⁵

Para atuar na investigação, a lei defere a determinados órgãos, como a polícia judiciária (art. 144 CF), a responsabilidade pela segurança pública, e a competência para a investigação da existência dos crimes, comuns, em geral, e da respectiva teoria.⁶ Porém, tal função não é exclusiva dos referidos órgãos como a polícia judiciária, por exemplo, uma vez que para a apuração de crimes não existe exclusividade.

Seguindo os ensinamentos de Aury Lopes Jr, temos que *“quando levarmos em conta a natureza jurídica dos atos predominantes, que, no caso do inquérito policial,*

⁴ BASTOS, Marcelo Lessa. **A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 87

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. **A Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público e a Inexistência de Impedimento/Suspeição para o Oferecimento da Denúncia**. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/processo_penal/invest_criminal-mp.pdf. Acesso em 04 jan.11.

⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 37.

*são administrativos*⁷ estaremos diante da investigação preliminar como um procedimento *administrativo* pré-processual. Por outro lado, a natureza jurídica da investigação preliminar será de procedimento *judicial* pré-processual, quando for realizada por juízes ou promotores, membros do Poder Judiciário.

Em síntese, quando se inicia uma atividade em busca de elementos evidenciais (de convicções) acerca da materialidade e autoria de um fato delituoso, estamos diante da investigação criminal preliminar, que não possui formalidades processuais, podendo ter caráter de procedimento, tanto no inquérito policial, como em outro procedimento investigatório previsto em lei.

Considera-se colher informações a respeito do fato criminoso uma apuração da infração penal. Apurar a autoria significa que a Autoridade Policial, ou o responsável pela investigação, “*deve desenvolver a necessária atividade visando descobrir, conhecer o verdadeiro autor do fato infringente da norma*”⁸. Ainda, segundo Aury Lopes Jr, a investigação preliminar é uma peça fundamental para o processo penal, já que sem ela estaríamos à frente de um processo penal irracional.⁹

1.2 OS FUNDAMENTOS DA EXISTÊNCIA DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

1.2.1 A função simbólica – “A sensação de segurança”.

Ao contribuir para restabelecer a tranquilidade social abalada pelo crime, a investigação preliminar atende, também, a uma função simbólica, ou seja, através da sensação de que os órgãos estatais atuarão, evitando a impunidade, o mal-estar causado pelo crime seria amenizado.

Quer dizer, com a atuação dos órgãos estatais na investigação penal preliminar, a população teria a sensação de segurança, já que se estaria atuando

⁷ LOPES, Aury Jr. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2006. p. 42.

⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 29. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 196.

⁹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 223.

para combater a criminalidade, uma vez que a polícia, ou o Ministério Público, estariam em busca de indícios dos possíveis criminosos.

No ano de 2009 uma pesquisa foi realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, através do sistema de pesquisas domiciliares¹⁰, a qual abordou a questão da sensação de segurança no Brasil. A explicação do tema proposto se encontra na própria apresentação da pesquisa:

Destaca-se que no suplemento de 2009, além das questões relacionadas com os seus temas centrais, incluiu-se uma abordagem subjetiva, a partir do levantamento da sensação de segurança pelas pessoas e a existência de dispositivos de segurança nos domicílios. Esses dois enfoques ampliam as possibilidades de análise dos temas de vitimização e justiça, uma vez que refletem sensibilidade e atitude da população diante da condição de segurança percebida ou vivenciada.¹¹

Nessa pesquisa, 162,8 milhões de pessoas, com 10 ou mais anos de idade, responderam aos questionamentos formulados pela PNAD, e se buscou avaliar a sensação de segurança, com relação ao domicílio, ao bairro e à cidade onde residiam.

Diversos foram os enfoques da pesquisa, como renda per capita, raça, idade, região, etc. Para não tornar exaustivo o presente trabalho, vamos nos ater, aleatoriamente, a dois dados, apenas para ilustrar: regiões e idade.

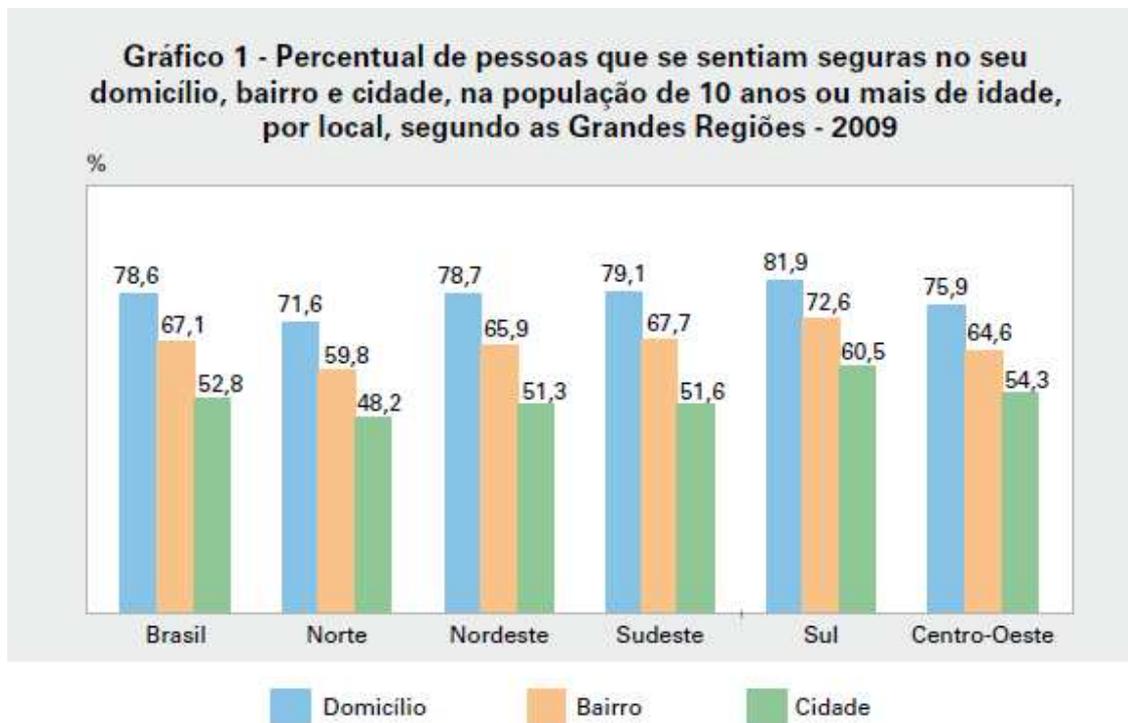
De acordo com as conclusões gerais da pesquisa, as declarações permitiram afirmar que, à medida que a população se afastava do domicílio, a sensação de segurança se reduzia. No Brasil, estimou-se que a maioria da população (78,6% ou 127,9 milhões de pessoas) sentia-se segura no domicílio onde residia. No bairro, o percentual diminuiu para 67,1% (ou 109,2 milhões de pessoas) e, na cidade, a

¹⁰ Esse sistema foi implantado progressivamente no Brasil a partir de 1967, com a criação da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD, e tem como finalidade a produção de informações básicas para o estudo do desenvolvimento socioeconômico do País.

¹¹ Os dados aqui apresentados são da pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em parceria com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ e Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, através da intitulação "**Características da Vitimização e do Acesso à Justiça no Brasil**", suplemento da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD, 2009. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/vitimizacao_acesso_justica_2009/pnadvitimizacao.pdf. Acesso em 04 jan.11.

sensação de segurança era compartilhada por pouco mais da metade da população, 52,8% (ou 85,9 milhões de pessoas).

Comparativamente, a Região Norte foi aquela que apresentou os menores percentuais de sensação de segurança das pessoas (71,6% no domicílio, 59,8% no bairro e 48,2% na cidade), em contrapartida, a Região Sul apresentou as maiores proporções de pessoas que afirmaram se sentirem seguras nos locais que foram pesquisados (no domicílio 81,9%, no bairro 72,6% e na cidade 60,5%), conforme o gráfico abaixo¹²:

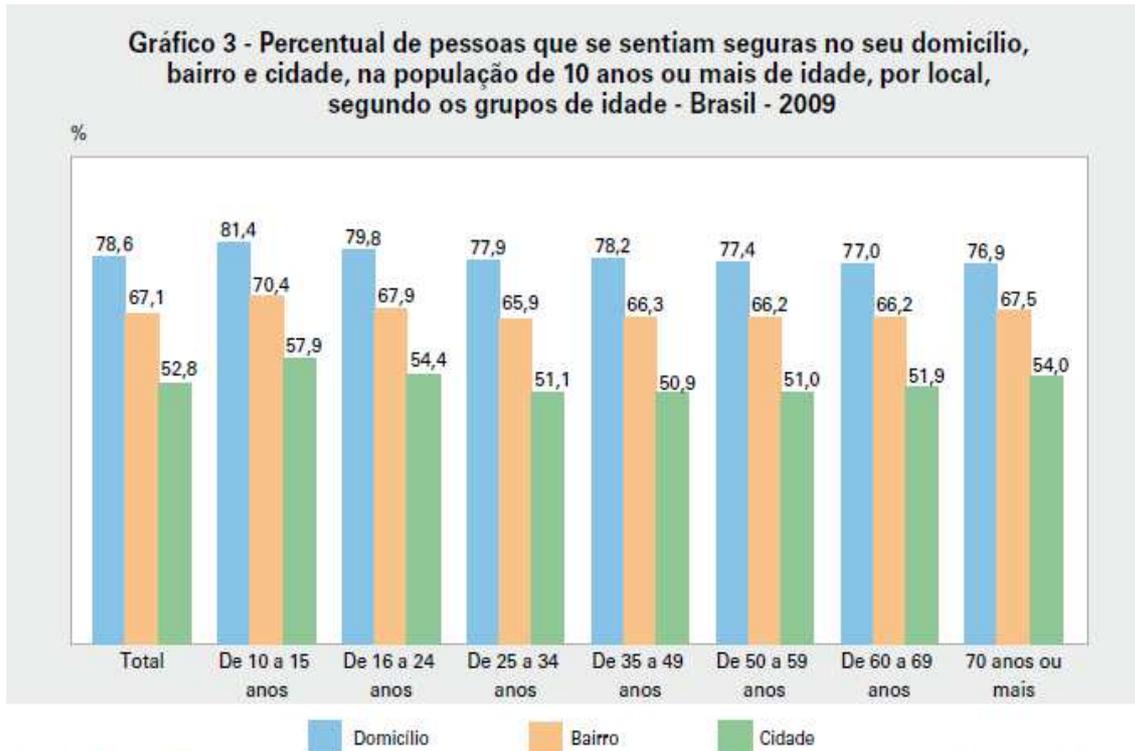


Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2009.

Ainda, a pesquisa mostrou que das pessoas que tinham entre 10 a 15 anos de idade, 81,4% sentiam-se seguras em seus domicílios, 70,4% nos bairros e 57,9% nas cidades. Percebe-se, de acordo com o gráfico abaixo, que a sensação de segurança estava mais presente entre as crianças e adolescentes¹³:

¹² Idem, p 44.

¹³ Idem, p. 43.



Quando analisamos os gráficos, diversas perguntas substantivas vêm à tona. Em condição mais superficial, questiona-se porque há diferença na sensação de segurança entre idades e regiões diferentes? Em nível mais aprofundado, os questionamentos são outros: o que gera a sensação de segurança? Questões subjetivas ou práticas como a impunidade ou níveis diferentes de renda que possibilitariam a contratação de segurança privada? E mais, qual a diferença entre a segurança (concreta) e a sensação de segurança (simbólica)?

Sabendo-se das dificuldades e da amplitude do esforço de pesquisa para responder a esses questionamentos, o que, em princípio, não é proposto por esse trabalho, apresentar-se-á duas breves discussões acerca do problema. A primeira, mais concreta, trata do papel a quem incumbe fornecer segurança à sociedade. Já a segunda, em termos simbólicos, o papel da investigação penal preliminar como elemento contributivo para a sensação de segurança.

A segurança é direito fundamental do cidadão, prevista inclusive na nossa Carta Magna¹⁴. A quem incumbe fornecer segurança aos cidadãos? Ao Estado. Segundo Afonso Arinos Melo Franco, a segurança depende de previsão e repressão policial, bem como de melhor organização da Justiça:

*A par da segurança política, ou do Estado, deve-se considerar a segurança social, ou do cidadão. Esta última também deve ser dividida nos seus dois aspectos: a segurança policial e a segurança política. A primeira refere-se aos crimes comuns, assaltos, roubos, raptos, violências de toda ordem, praticados por delinquentes contra pessoas ou empresas, sem finalidade política. Infelizmente, esta situação se agrava nas grandes cidades brasileiras, devido a fatores notórios. Sua atenuação depende dos recursos de vigilância, previsão e repressão policial, bem como da melhor organização da Justiça.*¹⁵

Ainda, conforme Fauzi Hassn Choukr, no Brasil, primeiramente, é necessário enfrentar *qual o papel da Polícia otimizada da violência, antes de focar sua importância como garantidora da ordem e da segurança (do Estado e da sociedade)*¹⁶. Acrescentando, ainda, que *tal cenário se verifica, principalmente, nas realizações de investigações criminais e na execução penal.*¹⁷

No que diz respeito ao elemento simbólico, tem-se que a investigação preliminar é um dos meios para que se busque a sensação de segurança dos cidadãos, sendo este, portanto, um dos principais fundamentos da sua existência. Conforme leciona Aury Lopes Júnior:

*...numa dimensão simbólica, contribui para amenizar o mal-estar causado pelo crime através da sensação de que os órgãos estatais atuarão, evitando a impunidade. Essa garantia, de que não existira impunidade, manifesta-se também através da imediata atividade persecutória estatal.*¹⁸

¹⁴ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁵ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito de Segurança - Segurança do Estado e Segurança do Cidadão**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_34/panteao.htm. Acesso em 05 jan.11.

¹⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Temas de Direito e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2004, p. 179.

¹⁷ Idem, p. 179.

¹⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 230.

Também, de acordo com o mesmo autor, a investigação preliminar atua como um freio aos excessos da perseguição policial (ou até mesmo do Ministério Público), pois permite a intervenção do *juiz de garantias* em razão da sua rápida formalização.¹⁹

1.2.2 Evitar acusações infundadas

Além de garantir a sensação de segurança, a investigação preliminar também visa evitar acusações infundadas e assegurar à sociedade que não haverá abusos por parte do Estado. No momento em que evita acusações infundadas, permite o exercício da ação penal de forma responsável, sendo que o órgão a quem cabe a acusação terá subsídios para promover a ação penal cabível ou arquivar o procedimento apuratório.

Nas palavras de Aury Lopes Júnior, *a função de “evitar acusações infundadas é o principal fundamento da investigação preliminar”*²⁰. Acrescenta, ainda, que:

*A função de filtro processual contra acusações infundadas incumbe, especialmente, à chamada fase intermediária, que serve como elo de ligação entre a investigação preliminar e o processo ou o não-processo. Sem embargo, esse é apenas um momento procedimental em que se realiza um juízo de valor, mais especificamente, de pré-admissibilidade da acusação, com base na atividade desenvolvida anteriormente e no material colhido. É inegável, que o êxito da fase intermediária depende inteiramente da atividade preliminar, de modo que transferimos a ela o verdadeiro papel de evitar as acusações infundadas.*²¹

No mesmo sentido, são os ensinamentos de Juliano Santos Zorzan:

Ora, como algures delineado, visa o inquérito policial a busca de subsídios aptos a demonstrar, quando da ocorrência de suposto fato típico penal, a viabilidade, ou não, da deflagração de uma ação penal, nisso consistindo o seu caráter instrumental para o correto funcionamento da Justiça, inclusive com garantia contra acusações infundadas; este o seu objetivo social. Quer dizer, as conclusões obtidas no inquérito policial por meio dos atos levados a efeito pela polícia judiciária deverão ou viabilizar uma ação penal, por meio da comprovação da prática delituosa e da identificação do autor do crime, ou evidenciar a sua impossibilidade face à

¹⁹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 230.

²⁰ Idem, p. 232.

²¹ Idem, p. 231.

*demonstração de elementos fáticos e/ou jurídicos que a impeçam ou provem a sua inutilidade.*²²

Atualmente, ainda, o simples indiciamento já causa um “mal-estar” e diversos efeitos sociais, uma vez que o sujeito investigado irá se deparar com a viatura policial parando em frente à porta de sua residência, para entregar intimações, por exemplo. Mais, ele terá que comparecer à Delegacia de Polícia para prestar esclarecimentos, e, muitas vezes, terá que solicitar autorização e apresentar atestado em seu trabalho. Nesse meio tempo diversas pessoas já estão sabendo que “fulano” está com problemas com a “justiça”. Infelizmente essa é a visão – se não de todos – da grande maioria da nossa sociedade.

Tanto são os efeitos sociais que muitas pessoas que se sentem prejudicadas com uma investigação criminal, entram em juízo contra o Estado, requerendo danos morais pelos incômodos que passaram durante a fase investigativa²³.

Se um simples indiciamento, dentro da fase de investigação preliminar, já causa todo um transtorno na vida dos cidadãos, imagina-se uma acusação. Ainda, o êxito de um inocente em uma sentença absolutória pode ter total efeito jurídico, porém os efeitos sociais permanecem, já que *“prevalece a ideia da força e da prepotência à de justiça, porque se lançam misturados, na mesma caverna, os simples acusados com os culpados reconhecidos por sentença.”*²⁴

Desta forma, submeter um cidadão a uma acusação infundada, quer dizer, acusá-lo formalmente sem fortes indícios de autoria e materialidade, pode gerar conseqüências insanáveis. Para que isso não aconteça a investigação preliminar

²² ZORZAN, Juliano Santos. **A persecução criminal pré-processual e o princípio da eficiência.** Revista DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões Sociojurídicas – Ano IX – Nº 12- Março 2009, p. 200. Disponível em http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/viewFile/179/120. Acesso em 15 jan.11.

²³ Para exemplificar o que se afirma, cita-se trecho do voto do Des. Relator Ricardo Torres, no Recurso Cível Nº 71002817294, oriundo da Primeira Turma Recursal Cível, do TJRGS, publicado em 16.12.10: *“Portanto, embora de fato possa tal registro constituir-se em aborrecimento – tal como o comparecimento de policiais à residência do autor – e gerar inclusive algum comentário desairoso, trata-se de contingência de uma sociedade democrática em que as pessoas devem sujeitar-se inclusive a eventual investigação policial, não se revestindo a conduta de ilicitude capaz de ensejar o dever de reparar danos morais”.*

²⁴ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 234 .

assume uma importante missão frente à sociedade. E mais, a busca dos elementos que confortarão o oferecimento da denúncia deve ser realizada de maneira a respeitar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Nesse sentido, as lições de Marta Saad:

O inquérito policial, forma mais utilizada de persecução penal preliminar ou prévia no direito brasileiro, exhibe, a um só tempo, dupla função: preservadora, ao garantir que se diminuam, ou minimizem, imputações infundadas, temerárias ou até caluniosas, evitando o custo de acusações formais inúteis perante o juízo criminal; e preparatória, ao acautelar eventuais meios de prova, que podem desaparecer com o tempo.²⁵

Ocorre que, infelizmente, ainda é comum se ver acusações mal fundamentadas, simplesmente porque se quer dar uma resposta rápida e uma solução forjada à sociedade. A insurgência do *in dubio pro societate* para dar início a ações penais (públicas e privadas) sem razoável conjunto probatório, na esperança de que possam ganhar robustez na instrução processual, não é anormal. Por que o *in dubio pro reo* só pode ser aplicado no final do processo, quando se sabe que o processo, em si, já é uma pena?²⁶

Desta maneira, para evitar que um cidadão responda a um processo criminal, que, pelos seus efeitos sociais, caracteriza uma pena antecipada, é que o sistema penal brasileiro busca, através das investigações penais, subsídios aptos a demonstrar a ocorrência de um suposto fato ilícito e a sua autoria.

1.3 SISTEMAS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

1.3.1 Investigação Policial

A investigação policial é o modelo adotado pelo Brasil e, conforme determina o artigo 4º do Código de Processo Penal²⁷, as autoridades policiais serão

²⁵ SAAD, Marta. *Exercício do direito de defesa no inquérito policial*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n.166, p. 6, set. 2006.

²⁶ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *In dubio pro societate x processo penal garantista*. Disponível em: <http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=1258>. Acesso em 04 jan.11

²⁷ CPP, art. 4º: A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

responsáveis pela apuração dos delitos e suas supostas autorias. A linha de investigação a ser seguida será estabelecida pela polícia, que também produzirá as provas técnicas que julgar necessárias, com exceção daquelas que necessitam de autorização judicial, como por exemplo, as interceptações telefônicas. A polícia é um órgão da administração pública, logo a natureza jurídica desse sistema é administrativa, não possui nenhum poder jurisdicional.

A polícia judiciária também é chamada de polícia regressiva, visto que age preferencialmente depois de ocorrido o delito, diferenciando-se da polícia preventiva. É uma instituição de Direito Público, *“integrante do poder Executivo, muito embora exerça função auxiliar do juiz – daí a razão de seu reconhecimento como polícia judiciária²⁸”*.

Segundo Aury Lopes Jr, algumas das vantagens de se ter uma investigação policial são: (i) a polícia está mais próxima do povo, está em todos os lugares, e por isso dispõe de meios mais rápidos e eficazes pra conduzir a investigação; (ii) para o governo, a investigação policial é mais vantajosa, porque o Poder Executivo dispõe totalmente do poder de mando e desmando, sem que se precise explicar o alcance negativo desse fato para a sociedade.²⁹

O instrumento utilizado pela polícia para apurar delitos e autorias é o inquérito policial, que dá início à persecução criminal. Segundo Guilherme de Souza Nucci, a expressão inquérito policial, no Brasil, surgiu com a edição da Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, com a seguinte definição: *“o inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”*.³⁰

O inquérito policial inicia-se com a *notitia criminis*, através da qual a autoridade policial toma conhecimento de um fato supostamente ilícito. Também pode o

²⁸ BOSCHI, Marcus Vinicius. **Código de Processo Penal Comentado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 15.

²⁹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 237.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 127

inquérito iniciar-se mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, nos crimes de ação pública, conforme explicita Vicente Greco Filho:

*Instaura-se formalmente o inquérito de ofício, por portaria da autoridade policial, pela lavratura do flagrante, mediante apresentação do ofendido ou requisição do juiz ou do Ministério Público, devendo todas as peças do inquérito ser, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas.*³¹

O Código de Processo Penal não traz uma definição clara e satisfatória do que seja o inquérito policial, mas sim uma série de medidas a serem tomadas ao apurar as circunstâncias do fato delitivo e da autoria, devidamente expressas no artigo 6º do supracitado diploma legal³², o qual menciona atividades exemplificativas, na medida em que as providências ali elencadas não exauzem a matéria.

É possível afirmar que o Inquérito Policial é um procedimento administrativo informativo, escrito, ou seja, um conjunto de atos investigatórios, preparatórios da ação penal, conforme explicita Paulo Rangel:

Inquérito Policial, assim, é um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e materialidade (nos crimes que deixam vestígios – delicta facti permanentis) de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal. Nosso código não define de forma clara o que vem a ser inquérito policial nem o seu objeto, que é a investigação criminal, porém, valemo-nos aqui do conceito dado no Código de Processo Penal português, que é bem claro nesse sentido e perfeitamente aplicável ao direito brasileiro:

³¹ GRECO, Vicente Filho. **Manual de Processo Penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 79.

³² CPP, art. 6º: Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

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.

O inquérito policial compreende o conjunto de diligências que visam a investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher provas, em ordem à decisão sobre a acusação (CPP português – art. 262, item 1).³³

Seguindo a mesma linha de raciocínio, quando trata sobre o inquérito policial, Guilherme de Souza Nucci:

É importante repetir que sua finalidade precípua é a investigação do crime e a descoberta do seu autor, com o fito de fornecer elementos para o titular da ação penal promovê-la em juízo, seja ele o Ministério Público, seja o particular, conforme o caso. Nota-se, pois, que esse objetivo de investigar e apontar o autor do delito sempre teve por base segurança da ação da Justiça e do próprio acusado, pois, fazendo-se uma instrução prévia, através do inquérito reúne a polícia judiciária todas as provas preliminares que sejam suficientes para apontar, com relativa firmeza a ocorrência de um delito e o seu autor.³⁴

Além do mais, os vícios presentes no inquérito policial não podem ser passíveis de nulidades, uma vez que se trata de um procedimento anterior ao processo criminal. Nesse sentido as lições de José Antonio Paganella Boschi:

Sendo o inquérito atividade administrativa, destinada a preparar e ao mesmo tempo subsidiar a atividade do acusador, eis que forma a justa causa, os Tribunais consideram que os seus defeitos formais não atingem o processo judicial.³⁵

É importante ressaltar que a polícia judiciária é sim titular para instauração de inquéritos policiais, porém o parágrafo único do artigo 4º do CPP, conforme já visto, “*deixa clara a não exclusividade da instauração de inquéritos quando a lei acometer a mesma função a outras autoridades administrativas*”³⁶.

³³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2006. p. 66.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 127

³⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação Penal: as fases administrativas e judicial da persecução penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 49

³⁶ POLASTRI LIMA, Marcellus. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 62.

1.3.2 Juiz Instrutor

O juiz instrutor é a máxima autoridade nos sistemas que adotam uma investigação preliminar judicial, sendo o principal responsável pelo desenvolvimento da referida investigação, pode realizar diligências a fim de juntar elementos de convicção que permitam ao Ministério Público acusar.

Nesse sistema de investigação preliminar é o juiz quem colhe e produz a prova, conforme lições de Aury Lopes Júnior:

O juiz de instrução obra como um verdadeiro investigador, atuando de ofício e sem estar submetido ou vinculado a petições do Ministério Público ou da defesa, que são meros colaboradores. Caberá a ele decidir sobre a utilidade das diligências solicitadas para os fins de investigação, denegando as que a seu juízo forem desnecessárias. Para levar a cabo essa atividade de investigação, é imprescindível que à sua disposição esteja a polícia judiciária, totalmente dependente no aspecto funcional.³⁷

Logo, o juiz instrutor tem iniciativa própria, sem necessidade de provocação para apurar as infrações, dirige ou realiza as investigações, podendo ou não ter auxílio da Polícia Judiciária e, ao final, podendo decidir sobre o encerramento do procedimento.

Mesmo estando a cargo de um juiz, a investigação preliminar continua sendo um procedimento pré-processual; as provas não precisam ser necessariamente produzidas na sua presença; e, também, ele poderá “*atuar de ofício, isto é, independente de qualquer solicitação do MP ou do acusador privado*”³⁸. Se considerar úteis e necessários, poderá aceitar pedidos da defesa e futura acusação pertinentes à investigação, entretanto não é obrigado, visto que a iniciativa probatória está inteiramente em seu poder.

Historicamente não foi adotado o juizado de instrução no Brasil, de modo sistemático, e existem inúmeras vantagens e desvantagens de se ter um sistema “de

³⁷ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 241.

³⁸ LOPES, Aury Jr. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2006. p. 78.

juiz de instrução”, o que é bastante debatido na doutrina, mas não cabe, no presente trabalho, adentrarmos no tema.

1.3.3 Promotor Investigador

Esse sistema adota o Ministério Público como titular da investigação preliminar, ou seja, poderá o representante do *Parquet* pessoalmente ou por meio da Polícia Judiciária fazer as investigações que julgar necessárias.

Na Espanha, por exemplo, o Ministério Público é denominado *Ministerio Fiscal* e atua sempre na defesa da legalidade, seja como promotor da ação penal, seja como *custus legis*. Tem o Ministério Fiscal, ainda, a incumbência de velar pelas garantias processuais do imputado e pela proteção dos direitos da vítima e dos prejudicados pelo delito. A polícia que é um órgão auxiliar na fase pré-processual, apesar de atuar frente às investigações, tem a obrigação de seguir as instruções do Ministério Fiscal.³⁹

Já em Portugal, são os membros do Ministério Público Fiscal quem possuem a função direta de praticar todos os atos e assegurar todos os meios de prova necessários à comprovação da existência do crime e sua autoria. A polícia judiciária também atua como órgão auxiliar e realiza todas as diligências determinadas pelo Ministério Público.

No Brasil, afirma Marcelus Polastri Lima, que não sendo a Polícia Judiciária a possuidora de exclusividade na apuração de infrações penais, nada impede que o Ministério Público promova diretamente investigações próprias para a aclaração de delitos.⁴⁰

³⁹ PONTES, Manuel Sabino. **Investigação Criminal pelo Ministério Público: uma crítica aos argumentos pela sua inadmissibilidade.** Disponível em <http://www.mp.rn.gov.br/userfiles/file/revistamp/revmp0002.pdf>. Acesso em 24 de jan. 11

⁴⁰ POLASTRI LIMA, Marcellus. **Curso de Processo Penal.** 3. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 80.

A tese sustentada para adoção de tal sistema é que, se as convicções devem ser tomadas para que o promotor acuse, então seria ilógico e contraditório o promotor ficar limitado ao juiz ou à polícia. Além disso, a celeridade da investigação tenderia a ser assegurada, na medida em que o órgão ministerial teria a possibilidade de, já nessa fase, averiguar os mínimos elementos necessários para propor a ação penal, inclusive com maior segurança.

Quando munido do intuito de realizar medidas constritivas de direito, o Ministério Público dependerá de autorização judicial – em alguns momentos, por exemplo, para realizar busca e apreensão – a qual será analisada pelo juiz, sendo este um dos limites impostos à Investigação pelo *Parquet*.

A figura do promotor investigador é adotada em diversos países europeus, como na Alemanha, país que na reforma de 1974 suprimiu a figura do juiz instrutor e deu lugar à do promotor, conforme lições de Aury Lopes Júnior:

A reforma alemã de 1974 suprimiu a figura do juiz instrutor para dar lugar ao promotor investigador. A partir de então, outros países, com maior ou menor intensidade, foram realizando modificações legislativas nessa mesma direção, como sucedeu, v.g., na Itália (1988) e em Portugal (1987 e novamente em 1995).⁴¹

Outro argumento utilizado em países que trocaram a figura do juiz instrutor para a do promotor investigador, é que a figura do juiz seria fortalecida, uma vez que seria totalmente imparcial a sua decisão, ao ficar “longe” das investigações preliminares, conforme ensina Marcos Kac: “É salutar que o juiz se afaste das investigações prévias, para manter a sua imparcialidade e não ser contaminado pela atuação diretiva na colheita de elementos que darão suporte à acusação que ele irá julgar”⁴².

⁴¹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 244.

⁴² KAC, Marcos. **O Ministério Público na Investigação Penal Preliminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 163.

Desta forma, está cada vez mais em evidência a atuação do promotor frente às investigações. No Brasil, a discussão ainda é polêmica acerca do assunto, conforme se verá na próxima seção.

1.4 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PRINCIPAIS MÉTODOS DE INVESTIGAÇÃO PENAL PRELIMINAR NO BRASIL

1.4.1 A polícia Judiciária e o Inquérito Policial

O principal método de investigação existente atualmente no Brasil é o policial, no qual a polícia judiciária (leia-se civil e federal) tem, assim, por finalidade investigar as infrações penais e apurar a respectiva autoria, a fim de que, o titular da ação penal disponha de elementos para ingressar em juízo.

Como o método de investigação policial já foi analisado, em linhas gerais, no item 1.3.1 do presente trabalho, a fim de evitar tautologia, passaremos a analisar algumas questões polêmicas referente ao inquérito policial no Brasil, que estão em destaque na doutrina e na legislação atual.

Conforme leciona Fernando da Costa Tourinho Filho, a polícia civil desenvolve uma trabalhosa atividade frente às investigações, possuindo, de tal forma, diversos meios para se apurar um fato delituoso:

A polícia civil desenvolve laboriosa atividade, ouvindo testemunhas, tomando declarações da vítima, procedendo a exames periciais, nomeadamente os de corpo de delito, exames de instrumento do crime, além de colher informações sobre todas as circunstâncias que envolveram o fato tido como criminoso, buscando, sempre, o esclarecimento do fato. Apurar a autoria significa que a Autoridade Policial deve desenvolver a necessária atividade visando a descobrir, conhecer o verdadeiro autor do fato infringente da norma.⁴³

Ainda, além de ser a própria polícia quem produz as provas técnicas, é “ela” quem decide quais pessoas serão ouvidas no curso das investigações. Diante deste modelo, Aury Lopes Jr afirma que o inquérito policial está em crise e que merece,

⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 65.

desta forma, reparos legislativos.⁴⁴ Para tanto, o autor sugere alguns reparos no texto infraconstitucional, como por exemplo: (i) O Ministério Público deveria exercer o comando das investigações penais, o que garantiria o controle externo da atividade policial; (ii) a necessidade de um juiz das garantias para atuar somente na fase de investigação, pra controlar a legalidade das investigações; (iii) definir a situação do indiciado; (iv) os autos do inquérito não deveriam integrar os autos do processo.⁴⁵

Não obstante grande parte da doutrina seja crítica em relação ao inquérito policial, em contrapartida há os que sustentam a sua importância, inclusive para utilizá-lo como prova legítima durante a instrução, como por exemplo, Fábio Motta Lopes:

*É sabido que a maioria das provas que servem para lastrear a acusação é colhida durante o inquérito policial. Assim, o expediente também acaba delimitando o que será discutido em juízo, não se avançando durante a instrução criminal, em regra, além daquilo que restou colhido na etapa preliminar, circunstância que, por si só, evidencia a sua importância.*⁴⁶

No mesmo sentido, Marcelo Eduardo Freitas:

*A adoção do princípio dá ao inquérito policial outra natureza, não de peça meramente informativa, como ainda apregoam alguns não tão bem intencionados, mas com valor probatório na instrução. Conseqüentemente, mais célere e mais rápida a prestação jurisdicional.*⁴⁷

O que muito se discute, também, é a presença (ou não) dos princípios do contraditório e da ampla defesa dentro da fase pré-processual. Seria uma exigência constitucional a presença destes dois princípios em fase de investigação criminal?

Segundo Eugenio Pacelli de Oliveira, não se pode afirmar que a presença do contraditório no inquérito seja uma exigência constitucional, pelas seguintes razões:

⁴⁴ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, págs. 327/328.

⁴⁵ Idem, pp. 328-332.

⁴⁶ LOPES, Fabio Motta. **O inquérito policial é mera peça informativa?** Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 181, p.10, dez. 2007.

⁴⁷ FREITAS, Marcelo Eduardo. **O direito do indiciado a uma investigação defensiva e contraditória no inquérito policial**. 2009. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em 20 de jan.11.

Embora a instauração de investigação criminal, por si só, já implique uma afetação no âmbito do espaço de cidadania plena do investigado (isto é, na constituição de sua dignidade pessoal e de sua reputação social, além do evidente transtorno na sua tranqüilidade), não podemos nela identificar um gravame que, sob a perspectiva do Direito positivo, possa ser equiparado a uma sanção. Fosse assim, uma aplicação de sanção regularmente prevista em Lei, não hesitaríamos em exigir o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa já nessa fase.⁴⁸

Em entendimento contrário, Marta Saad e Maria Thereza Rocha de Assis Moura defendem a presença do contraditório e da ampla defesa já na fase preliminar:

É preciso, pois, garantir a defesa efetiva do acusado quando esta realmente importa, estendendo-se o exercício do direito de defesa ao inquérito policial. Não só a autodefesa, insuficiente em fase do próprio comprometimento emocional e ao desconhecimento técnico do acusado. Este deve poder contar, pois, com assistência de advogado legalmente habilitado, zeloso e competente na real defesa dos interesses de sua liberdade jurídica.⁴⁹

Aury Lopes Jr leciona que desde 1941 existe direito de defesa no inquérito policial, quando, por exemplo, pode o indiciado ser acompanhado de advogado (defesa técnica) no interrogatório policial, e mais, pode ele exercer o direito de autodefesa, expondo suas razões, ou até mesmo exercer o direito de permanecer em silêncio. Há, também, a possibilidade de se exercer a defesa através do habeas corpus e o mandado de segurança.⁵⁰

No tocante ao princípio do contraditório, Aury Lopes Jr afirma que “quando falamos em contraditório na fase pré-processual estamos fazendo alusão ao primeiro momento, da informação”⁵¹. Arremata que:

Em sentido estrito, não pode existir contraditório pleno no inquérito porque não existe uma relação jurídico-processual, não esta presente a estrutura dialética que caracteriza o processo. Não há o exercício de uma pretensão acusatória. Sem embargo, esse direito de informação –

⁴⁸ PACHELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 13 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 58.

⁴⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. **Constituição da República e Exercício do Direito de Defesa no Inquérito Policial** in PINHO, Ana Claudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (coords.). **Ciências Criminais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

⁵⁰ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 320.

⁵¹ Idem, p, 321.

*importante faceta do contraditório – adquire relevância na medida em que será através dele que será exercida a defesa.*⁵²

A ideia de defesa no inquérito policial passa a ser mais visível (não totalmente, mas em alguns aspectos) com o projeto que visa reformar o Código de Processo Penal, o PLS 156/09. No título II – Da Investigação Criminal, artigo 13⁵³, das disposições gerais, já aparece, por exemplo, a figura da defesa técnica, quando dispõe que o investigado, por meio de seu defensor, poderá apontar provas em favor da sua defesa.

Em que pese o inquérito policial seja alvo de inúmeras críticas, seja pelo seu caráter inquisitorial, pela ausência de defesa, ou qualquer outra razão que se assemelhe, estamos nos encaminhando, em primeiras impressões, para amenizar aquilo que se transformou, nas palavras de Mauricio Stegemann Dieter em “senso comum teórico”, ou seja, que a investigação e o inquérito policial fazem exceção à garantia constitucional do devido processo legal, embasado no direito do contraditório e da ampla defesa, como se aí não houvesse espaço para se falar em direitos fundamentais.⁵⁴

1.4.2 A (in) constitucionalidade da Investigação Penal Preliminar direta pelo Ministério Público⁵⁵

Quando o assunto é investigação penal direta pelo Ministério Público, muita discussão se inicia e duas correntes opostas possuem diversos argumentos para a defesa de suas posições. Há aquela que sustenta a inconstitucionalidade da investigação direta pelo *Parquet*, por ausência de previsão legal expressa; e outra

⁵² LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 321.

⁵³ Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

⁵⁴ DIETER, Mauricio Stegemann. **O sistema de investigação criminal brasileiro e o novo código de processo penal que se anuncia** in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). **O Novo Processo Penal á Luz da Constituição**. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 56.

⁵⁵ Alguns trechos desta seção foram escritos por mim, no Trabalho de Conclusão do Curso de Direito, intitulado “**Os limites da Investigação Penal Preliminar pelo Ministério Público**”, no ano de 2008, pela Universidade do Vale do Rio do Sinos – UNISINOS.

que busca comprovar a sua legitimidade, amparada em normas constitucionais e infraconstitucionais.

Um dos argumentos utilizados pela corrente contrária⁵⁶ à Investigação Penal Preliminar pelo Ministério Público é que a Constituição Federal conferiu somente à polícia judiciária (polícia civil, estadual e federal) a função de investigar crimes.

Salienta Cezar Roberto Bitencourt, citando José Afonso da Silva, que de acordo com o artigo 129, da Carta Magna, pode-se constatar de plano que não foi previsto ao Ministério Público o poder de investigar infrações penais:

A leitura do art. 129 da CF/88 permite constatar, de plano, que não foi previsto o poder de investigar infrações penais, diretamente, entre as atribuições conferidas ao Ministério Público. Extrair interpretação em sentido contrário do rol contido no dispositivo constitucional referido seria legislar sobre matéria que o constituinte deliberadamente não o fez. Aliás, a um órgão público não é assegurado fazer o que não está proibido (princípio da compatibilidade), mas tão-somente lhe é autorizado realizar o que está expressamente permitido (princípio da legalidade); e a tanto não se pode chegar pela via da interpretação, usando-se argumento a fortiori, especialmente quando há previsão expressa da atribuição a outro órgão estatal, como ocorre na hipótese, em que essa atividade está destinada à Polícia Judiciária.⁵⁷

Segundo o mesmo autor, não é possível permitir, senão a interpretação literal de um artigo de lei. Logo, lendo o referido dispositivo não há como admitir que o *Parquet* tenha competência legal para realizar investigações criminais, visto que promoverá, além da ação penal pública, o inquérito civil e a ação civil pública⁵⁸, podendo expedir notificações para requisitar documentos, no âmbito dos procedimentos administrativos de sua competência, quais sejam, os inquéritos civis públicos e outros.

⁵⁶ Entre eles estão Luís Guilherme Vieira e Miguel Reale Júnior.

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A Inconstitucionalidade dos Poderes Investigatórios do Ministério Público**. IBCCRIM 66. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 241.

⁵⁸ Luis Guilherme Vieira ensina que, embora outras entidades, públicas e privadas, também tenham legitimidade para ajuizar ação civil pública, somente ao Ministério Público foi cometido o poder-dever de instaurar inquérito civil preparatório daquela, e, para a consecução de tal mister, pode-deve o *Parquet*, sim, se for o caso, ouvir testemunhas, requisitar documentos não acobertados pelo manto da reserva de jurisdição, determinar a realização de perícias etc. Realizar, diretamente, investigação de caráter criminal, não, porque não possui a tal “pseudo-atribuição/competência concorrente/supletiva” dada, apenas, à polícia judiciária.

Vale ressaltar que o inquérito civil, criado pela Lei nº. 7.347/85, é presidido pelo órgão do Ministério Público e serve apenas para apurar ilícitos civis, como já informa o nome, visando à propositura de uma ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, consumidor, estéticos, entre outros.

Aponta-se, também, que não se pode utilizar da previsão constitucional e infraconstitucional, as quais dispõem sobre o inquérito civil para realizar, subsidiariamente, investigação criminal (que coloca em jogo a liberdade individual de cada um), uma vez que há uma grande diferença entre os dois, sendo que o texto é claro e expresso ao apontar como função institucional ministerial – exaustivamente – a promoção da ação penal pública, do inquérito civil e da ação civil pública.

Desta forma, cairia por terra, portanto, a teoria dos poderes implícitos⁵⁹ sustentada pela corrente a favor da investigação preliminar pelo *Parquet*, uma vez que não há lacuna na Constituição Federal e esta não deixou a mínima brecha para que se pudesse fazer qualquer outro tipo de interpretação do texto constitucional.

Ensina Roberto Cezar Bitencourt⁶⁰ que *“somente se pode utilizar da teoria dos poderes implícitos quando houver lacuna constitucional ou então, quando houver uma competência explícita e justificável que se pretenda aprofundar e não alargar”*.

Outro ponto relevante que a doutrina contrária a investigação pelo *Parquet* sustenta é que a Constituição Federal instituiu, em seu artigo 129, inciso VII, que compete ao Ministério Público exercer o controle externo da atividade policial, ou

⁵⁹ A teoria dos poderes implícitos, interpretada à luz do Direito Constitucional, é desenvolvida a partir de doutrina norte-americana, a qual teve seu marco histórico no julgamento *Mc.Cullough* vs. *Maryland*, realizado em fevereiro de 1819. Tal teoria vai no sentido de que “quem pode o mais, pode o menos”. Afirma Paulo Rangel, em ob. cit, p. 175 que *“se pode e deve o Ministério Público promover a ação penal pública, com muito mais razão, pode e deve colher, direta e pessoalmente, as provas necessárias para a propositura da mesma ação”*.

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A Inconstitucionalidade dos Poderes Investigatórios do Ministério Público**. IBCCRIM 66. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 259.

seja, deve tão-somente controlar as atividades policiais. Age como órgão fiscalizador tanto da polícia judiciária como da preventiva⁶¹.

Essa forma de controle, no atual Estado, não tem por objetivo paralisar, dificultar ou inviabilizar o desempenho da polícia, ao contrário: busca uma maior eficácia para a colheita de elementos probatórios que poderá sustentar uma futura ação penal.

Afrânio Silva Jardim⁶² diz que prevenir ou reprimir abusos não pode ser algo indesejável num Estado que deseja ser democrático. Perversa a afirmação que colhemos alhures no sentido de que determinada atividade pública torna-se inviável dentro dos estritos parâmetros legais.

O Estado Democrático de Direito versa em superar as desigualdades sociais e instaurar regime democrático que realize a justiça social, tendo como um de seus fundamentos e princípios a dignidade da pessoa humana. Ora, é incompatível com esse fundamento a realização dos atos da administração pública sem um prévio controle da legalidade dos mesmos. Motivo pelo qual, em se tratando de atos administrativos (como por exemplo, o inquérito policial), a intervenção do Ministério Público, controlando a realização dos mesmos, é indispensável e de suma importância.⁶³

Por exercer esse controle, não significa que o Ministério Público poderá desviar da sua função e presidir o inquérito policial. O controle externo da polícia concedido ao MP pela Constituição Federal foi regulamentado pela Resolução n°. 52/97 do Conselho Superior do Ministério Público Federal. Esses diplomas, no entanto, não lhes deferiram poderes para instaurar inquérito policial. A CF/88 dotou o MP de poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração do inquérito policial. A norma constitucional não completou, porém, a possibilidade de o mesmo realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente

⁶¹ A polícia administrativa tem caráter preventivo e deve ser compatibilizada com a atribuição das polícias militares; já a polícia judiciária tem um caráter mais repressivo, cuja investigação de delitos penais se faz através do inquérito policial.

⁶² SILVA, Afrânio Jardim. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 325.

⁶³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2006. p. 89.

pessoas suspeitas de autoria de crime, mas requisitar a diligência nesse sentido à autoridade competente, no caso, a Polícia Judiciária⁶⁴.

De outra banda, ao falar da legitimidade do Ministério Público para atuar nas investigações penais preliminares, é preciso levar em consideração a interpretação sistemática das leis e não totalmente a hermenêutica literária.

As normas constitucionais que disciplinam as funções do Ministério Público e também de outros órgãos e instituições estatais formam um *sistema*, significando isso que sua correta compreensão envolve esforço maior do que o consistente na singela leitura das disposições constitucionais pertinentes. O sistema em questão abriga disposições que orientam a evolução dinâmica de sentidos decorrente das mudanças operadas no plano dos fatos. O correto entendimento da matéria, portanto, envolve operação hermenêutica capaz de testar e, mais do que isso, superar o aprisionamento do território da *pré-compreensão*.⁶⁵

Quando o artigo 129, inciso IX⁶⁶ da Constituição Federal de 1988 dispõe que o Ministério Público pode exercer funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, fica evidente o fato de que há aqui uma sustentação constitucional legal para o *Parquet* atuar, inclusive nas investigações preliminares, uma vez que para propor a ação penal necessita de argumentos de convicção mínimos, ou seja, compatível com a finalidade de buscar a sua melhor atuação.

A norma constitucional sob apreço qualifica-se como uma cláusula de abertura ao exercício, pelo Ministério Público, de “*outras funções*”, as quais, entretanto, haveriam de estar submetidas às seguintes condicionantes: (a) proveniência legal da função; (b) compatibilidade da função legalmente conferida com a finalidade

⁶⁴ Nota do relator Ministro Nelson Jobim no julgamento, que foi dado provimento, ao Recurso em Habeas Corpus n°. 81326, no dia 06.05.03 pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

⁶⁵ CLEVE, Clémerson Merlin. **Investigação Criminal e Ministério Público**. REDE – Revista Eletrônica do Direito do Estado. p. 06. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/>>. Acesso em: 07 out. 2008.

⁶⁶ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

institucional do Ministério Público; (c) vedação de qualquer função que implique a representação judicial ou a consultoria jurídica de entidades públicas.⁶⁷

Nesse contexto, questiona Marcellus Polastri Lima⁶⁸: “*Alguém duvida que uma instituição que tem por finalidade a magnitude da defesa da ordem jurídica, e a privatividade da promoção da ação penal pública, não poderia investigar para o alcance desta finalidade?*”

Além da Constituição Federal, leis infraconstitucionais se adaptam no mesmo sentido, como é o caso da Lei nº. 8.625 de 12.02.93 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e a Lei Complementar nº. 75/93 de 20.05.93 - Estatuto do Ministério Público da União.

Nesse caso, mais uma vez, cabe a lição de Marcellus Polastri:

A exemplo do disposto na Constituição da República, entendemos que o estabelecido no item I do art. 26 da Lei 8.625/93 refere-se não só aos inquéritos civis, como a quaisquer outros procedimentos, sendo a expressão pertinente atinente a medidas e procedimentos condizentes com as funções do Ministério Público e não somente aos inquéritos civis, conforme estabelecido no caput do art. 26.⁶⁹

Outro fator relevante, além do Ministério Público estar regido por lei orgânica própria e possuir independência funcional, é o fato de seus membros serem agentes políticos⁷⁰ e, como tais, exercerem uma parcela de autoridade. Então, as funções atribuídas ao *Parquet* – seja constitucionalmente ou por leis infraconstitucionais (leis orgânicas estaduais) – demonstram o exercício dessa parcela de autoridade, podendo o referido órgão proceder às investigações penais preliminares, quando for necessário.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 77-78.

⁶⁸ POLASTRI LIMA, Marcellus. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 87.

⁶⁹ POLASTRI LIMA, Marcellus. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 88.

⁷⁰ Possuem pela liberdade funcional, não são funcionários públicos em sentido estrito, nem se sujeitam ao regime estatutário comum. Decidem e atuam com independência nos assuntos de sua competência.

E mais, de acordo com o artigo 144 da Constituição Federal, podemos perceber que a Constituição não estabeleceu exclusividade à polícia federal para a investigação de crimes, porém conferiu exclusividade às funções de polícia judiciária⁷¹. Nesse sentido, leciona Bruno Calabrich:

*O dispositivo em tela foi enfático ao conferir exclusividade à polícia federal para as funções de polícia judiciária da União, que não se confundem com a atribuição de investigar crimes, para a qual a Constituição não estabeleceu exclusividade.*⁷²

Ora, não se pode confundir as funções de polícia judiciária com apuração e investigação de crimes. O próprio parágrafo 1º, inciso I, do artigo 144 da CF traz a idéia de apurar infrações penais, sem atribuir à polícia o caráter de exclusividade, apenas mencionando uma atribuição.

Logo, não há qualquer dispositivo constitucional que estabeleça monopólio de investigações criminais, inclusive o parágrafo único do artigo 4º do Código de Processo Penal é claro ao dizer que a competência da polícia judiciária não exclui a de outras autoridades administrativas⁷³.

A investigação pelo Ministério Público tem um caráter subsidiário e será empregada apenas quando for necessária, de modo que a competência da Polícia não é subtraída. De todo modo, o sistema pelo qual se atribui com exclusividade à Polícia a investigação criminal, reservando-se ao Ministério Público a função de mero repassador de provas, é anacrônico e contraproducente. A atuação direta do Ministério Público, nesse particular, pode conferir maior celeridade à atividade

⁷¹ O Artigo 4º do CPP dispõe que: “ A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”. Conceito legal um tanto quanto equivocado que faz incorrer no erro de confundir as funções de polícia judiciária e apuração de infrações penais, uma vez que a primeira abrange não só os juízos criminais, mas todo e qualquer juízo, tendo, portanto, a função de auxiliar o Poder Judiciário na execução de seus atos e decisões. Vale destacar aqui as palavras do Min. Hamilton Carvalhido, no julgamento do REsp 2001/0191236-6: “Essa função de polícia judiciária – qual seja, a de auxiliar do Poder Judiciário -, não se identifica com a função investigatória, qual seja, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge, entre outras disposições, do preceituado no § 4º do art. 144 da CF [...]”.

⁷² CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: RT, 2007. p. 93.

⁷³ Como por exemplo: as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI); o inquérito judicial presidido pelo juiz de direito da vara falimentar.

investigatória, o que permite ademais o contato pessoal do agente do *Parquet* com a prova e facilita a formação de seu convencimento⁷⁴.

Ainda, Quando a Carta Magna preceitua que uma das funções institucionais do Ministério Público é requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais⁷⁵, resta claro que se esta for a vontade do *Parquet*, a autoridade policial não pode se negar a cumprir. Ora, se assim for, o Ministério Público possui também legitimidade para realizar essas diligências, visto que seria um contra senso poder exigir e não poder fazer.

No mesmo sentido, Marcos Kac leciona:

Resulta evidente, portanto, que se é facultado ao Ministério Público oferecer denúncia prescindindo do inquérito policial, lastreado em peças de informação contendo provas coletadas diretamente pela pessoa (física ou jurídica) representante, nada mais natural que lhe conceda, igualmente, a oportunidade de investigar, em procedimento interno, a suficiência daquele acervo informativo para subsidiar, eventualmente, uma acusação penal. Desta forma, resta assegurada, a um só tempo, o não oferecimento de peça acusatória açodada e temerária, assim com a incorrência de provável “eternização” da apuração dos fatos pela Polícia Judiciária⁷⁶.

Tem-se, também, a tese de que se o membro do Ministério Público pudesse fazer investigações preliminares, agiria de forma tendenciosa, ou seja, realizaria as investigações somente buscando provas que fossem positivas para a acusação. Ora, cai por terra tal afirmação quando pensamos no desejo de se atuar com a devida justiça.

O *Parquet* não inicia uma investigação porque quer punir alguém e sim em função de que teve ciência de um fato típico. E outra, não há razões para se

⁷⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Investigação Pelo Ministério Público**. p. 16-17. Disponível em: <http://2ccr.mpf.gov.br>. Acesso em: 07 out. 2008.

⁷⁵ Dispõe a Constituição Federal de 1988:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”

⁷⁶ KAC, Marcos. **O Ministério Público na Investigação Penal Preliminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 187.

acreditar que a Polícia seja mais imparcial do que o Ministério Público, uma vez que ambos possuem o interesse na elucidação de delitos criminosos e na promoção da ordem pública.

A aplicação da lei penal e processual penal tem por escopo oferecer solução para as condutas desviantes, sempre tipificadas, atentatórias aos valores e bens reconhecidos pela normatividade constitucional, que dão base à organização social. A paz social fica, em grande parte, dependente da eficiência e eficácia dos métodos postos em prática pela estrutura estatal⁷⁷.

Contudo, apesar de existirem inúmeras divergências entre os doutrinadores, bem como na jurisprudência⁷⁸, acerca na investigação direta pelo Ministério Público, o que não se tem, efetivamente, é uma previsão/definição em lei de como será feita essa investigação, e, segundo Aury Lopes Júnior, esse é o maior problema.⁷⁹

Esperava-se que com o PLS 156/09 viesse à tona a discussão referente a investigação pelo Ministério Público, porém o legislador limitou-se a estabelecer, em seu artigo 18, § 2º, que *“a atribuição definida à polícia judiciária para a apuração das infrações e suas autorias, não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”*. Dessa forma, pode-se dizer que não há qualquer disposição, *“ainda que de forma mínima e em linhas gerais, sobre a investigação criminal realizada pelo Ministério Público, tema de recorrentes discussões, e que, inclusive, o STF já reconheceu sua repercussão geral (RE nº 593727)”*⁸⁰.

⁷⁷ CLEVE, Clémerson Merlin. **Investigação Criminal e Ministério Público**. REDE – Revista Eletrônica do Direito do Estado. p. 05. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/>>. Acesso em: 07 out. 2008.

⁷⁸ Importante destacar que o Supremo Tribunal Federal já firmou posições acerca da legitimidade do Ministério Público atuar frente às investigações criminais, porém o que se aguarda, com certa ansiedade, é o julgamento do HC 84548, no qual o Plenário da Suprema Corte consolidará posição acerca da (in) constitucionalidade da matéria.

⁷⁹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 261.

⁸⁰ ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **A Investigação criminal no PL 156/09** in Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 217, p. 08, dez., 2010.

CAPÍTULO II

SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E O JUIZ DAS GARANTIAS

2.1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

De acordo com Paulo Rangel, é com base no momento político de cada Estado que se apresenta o sistema processual penal adequado, com o devido conjunto de princípios e regras que serão as diretrizes para a aplicação do direito penal em cada caso concreto.

Os sistemas processuais penais dividem-se em três: inquisitório, acusatório e misto. Salienta Paulo Rangel que:

O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo, que deve se revestir, em princípio, de duas formas: a inquisitiva e a acusatória. Em um Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório e a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado. A contrario sensu, no Estado totalitário, em que a repressão é a mola mestra e há supressão dos direitos e garantias individuais, o sistema inquisitivo encontra sua guarida.⁸¹

Para melhor compreensão dos sistemas processuais acima apontados, passaremos a análise individualizada de cada um, demonstrando suas características peculiares, bem como as principais discussões existentes atualmente.

2.1.1 Sistema Inquisitório

Conforme explica Salo de Carvalho, a fase inquisitorial inicia com os Concílios de Verona, em 1884, e no IV Concílio de Latrão⁸²:

⁸¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 41.

⁸² O IV Concílio de Latrão, convocado em 1215, pelo Papa Inocêncio III, prescreveu que os condenados por heresia deviam ser entregues às autoridades para serem castigados. Uma das deliberações do Concílio foi a condenação de todos os hereges. Ainda, os que ajudavam e defendiam

Sob o signo da intolerância e mascarada pela sacralização, a fase inquisitorial que se inicia com os Concílios de Verona (1184) e Latrão (1215) e que ganha subsistência com as Bulas Papais de Gregório IX (1232) e Inocêncio IV (1252), somente receberá incisiva crítica e reconhecida deslegitimação ao final do século XVII e início do século XVIII, quando a casta intelectual teórica e prática estrutura uma abordagem desqualificadora do aparato gótico. No entanto, embora as práticas inquisitoriais sejam formalmente erradicadas no século XIX, quando os Tribunais do Santo Ofício são definitivamente abolidos em Portugal (1821) e Espanha (1834), sua matriz material e ideológica predominará na legislação laica, orientando a tessitura dos sistemas penais da modernidade.⁸³

O sistema inquisitório tem como característica principal a reunião de funções, em uma só pessoa, de acusar, defender e julgar. Quer dizer, um único sujeito (ou órgão) atua de ofício, sem qualquer provocação de terceiros, combinando todas essas funções, possuindo amplos poderes em todas as fases do processo.⁸⁴ Assim ensina Nereu José Giacomolli:

Nesse modelo inquisitorial, o juiz, senhor, o todo poderoso, representante divino ou dos aristocratas e monarcas contemporâneos, um ser intocável, insuspeito, ungido contra qualquer voz crítica, um ser acima dos demais agentes processuais, com mais poderes, inclusive probatórios, que as próprias partes. Por isso, há justificativa, nesse modelo, para que o mesmo sujeito seja magistrado, acusado e defensor, concomitantemente.⁸⁵

Conforme Luigi Ferrajoli, “o rito inquisitório exige um juiz ator, representante do interesse punitivo e por isso leguleio, versado nos procedimentos e dotado de capacidade investigativa”⁸⁶. Neste sistema, é o juiz “quem recolhe as provas e quem, ao final, profere a decisão, podendo, no curso do processo, submeter o acusado a

hereses eram excomungados. Como estes, não poderiam exercer cargos públicos, receber os sacramentos, sepultura cristã ou heranças. Cf. AUXILIADORA, Jackeline; ANDRADE, Leilane; CRUZ, Luis Carlos. **As heresias medievais**. Disponível em: http://linux.alfamaweb.com.br/sgw/downloads/142_105023_AsHeresiasMedievais.pdf. Acesso em 16 dez. 10.

⁸³ CARVALHO, Salo de. **Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial**. p. 37. Disponível em <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/5183/3898>. Acesso em 10 de dez.10.

⁸⁴ CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: RT, 2007. p. 37.

⁸⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal – considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 6.

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.461

torturas, a fim de obter a rainha das provas: a confissão⁸⁷. Seguindo a mesma linha de raciocínio, escreve Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

no sistema inquisitório, o qual recolhe a prova (antes de qualquer outro) e determina sua produção. Nele, o acusado é mero objeto de investigação e por isso a regra é que seja decretada sua prisão cautelar, ficando, assim, à disposição da instrução enquanto verdadeiro objeto e meio de prova. De certa forma, desaparece o cidadão; ou pode desaparecer.⁸⁸

O sistema processual inquisitório caracteriza-se pela exclusão do contraditório, ausência de ampla defesa e inviabilização da presunção de inocência. A carência de provas e/ou sua dubiedade não geram/geravam absolvição, muito antes pelo contrário, qualquer indício equivale/equivalia a uma espécie de prova e que, provavelmente, acarretaria uma condenação.⁸⁹

No modelo inquisitorial é permitido qualquer meio de prova, inclusive aquelas que, por ventura, tenham sido encontradas através de meios ilícitos. O que se busca neste modelo, portanto, é a verdade real, que, segundo Alexandre Bizotto, Augusto Jobim e Marcos Eberhardt:

foi o processo de acumulação do poder punitivo inquisitorial ou de investigação que ajudou a desenvolver o valor instrumental da verdade (o útil é o verdadeiro), tornando mais do que nunca nebulosa a separação entre verdade e poder. Daí ao rebaixamento do ser humano à categoria de objeto dominado não tardou nada.⁹⁰

Para se chegar à verdade real⁹¹, ou absoluta, tem-se a tortura como o meio mais utilizado. A confissão deve ser alcançada a qualquer custo, não importa como. Nesse sentido, Aury Lopes Jr:

⁸⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 83.

⁸⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

⁸⁹ CARVALHO, Salo de. **Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial**. p. 41. Disponível em <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/5183/3898>. Acesso em 10. dez.10.

⁹⁰ BIZOTTO, Alexandre; JOBIM, Augusto; Eberhardt, Marcos. **Sistema Acusatório: (Apenas) Uma Necessidade do Processo Penal Constitucional**. p. 2. Disponível em <http://www.direitoempresarial.net/Repositorio/Artigos/17.pdf>. Acesso em 13.dez.10.

⁹¹ Para Gilberto Thums, adotar a verdade como princípio processual revela um aspecto de índole tendenciosa do legislador, diante dos contornos imprecisos do conceito. O meio pelo qual se alcança

A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de “verdade real ou absoluta”. Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita e mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir o sistema.⁹²

Logo, a verdade real surgiu junto com o modelo inquisitório, o qual tem por base que é possível reproduzir a verdade absoluta dos fatos⁹³. Por conseguinte, esta descoberta da verdade real seria a única forma de repetir, na justiça dos homens, o perfil de justiça divina, pois ela permitiria afirmar o que realmente aconteceu, assim, para atingi-la, seria válido o emprego de qualquer meio, inclusive a tortura.⁹⁴

Desta forma, em uma visão mais simplista, o sistema inquisitório caracteriza-se, segundo vertente mais propagada, por ser escrito e secreto, havendo impulso oficial e liberdade processual, dando-se grande valor à confissão. Ainda, o sujeito acusado é um mero objeto do processo, não sendo sujeito de direitos, ou seja, inexistente qualquer tipo de relação processual.⁹⁵

Salienta Gilberto Thums que, nos dias de hoje, o sistema inquisitório se apresentar de forma diferente daquela desenhada pela época da Inquisição, que se caracteriza, em linhas gerais, pelo poder do juiz de conduzir a prova.⁹⁶ Projeta, ainda, que em países civilizados tal sistema não existe mais, porém encontra-se

a verdade, segundo os ditames definidos na legislação, representa uma pobreza científica atroz. Cf. THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 197.

⁹² LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 67.

⁹³ Em tempo, sábias são as palavras de Luigi Ferrajoli quando afirma que “a verdade processual fática, da mesma forma que a verdade histórica, em vez de ser predicável em referência direta ao fato julgado, é o resultado de uma ilação dos fatos ‘comprovados’ do passado com os fatos probatórios do presente. Ainda, acrescenta que a ilação – realizada por um historiador, um juiz ou detetive – pode ser representada como uma inferência indutiva que contém nas premissas a descrição do fato que se tem de explicar e as provas praticadas”. Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. 2^a Ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 55.

⁹⁴ BUSATO, Paulo César. **De Magistrados, Inquisidores, Promotores de Justiça e Samambaias**. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um Sistema Acusatório in O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)/ Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, organizadores. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 105.

⁹⁵ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória perante às realidades alemãs e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47.

⁹⁶ THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 211

*“travestido sob o manto de sistema misto ou inquisitório reformado, incorporando algumas conquistas relacionadas aos direitos do acusado, mas conserva o princípio fundante baseado no poder do juiz chegar à verdade”.*⁹⁷

2.1.2 Sistema Acusatório

Atualmente, no direito pátrio, vige o sistema acusatório, constitucionalmente investido no artigo 129, inciso I, da Carta Magna, o qual atribui funções peculiares a cada órgão: a titularidade da acusação é atribuída ao Ministério Público; a defesa, aos defensores e a função de julgar, ao juiz. Conforme ensina Paulo Rangel:

*Sistema acusatório público é aquele em que a imputação penal é feita por órgão distinto do juiz, em regra o Ministério Público, estabelecendo, assim, um actum trium personarum, dando-se ao acusado o status de sujeito de direitos com exercício de ampla defesa e do contraditório e não tratando-o como mero objeto de investigação.*⁹⁸

Para Luigi Ferrajoli, a separação do juiz da acusação é a primeira principal característica do sistema acusatório:

*A separação do juiz da acusação, exigida por nosso axioma A8 e agora indica como primeira garantia orgânica, supõe a configuração do processo como uma relação triangular entre três sujeitos, dos quais duas partes em causa e um terceiro super partes: o acusador, o defensor e o juiz. Essa estrutura triádica forma, como se viu, a primeira característica do processo acusatorio. E é indispensável para que seja garantida a equidistância do juiz em relação aos dois interesses contrapostos – a tutela dos delitos, representada pela acusação e a tutela das punições arbitrárias, representada pela defesa -, que então correspondem aos dois escopos, perfeitamente compatíveis em abstrato mas sempre conflitantes em concreto, que, como já dito, justificam o direito penal.*⁹⁹

Seguindo a mesma linha de raciocínio, temos os ensinamentos de Cristiano Álvares Valladares do Lago:

o sistema acusatório tem suas raízes na Grécia e em Roma, instalado a princípio com base na acusação privada, evoluindo para a acusação oficial - admitindo-se excepcional iniciativa privada ou por qualquer do povo,

⁹⁷ THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 212.

⁹⁸ RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público**: visão crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 197.

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.465

*instalando-se verdadeiro processo de partes, que não pode existir sem a acusação, mantendo o julgador sempre a posição passiva, imparcial, sem iniciativa da ação penal ou dos meios probatórios, assegurando-se a paridade das partes, o contraditório, a ampla defesa, realizando-se o processo sob a forma oral, pública, culminando com julgamento genuinamente popular.*¹⁰⁰

In thesi, tendo em vista as investigações preliminares serem realizadas por órgãos diversos do juiz, a ação pública ser promovida privativamente pelo *Parquet* e a função de julgar ser estritamente direcionada a juízes constitucionalmente investidos, a Constituição Federal assegura o sistema acusatório no processo penal.

Segundo Gilberto Thums, o sistema acusatório caracteriza-se por colocar a pretensão acusatória na mão das partes. Salaria que pode não ser o melhor sistema quando estivermos diante da eficácia da persecução penal, mas pela busca da dignidade da pessoa humana, esta é a melhor opção.¹⁰¹

Nesse contexto, aparece o princípio do Juiz Natural, o qual embasa a ideia de que o juiz deve ocupar uma posição equilibrada durante o processo, sobretudo no tocante à sua imparcialidade, cujas partes devem sentir segurança quanto ao fato de o juiz não ter aderido a priori a uma das alternativas de explicação que autor e réu reciprocamente contrapõem durante o processo¹⁰². A preservação da imparcialidade do magistrado para tomar decisões é uma razão importante para ter sido adotado tal sistema, sendo que aqui se “*exige um juiz espectador, e não um juiz ator (típico do modelo inquisitório)*”¹⁰³.

É justamente para preservar essa imparcialidade, ou seja, manter o juiz no centro do processo, que existe a parte autônoma no modelo acusatório com a função de “acusar”, que no nosso sistema é realizado pelo órgão do Ministério Público. Conforme Julio Maier:

¹⁰⁰ LAGO, Cristiano Álvares Valladares. **Sistemas Processuais Penais**. Disponível em http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_30005.pdf. Acesso em 08 fev.11.

¹⁰¹ THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 242/243.

¹⁰² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das Leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 109.

¹⁰³ LOPES, Aury Jr. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2006. p. 17.

Una característica clave del sistema acusatorio es la división de poderes ejercidos en el proceso, en primer lugar, el acusador, que persigue y ejerce el poder de requirente, por el otro, el acusado, que puede resistir la imputación, el ejercicio del derecho de defensa y, por último, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir.¹⁰⁴

Esse é o entendimento, também, de Geraldo Prado:

Por isso, a acusatoriedade real depende da imparcialidade do julgador, que não se apresenta meramente por se lhe negar, sem qualquer razão, a possibilidade de também acusar, mas, principalmente por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, eqüidistante.¹⁰⁵

Na mesma acepção, temos a doutrina de Gilberto Thums:

Se há um órgão estatal, organizado e estruturado por lei, em quando de carreira, com atribuição exclusiva de promover a ação penal pública, está proibido o juiz de assumir o papel de acusador. O interesse público do processo no que diz respeito à acusação esgota-se na atuação do Ministério Público. O juiz deve decidir com base nas provas produzidas pelas partes. A pretensão acusatória e seus limites pertencem à parte autora.¹⁰⁶

O processo acusatório visa pelo menos a uma “verdade” embasada na probabilidade e na convicção do juiz, desta forma, necessita, assim, da instrução probatória, para o fim de poder o magistrado, reconstruir e buscar na instrução criminal elementos sobre o fato concreto ocorrido, para depois sopesar a prova e chegar à decisão final.¹⁰⁷

Mais, de acordo com Ada Pellegrini Grinover, o novo modelo acusatório ibero-americano importa, fundamentalmente, em uma instrução processual penal informada pelos seguintes corolários: a) os elementos informativos colhidos na fase investigativa, prévia ao processo, servem exclusivamente para a formação da *opinio delicti* do acusado, a ser aferida pelo juiz, não podendo ingressar nos autos e ser valorados como provas (salvo as provas antecipadas, de natureza cautelar, que

¹⁰⁴ MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l, 2004, p. 444.

¹⁰⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**, 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.108.

¹⁰⁶ THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 252.

¹⁰⁷ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastrí. **O processo acusatório e a vedação probatória perante às realidades alemãs e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 53.

serão submetidas ao contraditório posterior); b) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão ou pessoa diversa do juiz (o que corresponde ao aforismo romano *nemo in iudicio tradetur sine accusatione*); c) todo o processo há de desenvolver-se em contraditório, perante o juiz natural.¹⁰⁸

Ainda, para a configuração do sistema acusatório dentro de um ordenamento jurídico é de extrema importância que esse esteja em conformidade com os princípios democráticos que “*servem a demarcar o referido modelo, tais como os princípios da oralidade, da publicidade e do contraditório*”¹⁰⁹.

Conforme leciona Charles Emil Machado Martins, o sistema acusatório possui como características essenciais a “*fiel observância dos princípios da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, que no Brasil ganharam status de Direito Fundamental, porquanto consagrados no artigo 5º da CF/88*”¹¹⁰.

A oralidade como característica do sistema acusatório, segundo Geraldo Prado, tem a ver com o fato de que a aplicação e interpretação efetivas das regras jurídicas aos casos concretos não abrangem toda a atividade intelectual do juiz quando sentencia, acrescentando que “*os que conhecem a atividade de decidir têm clara a ideia de que a valoração dos fatos pelo juiz não se expressa de forma completa na sentença*”.¹¹¹

Já o princípio da publicidade, segundo Eliana Pacheco, visa garantir a transparência da justiça, a imparcialidade e a responsabilidade do juiz. Quer dizer, por exemplo, a possibilidade de qualquer indivíduo verificar os autos de um processo

¹⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A instrução Processual Penal em Ibero-América**. São Paulo, 2004, p. 5. Disponível em <http://ijj.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/ijj/ponencias%20300104/mesa4/100s.pdf>. Acesso em: 11.12.10.

¹⁰⁹ LAGO, Cristiano Álvares Valladares. **Sistemas Processuais Penais**. Disponível em http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_30005.pdf. Acesso em 08.fev.11.

¹¹⁰ MARTINS, Charles Emil Machado. **A reforma e o “poder instrutório do Juiz”**. *Será que somos medievais?* In CALLEGARI, Andre Luis; WEDY, Miguel Tedesco [orgs]. **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 12.

¹¹¹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**, 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.155.

e de estar presente em audiência revela-se como um instrumento de fiscalização dos trabalhos dos operadores do Direito.¹¹²

Para Gilberto Thums, um sistema acusatório moderno é estruturado a partir de Poder Judiciário independente, inerte, só decidindo quando provocado, e com juízes comprometidos com o sistema de garantias reconhecidos na Constituição Federal e em Pactos e Convenções internacionais. Salienta, ainda, que um sistema acusatório moderno é dotado de um Ministério Público independente e com as mesmas prerrogativas da Magistratura.¹¹³

2.1.3 Sistema Misto

O sistema misto, também conhecido como sistema acusatório formal, é, de acordo com alguns doutrinadores, o que rege o nosso sistema processual penal, uma vez que possuímos uma fase preliminar inquisitória, de investigação criminal, e outra fase judicial, acusatória, amparada pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, conforme explica Cristiano Valladares Lago:

Em síntese, o que distingue o sistema acusatório do inquisitivo é basicamente a circunstância de que, no primeiro, as três funções processuais (de acusar, defender e julgar) estão atribuídas a três órgãos diferentes (acusador, defensor e juiz), enquanto que, no segundo, as três funções processuais estão confiadas ao mesmo órgão (o inquisidor), este que deve proceder espontaneamente a suprir as necessidades da defesa, sendo o réu tratado como objeto do processo e não como sujeito, nada podendo exigir. Já o sistema misto é em verdade uma combinação entre os dois outros sistemas processuais, adotando uma instrução inquisitória e julgamento acusatório.¹¹⁴

De acordo com o Aury Lopes Jr, o modelo Francês, por ser o pioneiro ao cindir as fases de investigação e juízo, foi o primeiro a adotar o sistema misto, no *Code*

¹¹² PACHECO, Eliana D. **Princípios norteadores do Direito Processual Penal**. Disponível em <http://www.webartigos.com/articles/9154/1/Principios-Norteadores-Do-Direito-Processo-Penal/pagina1.html>. Acesso em 10 fev. 11.

¹¹³ THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 262.

¹¹⁴ LAGO, Cristiano Álvares Valladares. **Sistemas Processuais Penais**. Disponível em http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_30005.pdf. Acesso em 08.fev.11.

d'Instruction Criminelle de 1808 e, atualmente, tal modelo é o mais utilizado no mundo inteiro.¹¹⁵

O autor antes referido sustenta duas razões críticas pelas quais entende não existir a adoção do sistema misto no Brasil, quais sejam: (i) o sistema misto não possui um núcleo fundante, já que os sistemas realmente puros são tipos históricos; e (ii) a separação das atividades de julgar e acusar não são núcleos fundantes dos sistemas, motivo pela qual, insuficiente para a sua caracterização.¹¹⁶

Para se estabelecer qual sistema rege um ordenamento é necessário buscar um princípio unificador (no inquisitório, rege o princípio inquisitivo: a gesta da prova está nas mãos do julgador; no acusatório, rege o princípio dispositivo: a gestão da prova esta na mãos das partes), o que, de fato, não se encontra dentro do sistema misto, conforme Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

*o dito sistema misto é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), com algo (características secundárias) proveniente do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório.*¹¹⁷

Chega-se a conclusão de que o Código de Processo Penal de 1941 possui uma matriz inquisitória, já que é regido pelo princípio inquisitivo, uma vez que a gestão da prova se encontra, em grande parte, nas mãos do juiz.¹¹⁸

¹¹⁵ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 68.

¹¹⁶ Idem, p.70.

¹¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [coord]. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro:Renovar, 2001, p. 11.

¹¹⁸ Encontramos, dentro do nosso código processual penal, em diversos artigos, a atuação probatória do juiz, como, por exemplo, no artigo 212 e artigo 156 do referido diploma legal, vejamos:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

É preciso, portanto, que a estrutura do Código de Processual Penal brasileiro seja revista, de forma a condizer com o sistema acusatório adotado pela nossa Carta Magna. Os Tribunais já estão decidindo desta forma, conforme se vislumbra no julgado a seguir, decisão da Quinta Câmara Criminal do TJRS, de relatoria do Desembargador Amilton Bueno de Carvalho:

*ATENTADOS AO PUDOR CONTINUADOS. SISTEMA ACUSATÓRIO. GESTÃO DA PROVA. TESTEMUNHA OUVIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ. NULIDADE. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. 1. A **oficiosidade do Juiz na produção de prova, mesmo que sob a escusa da pretensa busca da verdade real, é procedimento eminentemente inquisitório e que agride o critério basilar do Sistema Acusatório: a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa. Precedentes da Câmara. 2. A condenação só pode emergir da convicção plena do julgador sua base ética indeclinável. A prova controversa, insegura e que não afasta todas as dúvidas possíveis enseja um desate favorável ao acusado, em homenagem ao consagrado princípio in dubio pro reo. Deram provimento ao apelo. UNÂNIME.** ¹¹⁹*

Mais, no que se refere a fase de investigação preliminar, convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação.¹²⁰ É nesse sentido, também, a conclusão de Cristiano Valladares do Lago:

*Como já foi dito, em verdade, o inquérito há de ser considerado como um mero procedimento administrativo investigatório prévio, destinado a fornecer lastro probatório suficiente à propositura da ação penal, insubsistindo nele, inclusive, qualquer participação efetiva do julgador. Ademais, como se sabe, o inquérito policial é até mesmo dispensável (arts. 39, § 5º, e 46, § 1º do CPP), sempre que se obtenha, por qualquer outro meio, suporte probatório mínimo para a ação penal. Portanto, permissa venia, a existência e adoção do Inquérito Policial na sistemática processual penal brasileira não serve para abalizar a opinião no sentido de que adotamos no Brasil um sistema processual misto.*¹²¹

II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

¹¹⁹ Apelação Crime Nº 70026105965, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 17/09/2008.

¹²⁰ PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 13 ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p.13.

¹²¹ LAGO, Cristiano Álvares Valladares. **Sistemas Processuais Penais**. Disponível em http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_30005.pdf. Acesso em 08.fev.11.

Segundo os críticos, entre eles Aury Lopes Jr. e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, chamar o atual sistema processual penal brasileiro de misto não passa de uma falácia, uma vez que, como visto, ele não possui um princípio unificador próprio. Segundo eles, o que temos, atualmente, é um sistema inquisitório com resquícios acusatórios, o “*que é tudo o que não se quer com o atual nível de evolução civilizatória do processo penal*”¹²².

2.2 O JUIZ DAS GARANTIAS E SUAS FINALIDADES

2.2.1 Conceito - O que é o Juiz das Garantias?

Antes de adentrarmos no conceito específico do Juiz das Garantias, interessante é questionarmos: diante do atual Estado Democrático de Direito, qual é o papel do juiz ante a investigação penal preliminar?

Dentro do processo penal, o juiz assume uma importante missão: proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, agindo de acordo com os preceitos constitucionais. Nessa perspectiva, o juiz assume a importante função de garantidor, conforme explica Aury Lopes Júnior:

*O juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, não podendo ficar inerte ante as violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como no superado modelo positivista. O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo, reparar as injustiças cometidas e absolver quando não existirem provas plenas e legais (atendendo ao princípio da verdade formal).*¹²³

Ainda, segundo Luigi Ferrajoli:

¹²² LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p.75.

¹²³ LOPES, Aury Jr. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2006, p. 15.

A função de garantia do direito resulta atualmente possível por sua específica complexidade de sua estrutura formal, que nos ordenamentos com uma constituição rígida, se caracteriza por uma dupla artificialidade; é decidir, já não só pelo caráter positivo das normas produzidas, como na característica específica do positivismo jurídico, como também por sua sujeição ao direito, que é a característica específica do estado constitucional de direito, em que a mesma produção jurídica se encontra disciplinada por normas, tanto formais como substanciais, de direito positivo.¹²⁴

Então, chega-se à conclusão de que a função do juiz no processo penal é atuar como garantidor dos direitos do acusado, inclusive na fase pré-processual, tendo em vista que o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Marcellus Polastri Lima:

A função do juiz é justamente de ser o garantidor dos direitos fundamentais do sujeito passivo, passando a intervir se for violado algum direito constitucional do mesmo, através de mecanismos como o habeas corpus e o mandando de segurança, devendo, no mais, exercer o controle formal da prisão em flagrante e autorizar cautelares, como prisão preventiva, prisão temporária, busca e apreensão, interceptação telefônica, etc.¹²⁵

Além de atuar na salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos, o juiz, ao tomar qualquer decisão, precisa respeitar princípios constitucionalmente investidos, como, por exemplo, o do devido processo legal, o qual, atualmente, é visto por grande parte da doutrina como “*um princípio fundamental, ou seja, sobre ele repousam todos os demais princípios constitucionais, um super princípio*”¹²⁶.

Para Ada Pellegrini Grinover, a mais importante garantia do devido processo legal é a imparcialidade do juiz.¹²⁷ O princípio da imparcialidade do juiz (que será analisado mais especificamente no próximo tópico do presente trabalho) é o que promoveu a mobilização dos países democráticos a inserir dentro de seus

¹²⁴FERRAJOLI, Luigi. **El derecho como sistema de garantías**. Disponível em: http://dialnet.unirioja.es/servlet/dfichero_articulo?codigo=2551827&orden=0. Acesso em: 15.12.10.

¹²⁵POLASTRI LIMA, Marcellus. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 128.

¹²⁶SANTOS, Fernando dos. **A Garantia Constitucional de Devido Processo Legal**. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/29833>. Acesso em 14 de fev de 2011.

¹²⁷GRINOVER, Ada Pellegrini. **Que juiz inquisidor é esse?**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.30, p. 01, jun. 1995.

ordenamentos jurídicos, a figura de um juiz específico para atuar nas fases de investigações.

Ou seja, independente do modelo processual peculiar de cada país, o foco principal para adoção de um juiz (Juiz das Garantias, ou qualquer outra nomenclatura que o caracterize) específico para atuar nas investigações é o mesmo: “juiz que investiga ou que monitora a investigação não pode julgar”¹²⁸. Aos moldes, temos os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover:

*Durante a investigação, o juiz do processo acusatório tem apenas a função de determinar providências cautelares. Por isso, é oportuno que o juiz da investigação prévia (a cargo do Ministério Público e/ou da polícia judiciária) seja diverso do juiz do processo.*¹²⁹

Pode-se dizer, portanto, que o Juiz das Garantias é um terceiro imparcial que atua somente na fase pré-processual, e, conforme Pedro J. Bertolino, a finalidade deste magistrado é de conferir o mais alto grau de garantismo, presente em todas as etapas da investigação preliminar.¹³⁰

2.2.2 Princípio da Imparcialidade do Juiz

O juiz, como órgão supraordenado às partes ativa e passiva, representa o papel que o Estado ocupa no processo, e, deste viés, é que surge o princípio da imparcialidade.¹³¹ São estes os ensinamentos de Denise Neves Abade:

Em relação à imparcialidade, a partir do desenvolvimento do conceito de igualdade jurídica (“todos são iguais perante a lei”), bem como da visão que

¹²⁸ GOMES, Luiz Flávio. **O Juiz de (das) Garantias Projetado pelo Novo Código de Processo Penal.** Disponível em

http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6699/O_Juiz_de_das_Garantias_Projetado_pelo_Novo_Codigo_de_Processo_Penal. Acesso em 14. de fev. de 2011.

¹²⁹ GRINÓVER, Ada Pelegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório.** Disponível na internet: www.ibccrim.org.br. Acesso em 14 de fev. de 2011.

¹³⁰ BERTOLINO, Pedro J. **El juez de garantías – en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.** Buenos Aires: Depalma, 2000. p. 7.

¹³¹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 131.

se encontra delineada contemporaneamente sobre a ação e o processo, verifica-se que o juiz constitui um órgão *super et inter partes*.¹³²

Em uma sociedade pluralista e conflituosa, uma legitimação majoritária do poder judicial corre sempre o risco de imprimir ao juízo uma conotação de parcialidade e de introduzir a uma lógica fundada nos valores "amigo/inimigo" em contraste com o requisito da imparcialidade exigido pela atividade jurisdicional.¹³³

Ainda, Antonio Scarance Fernandes, quando escreve acerca da garantia do Juiz Natural, acrescenta que *“com essa garantia busca-se assegurar a imparcialidade de quem é incumbido de julgar a causa – vista não como atributo do juiz, mas como pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional”*¹³⁴.

Não é por nada que os autores reiteram que o ofício/atuação do juiz deve ser imparcial e encaminhado somente ao esclarecimento da verdade¹³⁵. Julio Maier quando escreve sobre o assunto refere que a palavra “juiz” não se compreende, ao menos no sentido moderno da expressão, sem o adjetivo “imparcial”. Quer dizer o autor que o adjetivo “imparcial” integra hoje, de um ponto de vista material, o conceito “juiz”, quando se refere à descrição da atividade concreta que é encomendada a quem julga e não tão somente as condições formais que, para cumprir essa função pública, o cargo – permanente ou acidentalmente – requer.¹³⁶

Ainda, esse princípio é garantido pelo modelo acusatório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da

¹³² ABADE, Denise Neves. **Garantias do Processo Penal Acusatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.145.

¹³³ FERRAJOLI, Luigi. **Justicia penal y democracia. El contexto extra-procesal**. Disponível em http://dialnet.unirioja.es/servlet/dfichero_articulo?codigo=2530059&orden=0. Acesso em 16 de fev. de 2011.

¹³⁴ SCARANCE, Antonio Fernandes. **Processo Penal Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.123.

¹³⁵ ALONSO, Romero; PAZ, Maria. **El proceso penal em Castilla (Siglos XIII al XV)**. Ediciones Univeridad de Salamanca: Salamanca (España), 1982, p.192.

¹³⁶ MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l, 2004, p. 739.

atividade instrutória/investigatória, razão pela qual tal imparcialidade é sacrificada no sistema inquisitório.¹³⁷ Assim, André Machado Maya preconiza:

A noção de imparcialidade, pois, guarda estreita relação com a ideia de um processo penal acusatório, democrático, em que as funções de acusar e julgar são distribuídas a sujeitos diferentes, competindo ao magistrado zelar pela estrita observância do devido processo legal e dos demais direitos fundamentais dos acusados, com o que estará conferindo, ao final, legitimidade ao exercício da potestade punitiva do Estado¹³⁸.

Bruno Calabrich sustenta que *“reconhecer ao juiz qualquer espécie de poder instrutório – seja no processo, seja na fase pré-processual – é ferir de morte sua imparcialidade”¹³⁹*. Acrescenta, nesse diapasão, Nereu José Giacomolli que *“a iniciativa probatória pertence às partes e o juiz, enquanto tal, é um terceiro imparcial, motivo por que não é função sua a proposição de meios de prova, nem de forma subsidiária”¹⁴⁰*.

O direito de acesso à Justiça é o direito a um julgamento por um juiz imparcial, ou seja, um juiz equidistante das partes e dos interesses a ele submetidos, que vai examinar a postulação que lhe foi dirigida no intuito exclusivo de proteger o interesse de quem tiver razão, de acordo com a lei e as demais normas que disciplinem essa relação jurídica.¹⁴¹ Nesse sentido, Marcellus Polastri Lima:

sendo evidente que não se admite um juiz parcial, tendo que ser o juiz imparcial e independente, sem sofrer coações e influências políticas, e sem ser ligado por qualquer tipo de relação afetiva ou de outro tipo no que diz respeito às partes.¹⁴²

¹³⁷ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 131.

¹³⁸ MAYA, André Machado. Impedimento, suspeição e imparcialidade: algumas linhas sobre as regras processuais de proteção ao direito de ser julgado por um juiz imparcial *in* FAYET, Ney Júnior, MAYA, André Machado [org.]. **Ciências Penais: perspectivas e tendências da contemporaneidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p.129.

¹³⁹ CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: RT, 2007. p. 155.

¹⁴⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **Atividade do juiz criminal frente à Constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório** *in* GAUER, Ruth Maria Chittó [org.]. **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.224

¹⁴¹ GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. <https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1/2>. Acesso em 15.dez.10.

¹⁴² POLASTRI, Marcellus Lima. **Curso de Processo Penal**. Vol I. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2006, p. 46

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Welton Roberto:

Nossa Carta Magna consolidou posicionamento firme e inexorável: que todo acusado tenha o direito a um julgamento justo, assegurando-lhe a plenitude da defesa e um procedimento devido, marcado sob o crivo do contraditório. Não obstante, essas garantias de nada serviriam se o julgador não estivesse envolto da imparcialidade necessária para aplicar tais institutos. A imparcialidade, então, deve ser ínsita do poder jurisdicional, seja ele emanado do poder judicante do magistrado togado, seja ele emanado do povo no momento do julgamento pelo Júri Popular.¹⁴³

A relevância de ser imparcial é de extrema seriedade para “um processo penal efetivamente democrático e garantidor”¹⁴⁴, que, para tanto, se exige uma postura ética do juiz frente a diversas situações. Não é para menos, que, no nosso Código de processo penal, bem como os de outros diversos países, possuem positivadas regras de suspeição e impedimento do juiz, o qual, se sentindo “contaminado” com qualquer das causas estabelecidas nos artigos 252 a 256 do CPP, deverá postular pelo seu afastamento. Seguem os ensinamentos de Geraldo Prado acerca do assunto:

A rigor, a imparcialidade do juiz é vista de dois parâmetros: há os casos de impedimento, pelos quais se objetiva excluir o juiz que possa ter interesse no resultado da causa; e existem as hipóteses de suspeição, normalmente voltadas a permitir a substituição do juiz interessado nas partes. De modo geral, as questões que envolvem o primeiro conjunto – causas de impedimento – são impessoais, mas guardam certo vínculo direto com a pessoa do magistrado, enquanto as causas de suspeição são dotadas de caráter predominantemente pessoal (ex. da primeira: ter o juiz funcionado anteriormente, no mesmo processo, como perito; da segunda: ser o juiz amigo pessoal da vítima).¹⁴⁵

O direito fundamental de se ter acesso a um juiz imparcial, aponta imediatamente a certeza de que o juiz não se encontra em nenhuma das situações que permite se pensar ao contrário. Por isso, quando a lei enumera circunstâncias que poderá o juiz perder a idoneidade para exercer a função em um caso determinado, e ordena que o mesmo deixe o processo, se esta presumindo e

¹⁴³ ROBERTO, Welton. **A influência dos meios de comunicação na imparcialidade dos jurados**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.142, p. 7-9, set. 2004.

¹⁴⁴ MAYA, André Machado. **Impedimento, suspeição e imparcialidade: algumas linhas sobre as regras processuais de proteção ao direito de ser julgado por um juiz imparcial** in FAYET, Ney Júnior, MAYA, André Machado [org.]. **Ciências Penais: perspectivas e tendências da contemporaneidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p.129.

¹⁴⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**, 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.109.

declarando, sem necessidade de provar, que ele não é um juiz imparcial.¹⁴⁶ As lições não se esgotam, conforme Alexandre Magno Alves:

O princípio da imparcialidade informa ao magistrado o posicionamento eqüitativo entre as partes e superior a elas, no que diz respeito a não lançar juízo de valor sobre o bem da vida pleiteado, antes do juízo de sentença (ou de verossimilhança) no processo, tão somente lançando mão para a instrução processual de seus poderes mediante o devido processo legal e em atenção às garantias processuais das partes. Por razão minimamente de coerência, nenhuma substância de justiça poderia conter uma decisão que fosse oriunda de um juiz que tivesse interesse pessoal na causa, ou que, por exemplo, fosse maculado notoriamente de um preconceito prejudicial ao processamento do feito.¹⁴⁷

Tão importante é a imparcialidade do juiz que o Pacto San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁴⁸) estabeleceu, em seu artigo 8º, ao tratar das garantias judiciais, que *“toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial...”*¹⁴⁹.

2.2.3 Princípio da Neutralidade do Juiz

Muita confusão existe na doutrina quando se trata da imparcialidade e neutralidade do juiz. Ambos os princípios não se confundem, motivo pelo qual faremos uma breve explanação acerca do princípio da neutralidade, para que possamos entender a diferença entre eles.

Sustenta Caio Henrique Lopes Ramiro, que:

¹⁴⁶ ORTIZ, Maria Isabel Valldecabres. **Imparcialidad del juez y medios de comunicacion**. Valencia: Tirant lo Blanch y Universitat de Valencia, 2004, p. 33.

¹⁴⁷ ALVES, Alexandre Magno Vasconcelos. **A imparcialidade do juiz**. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21162/imparcialidade_juiz.pdf?sequence=1. Acesso em 18 de fev. de 2011.

¹⁴⁸ A Convenção Interamericana, assinada em San Jose, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor em 18 de julho de 1978 cf CHOUKR, Fauzi. **Temas de Direito e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 18.

¹⁴⁹ O item 1, do artigo 8º (garantias judiciais), estabelece, na íntegra, que: Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O princípio da imparcialidade do juiz, ou mesmo, a imparcialidade como é entendida, ou melhor, pretendida, como idéia de um técnico conhecedor do ordenamento jurídico e neutro na realização de todos os seus atos, não pode ser confundida com a neutralidade absoluta, ou seja, não pode ser confundida com uma neutralidade axiológica total.¹⁵⁰

Como visto no tópico anterior, a imparcialidade diz respeito ao fato do magistrado não possuir qualquer vínculo objetivo com os fatos do processo, quer dizer, ele deve ser um terceiro equidistante, que somente observa as provas produzidas pelas partes, e que julgará da melhor forma, de acordo com o que lhe for apresentado, respeitando sempre as garantias constitucionais.

Diferente é a neutralidade do juiz. Esse princípio tem a finalidade de buscar um juiz que não se deixe influenciar pelos seus valores ou pela experiência de vida pessoal, um magistrado totalmente neutro. O que, diga-se de passagem, é impossível crer, já que o magistrado também é um ser humano, que age, pensa e sofre influências pela sociedade na qual vive, conforme se vislumbra na doutrina de Alexandre Bizotto, Augusto Jobim e Marcos Eberhardt:

Todo ser humano é tocado e sensibilizado pelas circunstâncias sociais e, nesta perspectiva, exige-se do magistrado uma postura engajada ideologicamente (ciente dos mecanismos ideológicos), aliada a uma visão transdisciplinar do direito para compreender, sentir e mitigar as conseqüências das mazelas sociais, colocando-se na posição de dique aos avanços estatais punitivos.¹⁵¹

Nas palavras de Aury Lopes Jr., juiz neutro não existe:

Desde logo, reforçamos que imparcialidade não tem absolutamente nada a ver com neutralidade, pois juiz neutro não existe. Pelo fato de o juiz ser-no-mundo, bem como já ter sido superada a noção cartesiana (que separava razão da emoção, dicotomizando sujeito e objeto), não se questiona mais que o ato de julgar reflete um sentimento, uma eleição de significados válidos na norma e das teses apresentadas. Basta recordar que sentenciar vem de sententiando, gerúndio do verbo sentire. Logo, existe um

¹⁵⁰ RAMIRO, Caio Henrique Lopes. **Imparcialidade e neutralidade: identidade?** Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná – n. 1 – Jan/Jul 2008. Acesso em 19 de fev. de 2011.

¹⁵¹ BIZOTTO, Alexandre; JOBIM, Augusto; Eberhardt, Marcos. **Sistema Acusatório: (Apenas) Uma Necessidade do Processo Penal Constitucional**, p. 9. Disponível em <http://www.direitoempresarial.net/Repositorio/Artigos/17.pdf>. Acesso em 13.dez.10.

conjunto de fatores psicológicos que afetam o ato de julgar e que impedem qualquer construção que envolva a “neutralidade”¹⁵².

Como bem salienta Rodolfo Pamplona Filho, não é possível que um ser humano consiga “*abstrair totalmente os seus traumas, complexos, paixões e crenças (sejam ideológicas, filosóficas ou espirituais) no desempenho de suas atividades cotidianas*”¹⁵³. Acrescenta ainda, que “*a manifestação de sentimentos é uma dos aspectos fundamentais que diferencia a própria condição de ente humano em relação ao frio “raciocínio” das máquinas computadorizadas*”.

Desta forma, “*não pode mais prosperar esse mito de que todo juiz é neutro*”¹⁵⁴, muito pelo contrário:

*O juiz tem, sim, um engajamento axiológico, acredita em algo, tem princípios, é um cientista; sendo assim, suas decisões são motivadas por aquilo em que acredita, por toda sua experiência profissional e de vida, portanto, a atividade do julgador tem um engajamento ideológico, mesmo sendo considerada por muitos que desejam a manutenção do “status quo”, uma atividade neutra, em que o julgador não pode levar em consideração os fatos sociais de sua época e demonstrar valores na motivação de sua sentença.*¹⁵⁵

No mesmo sentido, esclarece Maciel Colli:

*O juiz, em um sistema processual onde presentes e respeitadas as garantias constitucionais, apesar de buscar na imparcialidade e no controle de racionalidade - residente no seu consciente - parâmetros de validade e legitimidade de suas decisões, por mais que peje para rebentar as amarras que o ligam ao inconsciente, profere suas decisões eivadas de carga emotiva e valorativa.*¹⁵⁶

¹⁵² LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 429.

¹⁵³ PAMPLONA, Rodolfo Filho. **O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social**. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2052/o-mito-da-neutralidade-do-juiz-como-elemento-de-seu-papel-social>. Acesso em 18 de fev de 2011.

¹⁵⁴ RAMIRO, Caio Henrique Lopes. **Imparcialidade e neutralidade: identidade?** Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná – n. 1 – Jan/Jul 2008. Acesso em 19 de fev de 2011.

¹⁵⁵ RAMIRO, Caio Henrique Lopes. **Imparcialidade e neutralidade: identidade?** Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná – n. 1 – Jan/Jul 2008. Acesso em 19 de fev de 2011.

¹⁵⁶ COLLI, Maciel. **“Decisão Judicial, influência do inconsciente e ilusão de neutralidade da prestação Jurisdicional”**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 19 fev. 2011.

Destarte, há que se dizer que o juiz não é um ser neutro, mas sim deve ser imparcial, uma vez que não há como exigir do magistrado que se dispa das suas preconceções e preconceitos. Ele deve apreciar o caso, buscando a verdade, de acordo com os princípios da justiça, sem se “apartidar” por qualquer das partes.¹⁵⁷

2.3 PANORAMA COMPARATIVO – PORTUGAL E A PROVÍNCIA DE BUENOS AIRES

2.3.1 O *Juez de Garantías* na Província de Buenos Aires¹⁵⁸

Em 28 de setembro de 1998, entrou em vigor o Novo Código de Processo Penal da Província de Buenos Aires¹⁵⁹, na Argentina, por obra da Lei 12.199 e mediante o acordo 2839/98 da Suprema Corte de Justiça local e, desde lá, já sofreu diversas modificações.

Para o estudo que foi proposto, nos interessa analisar duas das principais modificações que entraram em vigor, de forma efetiva, com a introdução da lei 12.199 no ordenamento processual penal da Província de Buenos Aires: (i) a implementação do sistema acusatório; (ii) a criação do *Juez de Garantías*.¹⁶⁰ Pedro J. Bertolino assevera:

El juez de garantías es una figura clave para entender mejor el nuevo sistema procesal penal bonaerense; expresado de otra manera: su justa comprensión abre, por lo pronto, una amplia puerta para visualizar la

¹⁵⁷ FRANCISCHINI, Nadialice de Souza; CARDONA, Vinicius. **A influência dos preconceitos no processo de interpretação da norma jurídica pelo juiz.** Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/nadialice_francischini_de_souza.pdf. Acesso em 19 fev. de 2011.

¹⁵⁸ *La Provincia está compuesta por 134 partidos o municipalidades, tiene su propia constitución y dicta sus propias leyes a través del sistema bicameral (con el acuerdo de las dos cámaras) promulgadas por el poder ejecutivo, por lo tanto es autónoma. Tuvo su primera Constitución en 1854, reformada en 1868. Una nueva Constitución se dictó en 1873, con reformas tratadas en la convención que sesionó entre 1862 y 1889.* Cf. site oficial da Província de Buenos Aires, na Argentina, disponível em: <http://www.gba.gov.ar/institucional/historia.php>.

¹⁵⁹ Utilizaremos para “Código de Processo Penal da Província de Buenos Aires” a abreviação CPPBA.

¹⁶⁰ Cf. BERTOLINO, Pedro J. **El juez de garantías – en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.** Buenos Aires: Depalma, 2000.

*estructura y las finalidades del conjunto sistemático adoptado por el legislador provincial.*¹⁶¹

A investigação preparatória bonaerense¹⁶² é presidida pelo Ministério Público Fiscal, conforme dispõe o artigo 267 do texto legal¹⁶³, podendo este delegar a função de investigação a outros órgãos, como por exemplo, à Polícia, porém todos devem cumprir ordens de quem dirige a investigação, no caso, o MP Fiscal.

Dentro desta fase de investigação aparece atuando, também, um juiz, que foi denominado pelo código processual bonaerense de *Juez de Garantías*, o qual procura conferir o mais alto grau de garantismo, durante toda a investigação penal preparatória, bem como na fase intermediária, com base nas regras de devido processo legal e do direito a uma adequada defesa em juízo das pessoas que são submetidas à persecução penal.¹⁶⁴

Com a criação de um juiz para atuar na fase de investigação, desapareceu a figura do Juiz Instrutor, que antes era adotada pela Província de Buenos Aires. O juiz de instrução, segundo Pedro J. Bertolino, era a figura típica do sistema misto que continha o código revogado, uma vez que a etapa de investigação era dotada de caráter totalmente inquisitorial, o que não mais o é.¹⁶⁵ É por isso que se afirma que com a introdução do *Juez de Garantías* ao código bonaerense se criou um novo órgão dentro de um novo sistema, o acusatório.

¹⁶¹ BERTOLINO, Pedro J. **El juez de garantías – en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires**. Buenos Aires: Depalma, 2000. p. 3.

¹⁶² Bonaerense é o termo utilizado para indicar a Província de Buenos Aires, portanto, no presente trabalho, leremos ambos como sinônimos.

¹⁶³ **ARTICULO 267.- Organó actuante.-** La Investigación Penal Preparatoria estará a cargo del Ministerio Público Fiscal, según las disposiciones de la ley y la reglamentación que se dicte, debiendo el Fiscal proceder directa e inmediatamente a la investigación de los hechos que aparezcan cometidos en la circunscripción judicial de su competencia.

Si fuere necesario practicar diligencias fuera de su circunscripción, podrá actuar personalmente o encomendar su realización a quien corresponda.

Podrán sin embargo prevenir en la Investigación Penal Preparatoria los funcionarios de policía, quienes actuarán por iniciativa propia en los términos del artículo 296 o cumpliendo ordenes del Ministerio Público Fiscal.

¹⁶⁴ BERTOLINO, Pedro J. **El juez de garantías – en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires**. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 7.

¹⁶⁵ BERTOLINO, Pedro J. **El juez de garantías – en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires**. Buenos Aires: Depalma, 2000. p. 8.

O sistema acusatório, já estudado anteriormente, tem como uma das suas principais características as de separar as funções de julgar, acusar e defender, sendo todas atribuídas a órgãos distintos. Essa separação de funções tem como finalidade garantir a imparcialidade do juiz que julga. Nesse sentido são as lições de Erick Fernando Galván Ramazzini:

La separación de funciones entre investigación, control de la investigación y juzgamiento tiene como finalidad, garantizar la imparcialidad del juez, evitando su contaminación y predisposición en contra del imputado. Es muy difícil que la misma persona que investiga pueda a la vez controlar que la investigación respete las garantías legales y constitucionales y mucho menos pueda decidir objetivamente sobre la culpabilidad o inocencia del reo.¹⁶⁶

Para melhor compreensão do sistema processual da Província de Buenos Aires, faremos algumas considerações acerca das fases do procedimento processual penal bonaerense, as quais se dividem em: preparatória, intermediária e principal. A fase preparatória encontra-se disposta a partir do artigo 266 do Código de processo penal¹⁶⁷, o qual dispõe em seu Livro II, o título de “*Investigacion Penal Preparatoria*”.

A fase intermediária não possui capítulo expresso, e está disciplinada em artigos esparsos dentro do ordenamento bonaerense. Por exemplo, essa fase permite que, após o término da investigação realizada pelo Ministério Público Fiscal, o defensor do acusado, no prazo de quinze dias, tenha direito de se manifestar quanto aos dados apresentados pelo presidente da investigação, inclusive propondo uma nova classificação para o delito. O *Juez de Garantías* terá prazo de cinco dias para se

¹⁶⁶ RAMAZZINI, Erick Fernando Galván. **Necesidad de Reformar El artículo 326 del Código procesal penal para que juez distinto conozca de La acusacion que debe plantearse**. Disponível em http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6451.pdf, p 25. Acesso em 19 de fev. 2011.

¹⁶⁷ **ARTICULO 266.- Finalidad.**- La Investigación Penal Preparatoria tendrá por finalidad:

- 1.- Comprobar, mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad, si existe un hecho delictuoso.
- 2.- Establecer las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen, justifiquen o incidan en su punibilidad.
- 3.- Individualizar a los autores y partícipes del hecho investigado.
- 4.- Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que han podido determinarlos a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad.
- 5.- Comprobar a los efectos penales, la extensión del daño causado por el delito.

manifestar quanto à oposição. Dependendo da decisão, os autos serão levados a julgamento.¹⁶⁸

Por último, temos a fase principal, disciplinada no artigo 338 e seguintes do código processual bonaerense, intitulada no Livro III como “Juicios”. Essa é a fase de julgamento, dos debates orais.

Importante salientar, com insistência, que as fases nas quais o *Juez de Garantías* participa, a preparatória e intermediária, são anteriores a fase dos debates orais – nessa, de maneira alguma haverá a sua participação, já que jamais poderá contribuir para a decisão final, papel este do “Juez Correccional” e dos “tribunales em lo Criminal”.¹⁶⁹ Nesse contexto, as lições de Miguel Angel Reves Poblete:

*Los Juzgados de Garantía son Tribunales unipersonales, ordinarios, letrados, de derecho y permanentes, que ejercen sus facultades sobre una comuna o agrupación de comunas, y que conocen en primera instancia de todos los asuntos de orden criminal relacionados con la substanciación previa al juicio oral.*¹⁷⁰

Agora que entendemos o que é o *Juez de Garantías* e em quais fases do processo penal bonaerense ele atua, nos resta saber quais são as principais funções e objetivos designados a este magistrado. Segundo Pedro J. Bertolino três são três são as principais atividades atribuídas a esse juiz: (i) a observância do direito processual, conforme dispõe o artigo 23 do CPPBA¹⁷¹; (ii) a observância do

¹⁶⁸ **ARTICULO 336.- Oposición. Excepciones.-** Las conclusiones del requerimiento fiscal serán notificadas al defensor del imputado quien podrá, en el término de quince (15) días, oponerse instando al sobreseimiento o el cambio de calificación legal, u oponiendo las excepciones que correspondan.

ARTICULO 337.- Resolución.- El Juez de Garantías resolverá la oposición en el término de cinco días. Si no le hiciere lugar, dispondrá por auto la elevación de la causa a juicio. El auto deberá ajustarse a lo dispuesto en el artículo 157. De igual modo procederá si aceptase el cambio de calificación propuesto por la defensa.

Cuando hubiere varios imputados, la decisión deberá dictarse con respecto a todos, aunque el derecho que acuerda el artículo 336 haya sido ejercido sólo por el defensor de uno.

Cuando no se hubiere deducido oposición, el expediente será remitido por simple decreto al tribunal de Juicio o Juez Correccional en su caso.

El auto de elevación a juicio será apelable por el defensor que dedujo la oposición.

¹⁶⁹ BERTOLINO, Pedro J. **El juez de garantías – en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.** Buenos Aires: Depalma, 2000. p. 15/16.

¹⁷⁰ POBLETE, Miguel Angel Reyes. **Organización y atribuciones de los tribunales de justicia.** Disponible em <http://www.temasdederecho.cl/PDF/tribunales.pdf>, p.12. Acesso em 19 de fev. 2011.

¹⁷¹ **ARTICULO 23.- (Texto según Ley 13183)** Juez de Garantías. El Juez de Garantías conocerá:

direito penal de fundo, como por exemplo o inciso 5º, do artigo 323 do CPPBA¹⁷²; e (iii) a observância do direito constitucional, conforme, por exemplo, artigos 1º e 2º do CPPBA¹⁷³.

Nesse sentido, também, importante ressaltar as lições de Frederico Campos Calderon, quando afirma que:

el juez que interviene en las fases preparatoria e intermedia, denominado también “juez de garantías”, debe limitarse a controlar esa labor de investigación señalando las transgresiones procesales, protegiendo así los derechos que conciernen a las partes..¹⁷⁴

1. En las cuestiones derivadas de las presentaciones de las partes civiles, particular damnificado y víctima.
2. En imponer o hacer cesar las medidas de coerción personal o real, exceptuando la citación.
3. En la realización de los actos o procedimientos que tuvieren por finalidad el adelanto extraordinario de prueba.
4. En las peticiones de nulidad.
5. En la oposición de elevación a juicio, solicitud de cambio de calificación legal, siempre que estuviere en juego la libertad del imputado, o excepciones, que se plantearan en la oportunidad prevista en el artículo 336.
6. En el acto de la declaración del imputado ante el Fiscal, cuando aquél así lo solicitare, controlando su legalidad y regularidad.
7. En el control del cumplimiento de los plazos de la investigación penal preparatoria con arreglo a lo prescrito en el artículo 283.
8. En los casos previstos por el artículo 284º quinquies.
9. En todo otro supuesto previsto en este Código.”

ARTICULO 23º bis.- (Artículo Incorporado por Ley 13183) El Juez de Garantías que se hallare de turno deberá arbitrar los medios para la recepción inmediata de las presentaciones que deba resolver, durante las veinticuatro (24) horas.

A solicitud debidamente motivada del peticionante que invocare razones de extrema urgencia, el requerimiento deberá ser resuelto en un plazo no superior a las seis (6) horas desde su recepción.

El incumplimiento de lo dispuesto en los párrafos precedentes representará falta grave.

¹⁷² **ARTICULO 323.- (Texto según Ley 13260)** Procedencia: El sobreseimiento procederá cuando:

- 5) Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria.

¹⁷³ **ARTICULO 1.- Juez natural. Juicio previo. Principio de inocencia. Nom bis in idem. Inviolabilidad de la defensa. Favor rei.-** Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución de la Provincia y competentes según sus leyes reglamentarias; ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de este Código; ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal; ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.

Es inviolable la defensa de las personas y de los derechos en el procedimiento.

En caso de duda deberá estarse siempre a lo que sea más favorable al imputado.

La inobservancia de una regla de garantía establecida en beneficio del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio.-

ARTICULO 2.- Duración del proceso.- Toda persona sometida a proceso tendrá derecho a ser juzgada en un tiempo razonable y sin dilaciones indebidas.

El retardo en dictar sentencia o las dilaciones indebidas, cuando sean reiteradas, constituyen falta grave.

¹⁷⁴ CALDERON, Frederico Campos. **La garantía de imparcialidad del juez en el proceso penal acusatorio: consideraciones en torno a su pleno alcance en el sistema procesal costarricense.** Disponível em <http://www.pandectasperu.org/revista/no200907/jcampos.pdf>. Acesso em 19 de fev. 2011.

Também escrevem nesse sentido, Javier Couso e Lisa Hilbink:

*Os Juizes de Garantias decidirão sobre os vários tipos de petições do Ministério Público ou da defesa, como a prisão preventiva, fiança, liberdade condicional, ou acordos reparatórias. Ao fazê-lo, o seu explícito dever é garantir que os direitos dos suspeitos, vítimas e testemunhas sejam respeitados.*¹⁷⁵

Em linhas gerais, o *Juez de Garantías* atua nas fases preparatória e intermediária, controlando, desta forma, a investigação que é realizada pelo Ministério Público Fiscal, decidindo acerca das matérias que somente podem ser apreciadas por um juiz, como por exemplo a prisão; e, principalmente, atua como garantidor, assegurando que as garantias processuais e constitucionais das partes estarão sendo respeitadas durante o desenrolar dessas duas fases.

2.3.2 O Juiz da Instrução em Portugal

Primeiramente, para que não haja confusão acerca dos institutos, é importante ressaltar que o *Juiz da Instrução* no ordenamento processual penal português, nada tem a ver com o Juiz Instrutor estudado no tópico 1.3.2 do presente trabalho. O Juiz Instrutor é aquele que preside a investigação, atuando diretamente na busca de provas; diferente do *Juiz da Instrução*, adotado pelo CPP português, que atua como se um *Juiz das Garantias* fosse, conforme veremos a seguir.

O código de processo penal português surgiu no ano de 1987, com o Decreto-Lei n° 78/87, de 17 de fevereiro, revogando, desta forma, o Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929, bem como as disposições legais que continham normas processuais penais em oposição com o novo código.

Posteriormente algumas alterações foram feitas, entre elas: (i) 1998, com a Lei 59/98, de 25 de agosto; (ii) 2007, com a Lei 48/07, de 29 de Agosto; (iii) 2008, com o

¹⁷⁵ COUSO, Javier; HILBINK, Lisa. **Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideational Roots of Rights Adjudication in Chile.** Disponível em <http://www.juecespoliticaenamericalatina.cide.edu/papers/hilbink.pdf>. Acesso em 19 de fev. de 2011. Tradução nossa.

DL 34/08, de 26 de fevereiro; (iv) 2008, com a Lei 52/08, de 28 de Agosto; e (v) 2009, com a Lei 115/09, de 12 de outubro.

Com essas reformas e recentes atualizações do código português, a sua estrutura processual penal se modificou de forma significativa, entre elas, as que nos interessa: o poder de disciplina atribuído ao juiz.

Já no artigo 1º, letra b, nas disposições gerais, o código português anuncia que se considera autoridade judiciária: o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público, cada um relativamente aos atos processuais que cabem na sua competência.

Diferentemente do modelo brasileiro, o processo penal português possui outra estrutura. De uma forma simplista, para que possamos analisar cada órgão e entender as suas peculiaridades, o código português traça o seguinte esqueleto: 1ª fase: investigação preliminar, presidida pelo Ministério Público, com intervenção do Juiz da Instrução no que se referem aos direitos, liberdades e garantias fundamentais; 2ª fase (se necessária e requerida pelas partes): a instrução, que é presidida pelo Juiz da Instrução, onde se realizarão os debates, com contraditório; e a 3ª fase: o julgamento, que é realizado por um juiz, obrigatoriamente diferente daquele que presidiu a instrução.

Na primeira fase, da investigação preliminar, as investigações são dirigidas pelo Ministério Público, através do inquérito, que tem como finalidade a descoberta da existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles, bem como recolher as provas, em ordem à decisão da acusação¹⁷⁶, exceto as que dizem respeito aos direitos e garantias fundamentais, privativos do *Juiz da Instrução*.

O fato do Ministério Público ter plenos poderes para atuar nas investigações preliminares, segundo L.G Castanho de Carvalho Grandinetti, geram grandes polémica em face do artigo 32.4 da Constituição portuguesa, que prescreve que toda a instrução é de competência de um Juiz. Mas, de qualquer sorte, o autor acrescenta

¹⁷⁶ **Art. 262**, 1 - O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação.

que o Tribunal Constitucional, em decisão de 9/2/87, entendeu que o artigo 263 é constitucional, já que o Ministério Público possui autonomia e deve pautar-se por estritos critérios de legalidade e objetividade, e, também, porque o *Juiz da Instrução* pode intervir quando se tratar de direitos e garantias fundamentais.¹⁷⁷

É importante destacar que alguns atos¹⁷⁸ de investigação somente podem ser praticados pelo *Juiz da Instrução*, como por exemplo, buscas e apreensões, buscas domiciliares, apreensões de correspondências, interceptações telefônicas, entre outros, porém esta intervenção judicial não se faz de ofício, ou seja, é preciso que um dos sujeitos processuais a requeira.¹⁷⁹

¹⁷⁷ GRANDINETTI, L.G Castanho de Carvalho; BRANDÃO, Nuno; MARQUES, Germano da Silva; PRADO, Geraldo. *Processo Penal do Brasil e de Portugal – Estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 20.

¹⁷⁸ **Art. 268.** Actos a praticar pelo juiz de instrução.

1 - Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução:

- a) Proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido;
- b) Proceder à aplicação de uma medida de coacção ou de garantia patrimonial, à excepção da prevista no artigo 196.º, a qual pode ser aplicada pelo Ministério Público;
- c) Proceder a buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário, nos termos do n.º 3 do artigo 177.º, do n.º 1 do artigo 180.º e do artigo 181.º;
- d) Tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida, nos termos do n.º 3 do artigo 179.º;
- e) Declarar a perda, a favor do Estado, de bens apreendidos, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito nos termos dos artigos 277.º, 280.º e 282.º;
- f) Praticar quaisquer outros actos que a lei expressamente reservar ao juiz de instrução.

2 - O juiz pratica os actos referidos no número anterior a requerimento do Ministério Público, da autoridade de polícia criminal em caso de urgência ou de perigo na demora, do arguido ou do assistente.

3 - O requerimento, quando proveniente do Ministério Público ou de autoridade de polícia criminal, não está sujeito a quaisquer formalidades.

4 - Nos casos referidos nos números anteriores, o juiz decide, no prazo máximo de vinte e quatro horas, com base na informação que, conjuntamente com o requerimento, lhe for prestada, dispensando a apresentação dos autos sempre que a não considerar imprescindível.

Artigo 269. Actos a ordenar ou autorizar pelo juiz de instrução.

1 - Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução ordenar ou autorizar:

- a) A efectivação de perícias, nos termos do n.º 2 do artigo 154.º;
- b) A efectivação de exames, nos termos do n.º 2 do artigo 172.º;
- c) Buscas domiciliárias, nos termos e com os limites do artigo 177.º;
- d) Apreensões de correspondência, nos termos do n.º 1 do artigo 179.º;
- e) Interceptação, gravação ou registo de conversações ou comunicações, nos termos dos artigos 187.º e 189.º;
- f) A prática de quaisquer outros actos que a lei expressamente fizer depender de ordem ou autorização do juiz de instrução.

2 - É correspondentemente aplicável o disposto nos números 2, 3 e 4 do artigo anterior.

¹⁷⁹ GRANDINETTI, L.G Castanho de Carvalho; BRANDÃO, Nuno; MARQUES, Germano da Silva; PRADO, Geraldo. **Processo Penal do Brasil e de Portugal – Estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 21.

Desta maneira, na fase de investigação, pode-se dizer que o *Juiz da Instrução* atua como se um *Juiz das Garantias* fosse, conforme explica Pedro J. Bertolino, citando Luis Maria Bunge Campos: “*el juez de instrucción actua como um verdadero juez de garantias, teniendo en esta etapa una función pasiva [...] de garantía de los derechos fundamentales y sin iniciativa procesal propia*”¹⁸⁰.

Em síntese, o *Juiz da Instrução* não preside a investigação preliminar, apenas interfere quando provocado para atuar como garantidor de direitos fundamentais. Ou seja, apesar de ter outra função, na segunda fase (presidindo a instrução, conforme explicaremos a seguir), e não ser um juiz específico para atuar tão-somente na fase investigatória, ele atua nesta como se juiz garantidor fosse. Assim explica Francisco José Pinto dos Santos:

*En el ámbito del nuevo Código de Proceso Penal la dirección de la investigación pasó, así, incluso en lo que respecta a los crímenes más graves castigados con pena de prisión superior a tres años, a la competencia del Ministerio Público. El juez de instrucción, en el ámbito de la investigación criminal, se convierte en juez de la "prisión". A él le compete, esencialmente, proceder al primer interrogatorio judicial del imputado detenido, que en esa condición le, sea presentado por el Ministerio Público (art.28); proceder a la aplicación de las medidas de coacción; ordenar la realización de determinadas buscas y aprehensiones.*¹⁸¹

Quando finalizado o inquérito, em regra, o Ministério Público possui duas alternativas: ou acusa, ou arquiva. Porém, pode ser requerido pelo argüido ou pelo seu constituído assistente que essa decisão do Ministério Público seja submetida a um controle jurisdicional, para averiguar realmente se é caso de arquivamento ou acusação. Essa etapa é a que denominamos anteriormente de 2ª fase, que será presidida pelo *Juiz da Instrução*, que, através dos debates contraditórios decidirá se a causa irá ou não a julgamento.

¹⁸⁰ BUNGE CAMPOS, Luis Maria. **Sistema procesal penal de Portugal**, em Edmundo S. Hendeler, *Sistemas procesales penales comparados, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1999, p. 335 *apud* BERTOLINO, Pedro J. **El juez de garantías en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires**. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 26.

¹⁸¹ PINTO DOS SANTOS, Francisco José. **El nuevo Código de Proceso Penal portugués**. Disponível em: http://dialnet.unirioja.es/servlet/dfichero_articulo?codigo=2531018&orden=0. Acesso em: 30 de dez.10.

Se, até ao encerramento da instrução, tiverem sido recolhidos indícios suficientes de autoria e verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido/investigado de uma pena ou de uma medida de segurança, o juiz da instrução, por despacho, o pronuncia pelos fatos respectivos; caso contrário, profere despacho de “não pronúncia”.¹⁸²

Com o despacho de pronúncia, o arguido é levado a julgamento, no qual, em hipótese alguma, poderá ser julgado pelo mesmo juiz que presidiu a instrução (*Juiz da Instrução*), para que seja garantida a imparcialidade, conforme explica L.G Castanho de Carvalho Grandinetti:

*Para preservar a imparcialidade do órgão judicial, o artigo 40 dispõe que o Juiz de Instrução que tiver presidido ao debate instrutório está impedido de intervir como juiz em fases subseqüentes, do julgamento, ou de recurso, dado que, tendo proferido despacho de pronuncia, tomou posição sobre o objeto do processo, no sentido da culpabilidade do arguido.*¹⁸³

Desta forma, percebe-se a presença do sistema acusatório no processo penal português, quando estabelece que a acusação é específica do Ministério Público, bem como quando estabelece que o juiz que atua nas fases de investigação e intermediária (*Juiz da Instrução*) não pode ser o mesmo que proferirá sentença, garantindo, desta forma, a imparcialidade do magistrado julgador.

CAPITULO III

O JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL – DE ACORDO COM O PL 156/09, DO SENADO FEDERAL.

3.1 A CRIAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO

¹⁸² Artigo 380. Se, até ao encerramento da instrução, tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança, o juiz, por despacho, pronuncia o arguido pelos factos respectivos; caso contrário, profere despacho de não pronúncia.

¹⁸³ GRANDINETTI, L.G Castanho de Carvalho; BRANDÃO, Nuno; MARQUES, Germano da Silva; PRADO, Geraldo. **Processo Penal do Brasil e de Portugal – Estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 24.

3.1.1 Elaboração Conceitual e Noções Gerais

Dentre as diversas tormentas que assolam a vida dos pesquisadores de direito processual penal, entre elas encontra-se a preocupação acerca da inexistência, dentro do nosso ordenamento, de um juiz exclusivo para o andamento das investigações, conforme Fauzi Hassan Choukr:

*A principal consequência do nosso sistema nesse ponto é a de permitir o juiz que tem contato com os autos do inquérito para qualquer ato (como nas “concessões” de prazo, por exemplo) possa ser indesejavelmente influenciado por tudo aquilo que foi produzido previamente à ação penal, deixando aflorar essa influência não somente no juiz de admissibilidade da inicial, mas, sobretudo, procurando incorporar ao seu convencimento quanto ao mérito elementos de informação que não teriam essa finalidade.*¹⁸⁴

Com o Projeto de Lei 156/09 do Senado Federal, de relatoria do Senador Renato Casagrande, que visa reformar o Código de Processo Penal de 1941, surge a figura do *Juiz das Garantias*, que atuará tão-somente na fase de investigação penal preliminar. De acordo com o artigo 14 do referido projeto de lei, ele é “o 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”.

A competência do *Juiz das Garantias* abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo¹⁸⁵ – que seguirão o rito dos Juizados Especiais Criminais –, e cessa com a propositura da ação penal.

¹⁸⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 93.

¹⁸⁵ Como bem sustenta André Machado Maya: “Ainda da análise do projeto 156/2009, observa-se que o juizado das garantias tem competência ampla, abrangente de todas as infrações penais, excetuadas apenas as de menor potencial ofensivo, atualmente reguladas pela Lei 9.099/95 e que, de acordo com o PLS 156, passarão a obedecer o rito sumaríssimo (art. 257, §1º, III), cuja essência é exatamente a mesma da referida lei ordinária. A exceção se justifica na medida em que a prática dessas infrações enseja a lavratura de termo circunstanciado, e não a instauração de inquérito policial. Não há, nesses casos, ao menos como regra, investigação criminal, mas apenas a colheita dos dados necessários à identificação do infrator, da vítima e das testemunhas, bem como a narração resumida do fato delituoso com suas circunstâncias (Giacomolli, 2009, p. 85). Por isso, não havendo previsão de adoção de medidas investigativas restritivas de direitos individuais por parte da autoridade policial, afigura-se sem sentido a figura do juiz das garantias nesses casos”. MAYA, André Machado. **O juiz das garantias no projeto de reforma do código de processo penal**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 17, n. 204, p. 06-07, nov., 2009.

Mais, atualmente o juiz que participa da fase investigativa torna-se prevento, isto é, será o mesmo juiz que proferirá a sentença final, porque foi o primeiro a tomar conhecimento do fato.¹⁸⁶

O *Juiz de Garantias* chega para romper com essa lógica da prevenção, uma vez que o juiz chamado a intervir na investigação preliminar ficará impedido de julgar o caso, conforme o artigo 16 do PL 156/2009: “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”. Com efeito, Maurício Zanoide de Moraes explica:

o magistrado que atuou nessa função na fase de investigação estará impossibilitado de ser o juiz da causa em futura e eventual ação penal. Pela legislação projetada, sua função inicia-se com a instauração da investigação criminal e termina com o oferecimento da denúncia ou queixa pelo órgão da acusação (público ou privado).¹⁸⁷

Romper com a ideia de prevenção ressalta uma importante discussão que já vem sendo debatida ao longo deste trabalho: a imparcialidade do juiz. Danilo von Beckerath Modesto ilustra com clareza a ideia:

A prevenção também vai de encontro à imparcialidade porque, ao tecer juízos valorativos sobre o mérito do processo (ou do pré-processo), o magistrado, que não deixa de ser um ser humano, se vincula a sua decisão passada, aleijando sua capacidade de enxergar outra versão que não a escolhida por ele naquela fase pré-processual.¹⁸⁸

De acordo com Luis Flávio Gomes, “por força do princípio acusatório o juiz que investiga ou que monitora a investigação não pode julgar a causa”. Acrescenta ainda

¹⁸⁶ **Art. 83** - Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver 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 (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c).

¹⁸⁷MORAES, Maurício Zanoide de. **Quem tem medo do juiz das garantias?** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/>. Acesso em 15 dez.10.

¹⁸⁸ MODESTO, Danilo von Beckerath. **O critério da prevenção como afronta à imparcialidade do juiz criminal.** Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1844>. Acesso em 21 de fev de 2011.

que “o juiz que investiga fica “contaminado”, isto é, perde sua imparcialidade, compromete-se psicologicamente com a investigação”.¹⁸⁹

Outra contenda que assola a figura do *Juiz das Garantias* é a sua nomenclatura em si. Em que pese todo e qualquer juiz possua a função de garantidor dentro de um ordenamento democrático, analisando e decidindo sempre de acordo com as garantias processuais e constitucionais, não nos parece redundante a terminologia que foi dada ao magistrado que atuará somente na fase pré-processual: *das Garantias*.

Pelo contrário, o nome só vem a afirmar aquilo que muitas vezes é esquecido: o investigado e demais participantes de uma investigação criminal têm direito a um procedimento que não viole direitos e garantias constitucionais individuais. Mais, além disso, esse magistrado deverá controlar a legalidade da investigação que obedecerá as regras do jogo de acordo com a norma processual penal e a Constituição Federal. Nesse sentido Priscilla Placha Sá:

*No que se refere ao juiz das garantias, a Comissão – bem fez constar – **das garantias**, porque não é ele um gestor de provas, mas sim quem deverá zelar pela observância dos princípios constitucionais, pelo respeito às liberdades públicas, e pela eficácia da intervenção penal que por si não significa diminuição das garantias individuais. Sua função não é a de preservar a qualidade da investigação, mas sim o indiciado e suas liberdades.*¹⁹⁰

O Juiz das Garantias pode ser definido, segundo Rubens R. R Casara, como:

o ator jurídico criado pela Reforma do Código de Processo Penal que passa a ser responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela das liberdades públicas, ou seja, das inviolabilidades

¹⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio. **O juiz das garantias projetado pelo novo CPP**. Disponível em: <http://www.estadodedireito.com.br/2011/02/16/o-juiz-das-garantias-projetado-pelo-novo-cpp/>. Acesso em 22 fev. de 2011.

¹⁹⁰ PLACHA, Priscilla Sá. **Juiz de Garantias: breves considerações sobre o modelo proposto no projeto de lei do Senado 156/2009** in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; GRANDINETTI, Luis Gustavo Castanho de Carvalho [organiz]. **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 156.

*peçoais/liberdades individuais frente à opressão estatal, na fase pré-processual.*¹⁹¹

A par das questões teóricas, pesquisadores críticos acreditam que a implementação do *Juiz das Garantias* ao nosso ordenamento não será possível por uma razão prática: o Poder Judiciário não possui condições orçamentárias para assegurar ao menos dois juízes em cada seção judiciária ou comarca do território nacional.

Não nos parece viável a crítica em razão de ter ou não o Poder Judiciário condições orçamentárias, até porque o PLS 156/09 estabeleceu em seu artigo 748 que, o impedimento do Juiz das Garantias atuar como juiz da causa em cuja investigação tenha participado (artigo 16) não se aplicará (i) às comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas 1 (um) juiz, enquanto a respectiva lei de organização judiciária não dispuser sobre criação de cargo ou formas de substituição; (ii) bem como aos processos em andamento no início da vigência do Código.

Quer dizer, as Comarcas que ainda não possuem dois juízes terão o tempo necessário para se adequar à nova legislação. A razão orçamentária não pode servir de empecilho para o aprimoramento do Estado Democrático de Direitos. Nesse sentido é a crítica de Luis Flávio Gomes:

*Claro que alguns tribunais alegarão razões orçamentárias para não se implantar o juiz das garantias, mas quem acha que isso representa um alto custo é porque ainda não parou para quantificar o prejuízo que vem causando o sistema atual, que tem dado ensejo a muitos e exorbitantes abusos (que geram nulidades), sem contar o desprestígio para a própria justiça criminal (que é posto em relevo pela mídia, influenciando a percepção negativa da população quanto ao funcionamento da Justiça). Nada disso, evidentemente, contribui para o aprimoramento do nosso Estado constitucional e humanista de direito, fundado na legalidade, constitucionalidade e convencionalidade do seu ordenamento jurídico.*¹⁹²

¹⁹¹ CASARA, Rubens R.R. **Juiz das Garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão** in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; GRANDINETTI, Luis Gustavo Castanho de Carvalho [organiz]. **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 169/170.

¹⁹² GOMES, Luiz Flávio. **O juiz das garantias projetado pelo novo CPP**. Disponível em: <http://www.estadodedireito.com.br/2011/02/16/o-juiz-das-garantias-projetado-pelo-novo-cpp/>. Acesso em 22 fev. de 2011.

Ora, afirmar não ser possível “preparar uma nova organização para efetiva implementação de direitos fundamentais é confessar não uma insuficiência de recursos, mas uma vontade política de não mudar”¹⁹³.

3.1.2 A Legalidade da Investigação Criminal e os direitos individuais

Como visto, o *Juiz das Garantias* é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal, bem como pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.

O princípio da legalidade é um limite à atuação do Estado - administração, ou seja, somente quando houver determinação legal a autoridade competente poderá agir. Esse princípio tem uma grande relevância quando se trata de garantias constitucionais dos cidadãos, uma vez que é de competência da lei fixar as atividades que são consideradas criminosas, e por essa razão fica assegurada a liberdade e segurança individual.

Podemos encontrar explicitado na Constituição Federal, em diversos momentos, o princípio da legalidade, como por exemplo, no artigo 5º, inciso XXXIX onde diz: “*Não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”; no inciso II do mesmo artigo: “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”.

Com um juiz específico para atuar na fase pré-processual espera-se que com maior ênfase se evite qualquer tipo de ilegalidade no curso das investigações, conforme Bruno Calabrich:

No modelo acusatório, os poderes (deveres) do juiz voltam-se não à produção dos elementos de convicção em si – atividade própria da acusação – mas a proteção dos direitos e garantias fundamentais do investigado, por meio da avaliação da legalidade de cada ato investigatório, por meio de um controle posterior (regra) ou previamente à prática do ato

¹⁹³ MORAES, Mauricio Zanoide de. **Quem tem medo do juiz das garantias?** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/>. Acesso em 15 dez.10.

*(quando açambarcada a medida dentre as cláusulas de reserva jurisdicional...).*¹⁹⁴

O mesmo autor, quando traz um exemplo de investigação abusiva, partindo da concepção do promotor investigador, leciona que:

*Será ilegal e abusiva qualquer investigação (Criminal) promovida pelo MP que, conforme previsão do direito objetivo penal material, não pode ser fundamento para nenhuma espécie de sanção penal. Por exemplo, prescrito o crime, ausente a lesividade (tipicidade material) ou demonstrada a menoridade de um investigado (exculpante de inimputabilidade), não há sentido em que se dê prosseguimento a uma investigação, ao menos no que interessa à atividade persecutória penal.*¹⁹⁵

A par disso, no tocante a função do *Juiz das Garantias* atuar como garantidor dos direitos fundamentais individuais, temos que este será o seu principal papel, pois *“ademais de ser uma exigência do garantismo, é também a posição mais adequada aos princípios que orientam o sistema acusatório e a própria estrutura dialética do processo penal”*¹⁹⁶.

No curso do movimento político-cultural que levou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1979, surge, na França, o termo “direitos fundamentais”. Logo em seguida, os juristas alemães “batizaram” esses direitos com o nome de *Grundrechte*, que significa um sistema de relações entre indivíduos e o Estado, como fundamento de toda a ordem jurídica liberal.¹⁹⁷

Através do *Juiz das Garantias* o legislador brasileiro deixa claro que na investigação preliminar o juiz deve estar comprometido com os direitos fundamentais

¹⁹⁴ CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: RT, 2007. p. 159.

¹⁹⁵ CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: RT, 2007. p. 199.

¹⁹⁶ LOPES, Aury Jr. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006, p.171.

¹⁹⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 232.

da pessoa humana.¹⁹⁸ Logo, *“no exercício dessa função de garantidor não pode o juiz quedar-se inerte ante uma violação a um direito fundamental do investigado”*¹⁹⁹.

Mas afinal de contas, que direitos são esses? Não é pretensão de o presente trabalho exaurir o tema, tampouco tratar de todos os direitos fundamentais individuais existentes, porém faremos algumas breves observações acerca daqueles que consideramos como primordiais à investigação: presunção da inocência, direito a não produzir prova contra si mesmo, direito ao sigilo e de se ter acesso aos autos por defensor.

3.1.2.1 Presunção da Inocência

O princípio da presunção de inocência já encontra respaldo desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, asseverando, no artigo XII, que: *“toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida 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”*.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, trouxe a presunção de inocência prevista no artigo 5º, inciso LVII, quando dispõe que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Deve-se entender, portanto, que o princípio da presunção de inocência se aplica também a fase de investigação preliminar, *“constituindo verdadeira matriz para a compreensão global do sistema instrumental penal, requerendo,*

¹⁹⁸ MARRAFON, Marco Aurélio. **O juiz de garantias e a compreensão do processo à luz da Constituição: perspectivas desde a virada hermenêutica no direito brasileiro** in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; GRANDINETTI, Luis Gustavo Castanho de Carvalho [organiz]. **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 145.

¹⁹⁹ CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: RT, 2007. p. 159.

*inegavelmente, um compromisso não apenas técnico, mas também ético de modelo utilizável*²⁰⁰. Nesse diapasão, as lições de Gilson Bonato:

*Inspirado na Constituição italiano de 1948, o constituinte brasileiro alargou a incidência da garantia, não a restringindo ao “acusado”, mas a todas as fases da persecução penal, abrangendo também a fase da investigação inquisitória.*²⁰¹

Para a investigação criminal, a garantia da presunção de inocência estará intimamente ligada, por exemplo, ao tema dos denominados “maus antecedentes”, sendo forçoso perquirir como se coloca a questão diante da mera existência de investigações em andamento.²⁰²

Ora, a mera sujeição de alguém a simples investigações policiais (arquivadas ou não), ou a persecuções criminais ainda em curso, não basta, só por si (inexistindo condenações transitadas em julgado) para justificar o reconhecimento de que o réu não possui bons antecedentes.²⁰³

Mais, para Roberto Delmanto Junior o princípio da presunção da inocência:

afeta não só o mérito acerca da culpabilidade do acusado, mas, sobretudo, o modo pelo qual ele é tratado durante o processo, como devem ser tuteladas a sua liberdade, integridade física e psíquica, honra e imagem, vedando-se abusos, humilhações desnecessárias, constrangimentos

²⁰⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 97.

²⁰¹ BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 124.

²⁰² CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 98.

²⁰³ "HABEAS CORPUS" - INQUÉRITO POLICIAL ARQUIVADO - RECONHECIMENTO, PELO MAGISTRADO SENTENCIANTE, DE QUE A EXISTÊNCIA DE REFERIDO INQUÉRITO POLICIAL LEGITIMA A FORMULAÇÃO DE JUÍZO NEGATIVO DE MAUS ANTECEDENTES - INADMISSIBILIDADE - OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII) - CONSEQÜENTE REDUÇÃO DA PENA AO SEU MÍNIMO LEGAL - CONSUMAÇÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. - A mera sujeição de alguém a simples investigações policiais (arquivadas ou não), ou a persecuções criminais ainda em curso, não basta, só por si - ante a inexistência, em tais situações, de condenação penal transitada em julgado -, para justificar o reconhecimento de que o réu não possui bons antecedentes. Somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com o trânsito em julgado, descaracteriza-se a presunção "juris tantum" de não-culpabilidade do réu, que passa, então, a ostentar o "status" jurídico-penal de condenado, com todas as conseqüências legais daí decorrentes. Precedentes. Doutrina. (HC 69298, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 09/06/1992, DJ 15-12-2006 PP-00093 EMENT VOL-02260-02 PP-00406).

*gratuitos e incompatíveis com o seu status, mesmo que presumido, de inocente.*²⁰⁴

Fazendo uma analogia com a fase pré-processual, não é pelo simples fato de que existe uma investigação em andamento que o indiciado deva ser submetido a humilhações durante esta fase que venham a lhe causar constrangimentos desnecessários (sem falar aqui na pressão psicológica e valorativa, no sentido discriminatório da sociedade, que, infelizmente, ainda existe atualmente).

Conforme Eugenio Pacelli de Oliveira, “o indiciamento impõe uma carga significativa e socialmente onerosa à situação jurídica do inocente”²⁰⁵. Logo, a presunção de inocência deve ser salvaguardada desde a fase de investigação preliminar, sendo este um direito fundamental individual.

3.1.2.2 Direito a não produzir prova contra si mesmo

Para Aury Lopes Jr., o ranço histórico de tratar o imputado (seja ele réu ou mero suspeito, ainda na fase pré-processual) como um mero “objeto” de provas, ou melhor, o “objeto” do qual deve ser extraída a “verdade” que funda o processo inquisitório é uma situação complexa. Com a superação dessa coisificação do réu e a assunção de seus status de sujeito de direitos, funda-se, segundo o autor, o mais sagrado de todos os direitos: o direito de não produzir prova contra si mesmo (nada a temer por se deter – *nemo tenetur se detegere*).²⁰⁶

Por exemplo, quando estamos diante de provas genéticas, que na moderna investigação preliminar podem ser decisivas no momento de definir ou excluir a autoria de um delito, o suspeito pode negar-se a fornecer as suas células corporais, por estar amparado pelo direito de não produzir prova contra si mesmo, que decorre

²⁰⁴ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Desconsideração previa de culpabilidade e presunção de inocência**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.70/Ed.esp., p. 18-19, set. 1998.

²⁰⁵ PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 50.

²⁰⁶ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 621/622.

da presunção de inocência e do direito de defesa negativo (silêncio).²⁰⁷ Nesse sentido também leciona Nereu José Giacomolli:

Diferentemente do estilo inquisitorial, onde o acusado era obrigado a falar, nem que fosse sob tortura, a Constituição Republicana de 1988, reconhece o direito ao silêncio, o direito de calar (art. 5º, LXIII, CF), dele derivando a ausência de obrigação de produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere). O direito ao silêncio não abrange somente o direito de ficar calado, mas todas as modalidades em que a conduta exigida ou determinada implique auto-incriminação (reconstituição do delito, intervenções corporais invasivas, por exemplo).²⁰⁸

Outro exemplo clássico instala-se no exame para reconhecimento de escritos, por comparação de letra, especificamente no inciso IV do artigo 174 do Código de Processo Penal²⁰⁹, no qual inexistindo escritos para a comparação a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado.

Ora, diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo Geraldo Prado, não existem dúvidas de que o disposto no referido artigo há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais. Acrescenta ainda que:

a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o

²⁰⁷ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 622.

²⁰⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 13.

²⁰⁹ Art. 174 - No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte:

I - a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada;

II - para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida;

III - a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados;

IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.

*indiciado contra a autoincriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa.*²¹⁰

O direito de não produzir prova contra si mesmo se harmoniza com o modelo processual acusatório, o qual impõe à acusação o ônus probatório. Logo, segundo Marcos Zilli, *“não pode o acusado ser compelido a prestar colaboração à formação do material probatório, até mesmo porque, há muito foi superada a postura de considerá-lo como simples objeto de prova. É ele verdadeiro sujeito processual”*²¹¹.

3.1.2.3 Sigilo e de ter o defensor acesso aos autos

O sigilo, previsto no artigo 20 do Código de Processo Penal, serve à investigação do fato aparentemente criminoso, e ao mesmo tempo, tende a preservar a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra das pessoas envolvidas na apuração e a prevenir o sensacionalismo, mas não pode ser oposto ao indiciado, ou suspeito, nem ao defensor, sobretudo no que se refere aos atos instrutórios.²¹² Quer dizer, não pode ser vedado o direito à informação para o indiciado ou suspeito, bem como para seu advogado.

Dispõe a nossa Carta Magna, em seu artigo 133, que *“o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”*.

A lei 8.90/94, especificamente no seu artigo 7º enumera diversas atividades a serem exercidas pelo advogado, entre elas examinar autos de flagrante e inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos. Nesse sentido os ensinamentos de Cesar Peres:

²¹⁰ PRADO, Geraldo. O DIREITO POR QUEM O FAZ – O princípio do **NEMO TENETUR se detegere**. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 22 de fev de 2011.

²¹¹ ZILLI, Marcos. O DIREITO POR QUEM O FAZ – **Embriaguez ao volante (art. 306, CTB). Bafômetro, princípio da legalidade, NEMO TENETUR se detegere e falta de justa causa para a ação penal. Denúncia rejeitada**. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 22 de fev.11.

²¹² ASSIS, Maria Thereza Rocha de; SAAD, Marta. **Constituição da República e exercício do direito de defesa no inquérito policial**. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de.; GOMES, Marcus Alan de Melo. **Ciências criminais : articulações críticas em torno dos 20 anos da constituição da república**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, s/p.

*A persecução criminal, mesmo na fase policial, há de ser pública, salvo nos casos de sigilo, e esta nunca deve alcançar a parte ou seu procurador. A Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) não deixa margem à dúvida, ao dispor no art. 7º, XIV, ser um dos direitos do advogado “examinar, em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”.*²¹³

Mas, infelizmente, conforme Aury Lopes Jr, muitos Tribunais simplesmente ignoravam tal orientação, fazendo “pouco caso da Constituição e da Lei 8.906”²¹⁴. Para tanto, com o intuito de por um ponto final nas recusas em permitir acesso do advogado aos autos do inquérito, surge, em 02 de fevereiro de 2009, editada pelo Supremo Tribunal Federal, a Súmula Vinculante nº 14, a qual dispõe que:

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.

Quando da edição da referida súmula o Ministro Celso de Mello afirmou que “a súmula vinculante, com o conteúdo proposto, qualifica-se como um eficaz instrumento de preservação de direitos fundamentais”²¹⁵.

Se aprovada a reforma do CPP, a legislação infraconstitucional também terá norma expressa garantindo ao investigado e seu defensor acesso ao material já produzido em sede de investigação preliminar, conforme dispõe o artigo 11, do PLS 156/09:

Art. 11. É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento.

Parágrafo único. O acesso a que faz referência o caput deste artigo compreende consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material.

²¹³ PERES, César. **O advogado constituído tem sempre acesso aos autos – agora é o Supremo Tribunal Federal quem diz**. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 22.09.2004. Acesso em 28 de fev.de 2011.

²¹⁴ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 323.

²¹⁵ Notícias STF: Plenário edita 14ª Súmula Vinculante e permite acesso de advogado a inquérito policial sigiloso, segunda-feira, 02 de fevereiro de 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=102548>.

Importante destacar que o artigo 11 reforça também aquilo que expressa a Súmula Vinculante nº 14, de que o acesso aos autos da investigação somente serão permitidos ao material já documentado; com isso, “*preserva-se o necessário sigilo aos atos de investigação não realizados ou em andamento, como por exemplo, a escuta telefônica em andamento ou um mandado de prisão ou busca e apreensão não cumprido*”²¹⁶.

3.1.3 Principais Atribuições do Juiz das Garantias

De acordo com o artigo 14 do PL 156/09, o *Juiz das Garantias*, em rol não taxativo, recebe algumas atribuições que são essenciais à sua atuação:

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;

²¹⁶ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 326.

- 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.*

Ainda, o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do artigo 14 ficará impedido de funcionar no processo, conforme redação do artigo 16 do PLS 156/09.

Algumas dessas atribuições que serão delegadas ao Juiz das Garantias merecem destaque: *(i)* decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa (o que será tratado no tópico 3.1.4); *(ii)* as cláusulas de reserva jurisdicional; e *(iii)* arquivar o inquérito policial.

Existem algumas medidas investigatórias que somente podem ser realizadas mediante autorização judicial. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a

própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado.²¹⁷

Então, é na Constituição Federal que encontraremos as denominadas cláusulas de reserva jurisdicional, as quais são atos a serem praticados com competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, conforme explica Alexandre de Moraes:

*As cláusulas de reserva jurisdicional, conforme discorre a doutrina pátria, consistem na expressa previsão constitucional de competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, com exclusão de qualquer outro, para a prática de determinados atos.*²¹⁸

A atuação do juiz na fase pré-processual (seja ela inquérito policial, investigação pelo MP, etc.) é e deve ser muito **limitada**²¹⁹, sem adentrar na atividade própria da acusação. Destarte, o *Juiz das Garantias* é quem decidirá sobre as medidas investigatórias que somente podem ser autorizadas via decisão judicial. O inciso XI, do artigo 14, elenca algumas delas: 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.

Então, é na Constituição Federal que encontraremos previsão expressa das denominadas cláusulas de reserva jurisdicional, conforme explica Alexandre de Moraes: *“as cláusulas de reserva jurisdicional, conforme discorre a doutrina pátria, consistem na expressa previsão constitucional de competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, com exclusão de qualquer outro, para a prática de determinados atos”*²²⁰.

²¹⁷ Trecho do julgamento da ADIN nº2.389, disponível em www.conjur.com.br – Revista Online – Consultor Jurídico. Acesso em: 16.10.08

²¹⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 50.

²¹⁹ LOPES, Aury Jr. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2006. p. 171.

²²⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 50.

Sem a pretensão de exaurir o tema, trataremos com maior ênfase sobre algumas medidas que deverão ser autorizadas somente pelo *Juiz das Garantias*, na fase pré-processual.

Dentre os principais exemplos de medida que somente pode ser autorizada por um juiz, está a interceptação telefônica, elencada na alínea *a*, do inc. IX, do artigo 14 do PLS 156/09, como uma das atribuições do *Juiz das Garantias*.

A interceptação telefônica é a captação feita por terceira pessoa de comunicação entre dois (ou mais) interlocutores sem o conhecimento de qualquer deles.²²¹ Dispõe o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal Brasileira, que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei nº 9.296, de 1996)²²².

Logo, a própria Constituição Federal tratou de delimitar as ressalvas à quebra do sigilo das comunicações telefônicas, só a admitindo através de ordem judicial e para fins de investigação ou instrução processual penal. Todas as hipóteses que não

²²¹ RANGEL, Paulo. **Breves Considerações sobre a Interceptação Telefônica**. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.15514>>. Acesso: 16 out. 2008.

²²² “A lei de interceptação telefônica não deixou de arranhar o sistema acusatório e, por via de consequência, a imparcialidade do órgão jurisdicional ao admitir que o juiz, de ofício, possa determinar a interceptação de comunicações telefônicas durante a fase do inquérito policial. Eis sua redação:

Art. 3º - a Interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I- da autoridade policial, na investigação preliminar;

II- do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.”

Ora, é notório o fato de que na fase de investigação preliminar o nosso atual sistema não permite que o juiz haja de ofício, uma vez que além de ferir direitos e garantias individuais, estaria afetando sua imparcialidade no processo. Sendo assim, Paulo Rangel conclui “*não há compatibilidade entre o sistema acusatório e a providência descrita na Lei 9.296/96 quando autoriza o juiz agir, ex ofício, durante a fase do inquérito policial*”, razão pela qual, podemos dizer que tal artigo é inconstitucional no tocante a este assunto. RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: visão crítica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 253.

se enquadrarem no permissivo constitucional deverão ser tidas por provas vedadas e repelidas do processo pelo Poder Judiciário²²³.

O artigo 1º da Lei 9.296/06, a qual regulamenta as interceptações telefônicas, dispõe que a *“interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça”*²²⁴.

Quando o referido artigo refere que as interceptações telefônicas dependerão de ordem do juiz competente da ação principal, percebe-se, por consequência

²²³ ALVES, Heline. **Provas Ilícitas no Processo Penal versus Interceptação de Comunicações Telefônicas**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/processo_penal/provas-ilicitas-processo-penal-heline-alves.PDF>. Acesso em: 16 out. 2008.

²²⁴ HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO PELA SUPOSTA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTIGOS 319 E 333 DO CÓDIGO PENAL, E 90, 94 E 95 DA LEI 8.666/1993. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS. AUTORIZAÇÃO POR JUIZ INCOMPETENTE. INOBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE COMPETÊNCIA PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NO CÓDIGO JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. DESENTRANHAMENTO DA PROVA EM OUTRO INQUÉRITO.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. Nos termos do artigo 1º da Lei 9.296/1996, a competência para deferir a interceptação telefônica no curso do inquérito policial é do juiz competente para a ação principal.

2. Prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento segundo o qual a competência para autorizar a interceptação telefônica no curso das investigações deve ser analisada com cautela, pois pode ser que, inicialmente, o magistrado seja aparentemente competente e apenas no curso das investigações se verifique a sua incompetência.

3. Esta não é, contudo, a hipótese dos autos, em que o pedido de interceptação telefônica foi requerido pelo Ministério Público diretamente ao Juízo de Direito da Vara do Júri, Execuções Criminais e Corregedoria da Polícia Judiciária, que deferiu a medida cautelar, a par de não possuir competência para tanto.

4. De acordo com as regras de competência previstas no Código de Processo Penal e no Código Judiciário do Estado de São Paulo, competiria a uma das Varas Criminais de Ribeirão Preto - que teria atribuição para julgar um futuro processo criminal decorrente das investigações - a apreciação do requerimento de interceptação de determinadas linhas telefônicas formulado pelo órgão ministerial.

5. Havendo quatro Varas Criminais com igual competência para processar e julgar eventual ação penal contra o paciente, o requerimento de interceptação telefônica deveria, consoante o artigo 75 do Código de Processo Penal, ter sido objeto de distribuição entre uma delas, o que não ocorreu, já que o pleito foi encaminhado ao Juiz Corregedor, titular da Vara do Júri e Execuções Criminais, em violação ao princípio do juiz natural.

6. A garantia do juiz competente não se restringe ao direito de ser processado e julgado por órgão previamente conhecido, também se aplicando às hipóteses de restrição de direitos fundamentais no curso do processo, notadamente as que pressupõem permissão judicial, como a busca e apreensão e a interceptação das comunicações telefônicas.

7. Concessão da ordem para declarar a nulidade das interceptações telefônicas e de toda a prova dela decorrente, determinando-se o seu desentranhamento dos autos.

(HC 83.632/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 20/09/2010). Destacou-se.

lógica, que tal dispositivo não terá mais eficácia se aprovada a reforma do CPP, uma vez que, em fase de investigação, quem terá a atribuição de decidir acerca das interceptações será o *Juiz das Garantias*.

Outro exemplo de cláusula de reserva jurisdicional é o previsto na alínea c, do inc. IX, do artigo 14 do PLS 156/09, o qual trata da busca e apreensão domiciliar. Dispõe o artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

A inviolabilidade do domicílio é protegida por lei, razão pela qual está garantida a segurança das pessoas, uma vez que seu lar não poderá ser invadido a qualquer momento e por qualquer motivo, salvo exceções reconhecidas pelo próprio texto constitucional. Nesse contexto são as lições de Camila Garcia da Silva:

Já em sede do Código de Processo Penal, atenta-se para a necessidade de ser expedido um mandado de busca e apreensão, devidamente fundamentado, pela autoridade judicial competente, visto que não se trata de mero procedimento ou diligência policial. Ademais, a busca pode ser feita em relação a pessoas e coisas, a pedido da vítima, do acusado, do Ministério Público e da autoridade policial, além da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), que em consonância com o art. 58, §3º da Constituição Federal, possui poderes de investigação. Todos estes agentes devem motivar a solicitação sobre a busca.²²⁵

A possibilidade de invasão domiciliar durante o dia está sujeita à cláusula de reserva jurisdicional, que tem previsão constitucional de competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, excluindo-se totalmente qualquer outro órgão estatal para a prática deste ato.

²²⁵ SILVA, Camila Garcia da. **Alguns aspectos sobre a busca e apreensão**. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em 1º mar. 11.

A partir disso, leciona Bruno Calabrich:

É importante anotar que a reserva jurisdicional diz respeito à entrada em domicílio, que pode se prestar a diversos fins, e não somente a medidas de busca e apreensão ou de prisão. A entrada em domicílio pode ser necessária, por exemplo, para que sejam instalados equipamentos de captação de áudio e vídeo (captação ambiental) ou para que seja realizado o reconhecimento e o levantamento fotográfico de um local, a fim de subsidiar o planejamento de uma operação, com a prisão de diversas pessoas, a ser desencadeada oportunamente²²⁶.

Evidente e inquestionável que para a entrada no domicílio, a fim de realizar-se busca e apreensão (ou qualquer outro ato que se exija a ordem judicial) durante o dia – e tão somente, salvo nas hipóteses de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro –, é necessário que haja autorização judicial, atribuição esta que será do *Juiz das Garantias* em fase de investigação preliminar.

A par disso, conforme já mencionado, muitas outras atribuições serão de competência do *Juiz das Garantias*, entre elas, a disposta no inciso XIV, do artigo 14: arquivar o inquérito policial.

É notório que o arquivamento do inquérito policial sempre deve ser feito pela autoridade judicial²²⁷ e isso não mudará. A novidade aqui é a introdução no Capítulo III – Do inquérito policial, uma seção (seção VII) específica para análise do arquivamento.

Nesta seção resta clara a atribuição do *Juiz das Garantias* para arquivar o inquérito policial. O Ministério Público poderá requerer o arquivamento do inquérito

²²⁶ CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: RT, 2007. p. 182-183.

²²⁷ Cf **Art. 28, CPP**. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento de inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. Ainda, convém pontuar que a autoridade policial, como determina expressamente o artigo 17 do Código de Processo Penal, não poderá arquivar o inquérito, ou, melhor, dizendo, não poderá decidir pelo arquivamento. Tal proibição, aliás, é extensiva às peças de informação, consoante se depreende da redação do artigo 28 do mesmo diploma legal. Cf. AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **Arquivamento da investigação preliminar**. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 23.08.2002. Acesso em 1º março de 2011.

policial (ou de quaisquer peças de informação), seja por insuficiência de elementos de convicção, seja por outras razões de direito que entender cabíveis²²⁸. Se o *Juiz das Garantias* não entender pela procedência do arquivamento, deverá agir conforme a disciplina do parágrafo único do artigo 38, do PLS 156/09:

Parágrafo único. O juiz das garantias, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Por fim, se realizado o arquivamento do inquérito policial, o juiz específico da fase pré-processual terá mais uma atribuição, prevista no artigo 39, do PLS 156/09: *arquivado o inquérito policial, o juiz das garantias comunicará a sua decisão à vítima, ao investigado e ao delegado de polícia*”.

3.1.4 Art. 14, VII: A presença expressa dos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa

Outro ponto que merece destaque no presente trabalho é: com a reforma do CPP e a criação do *Juiz das Garantias*, haverá na investigação penal preliminar, com maior ênfase, a salvaguarda das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório?

É importante lembrar que a natureza de uma investigação, quer seja através do inquérito policial ou de outro instrumento investigatório – conforme visto nos capítulos que antecedem este –, possuem ainda resquícios inquisitoriais e não acreditamos que isso se modificará em que pese a estrutura processual esteja sendo transformada, diga-se de passagem, em lentos passos.

Os princípios da ampla defesa e do contraditório estão previstos no artigo 5º, inciso LV, da nossa Carta Magna: *“aos litigantes, em processo judicial ou*

²²⁸ Cf PLS 156/09, art. 38. O órgão do Ministério Público poderá requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, seja por insuficiência de elementos de convicção, seja por outras razões de direito.

*administrativo, e aos acusados em geral*²²⁹ *são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.*

O contraditório, em singelas palavras, não serve apenas para dar ciência a outra parte do que está acontecendo, assegurando, desta forma, o direito à reação, mas sim, e principalmente, é garantia que a oportunidade de resposta possa se realizar na mesma intensidade e extensão.²³⁰ Mas, conforme Aury Lopes Júnior, *“quando falamos em contraditório na fase pré-processual estamos fazendo alusão ao seu primeiro momento, da informação”*²³¹.

Contudo, de extrema importância é a presença desta primeira etapa do contraditório na fase pré-processual, pois é através dela que se dará o exercício da defesa, que é um direito de réplica que nasce com a agressão que representa para o sujeito passivo a existência de uma imputação ou ser objeto de diligências e vigilância policial.²³²

O legislador, no PLS 156/09, em diversos momentos no texto infraconstitucional trouxe a presença expressa da ampla defesa e do contraditório em sede de investigação preliminar, mesmo que implicitamente. Já no artigo 3º aparece a previsão destas garantias constitucionais: *“todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais”.*

²²⁹ Assevera Aury Lopes Jr que: *“Nunca é demais recordar que o texto constitucional é extremamente abrangente, protegendo os litigantes tanto em processo judicial como em procedimentos administrativos. Não satisfeito, o legislador constituinte ainda incluiu, para evitar dúvidas, a expressão “[...] e aos acusado em geral [...]”, assegurando-lhes o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Não há como afastar o sujeito passivo da investigação preliminar da abrangência da proteção, pois é inegável que ele encaixa na situação de “acusados em geral”, pois a imputação e o indiciamento são formas de acusação em sentido amplo”.* LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 322.

²³⁰ PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 45.

²³¹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 321.

²³² LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 321.

A previsão que mais chama atenção é a prevista no capítulo que trata do *Juiz das Garantias*, em seu artigo 14, inciso VII, in verbis:

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:

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

Portanto, será atribuição do *Juiz das Garantias*, em fase de investigação preliminar, decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas – consideradas urgente e não repetíveis –, com expressa previsão de que deverão ser assegurados, para tanto, os princípios do contraditório e da ampla defesa, não deixando qualquer tipo de dúvida ou espaços para questionamentos de que deverão estar presentes as referidas garantias.

Com o código em vigência, temos a previsão de que o juiz poderá de ofício ordenar que na fase de investigação (ou durante a instrução²³³) sejam produzidas provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida (art. 156, I, do CPP). Tal previsão do CPP, em nenhum momento, expressa a salvaguarda das garantias do contraditório e da ampla defesa na produção de prova urgente e relevante.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, em algumas ocasiões já se entendeu pela presença dos referidos princípios quando da produção das provas

²³³ O PLS 156/09 traz no artigo 150 a produção de prova antecipada durante a instrução, porém exclui que tal medida possa ser decretada de ofício, e acrescenta, também, que todas serão realizadas na presença do Ministério Público e do defensor, in verbis: Art. 150. Se o acusado, citado por edital, não apresentar resposta escrita, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar, mediante requerimento do Ministério Público ou do defensor público, a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar quaisquer das medidas cautelares previstas no art. 533. § 1º As provas antecipadas serão produzidas na presença do Ministério Público e do defensor público.

urgente e irrepitíveis²³⁴, mas o que se vê é o não respeito a essas garantias, conforme leciona Guilherme de Souza Nucci:

*A produção antecipada de provas é medida cautelar incidental, podendo realizar-se antes ou depois de iniciada a ação penal. Naturalmente, mais lógico seja concretizada antes do início da demanda, pois é a fase em que não há possibilidade de captação de provas sob o contraditório judicial, como regra.*²³⁵

A intenção do legislador, quando prevê expressamente que as provas urgentes e não repetíveis devem ser realizadas sob o prisma do contraditório e da ampla defesa, é resguardar através da legislação infraconstitucional o que já se vem buscando com a Constituição Federal de 1988: que tais provas tenham sua devida valia quando juntadas aos autos de uma futura ação penal.

Quer dizer, já que obrigatoriamente elas serão juntadas, em razão da impossibilidade de serem refeitas sob o crivo do contraditório judicial, que sejam, então, realizadas, na fase pré-processual, com as devidas garantias. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior, citando, em parte, Paulo Cláudio Tovo:

Pela impossibilidade de repetição em iguais condições, tais provas deveriam ser colhidas pelo menos sob a égide da ampla defesa (isto é, na presença fiscalizante da defesa técnica), posto que são provas definitivas e, via de regra, incriminatórias (exemplos: exame de corpo de delito, apreensão de substância tóxica em poder do autor do fato). Nesse sentido, é importante permitir a manifestação da defesa, para postulação de outras provas; solicitar determinado tipo de análise ou de meios, bem como

²³⁴ Cf. Habeas-corpus: cabimento na pendência de indulto condicional (D. 1.860/96). II. Princípio do contraditório e provas irrepitíveis. O dogma derivado do princípio constitucional do contraditório de que a força dos elementos informativos colhidos no inquérito policial se esgota com a formulação da denúncia tem exceções inafastáveis nas provas - a começar do exame de corpo de delito, quando efêmero o seu objeto, que, produzidas no curso do inquérito, são irrepitíveis na instrução do processo: porque assim verdadeiramente definitivas, a produção de tais provas, no inquérito policial, há de observar com rigor as formalidades legais tendentes a emprestar-lhe maior segurança, sob pena de completa desqualificação de sua idoneidade probatória. III. Reconhecimento fotográfico. O reconhecimento fotográfico à base da exibição da testemunha da foto do suspeito é meio extremamente precário de informação, ao qual a jurisprudência só confere valor ancilar de um conjunto de provas juridicamente idôneas no mesmo sentido: não basta para servir de base substancial exclusiva de decisão condenatória. (HC 74751, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 04/11/1997, DJ 03-04-1998 PP-00003 EMENT VOL-01905-03 PP-00405).

²³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 28

*formular quesitos aos peritos, cuja resposta seja pertinente para o esclarecimento do fato ou da autoria.*²³⁶

Com o intuito de buscar um “*efetivo e não mais mitológico sistema acusatório, com estrutura (inclusive, principiológica) que o sustente*”²³⁷, a figura do *Juiz das Garantias* traz consigo previsões que ajudarão na busca deste ideal modelo democrático. Entre elas, portanto, está a preservação do contraditório e da ampla defesa quando se tratar de provas urgentes e não repetíveis a serem produzidas na fase de investigação penal preliminar, com previsão expressa no CPP.

De qualquer sorte, não se pode abarcar-se da ingenuidade a ponto de pensar que com essas singelas previsões a inquisitorialidade da investigação terá um ponto final, pois, além do que já foi estudado nos primeiros capítulos do presente trabalho, diversos são os artigos que nos fazem pensar o contrário, como por exemplo, o fato do investigado ter a possibilidade de requer diligência à autoridade policial e esta negar por entender que não há necessidade²³⁸.

Para tanto, conforme leciona Aury Lopes Jr, podemos afirmar que os atos realizados na investigação preliminar possuem eficácia probatória limitada e somente servem para fundamentar decisões interlocutórias tomadas em seu curso, como por exemplo fundamentar pedidos de prisão temporária, bem como para fundamentar a probabilidade do *fumus commissi delicti* (que justificará o processo ou o não-processo).²³⁹

²³⁶ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 301.

²³⁷ PLACHA, Priscila Sá. **Juiz das Garantias: breves considerações sobre o modelo proposto no Projeto de Lei do Senado 156/2009** in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). **O Novo Processo Penal á Luz da Constituição**. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 160.

²³⁸ Art. 26 do PLS 156/09. A vítima, ou seu representante legal, e o investigado poderão requerer ao delegado de polícia a realização de qualquer diligência, que será efetuada, quando reconhecida a sua necessidade.

²³⁹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 301.

3.2 A INCONGRUÊNCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS FRENTE AO SISTEMA ACUSATÓRIO

3.2.1 Matérias analisadas pelo Juiz das Garantias devem ser juntadas aos autos do processo²⁴⁰

Conforme exhaustivamente debatido no presente trabalho a criação do *Juiz das Garantias* tem como uma de suas principais finalidades a de impedir a contaminação do juiz do processo com as provas produzidas sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, além de evitar contato com aquelas (prováveis) provas produzidas ilegalmente, ao arrepio da lei e da Constituição Federal.²⁴¹ Destaca-se as lições de Ada Pellegrini Grinover:

Não se confunda o que se disse quanto aos poderes do juiz no processo e à sua iniciativa probatória com a atribuição de poderes para buscar elementos probatórios durante a fase da investigação prévia. Esta não pode ser confiada ao juiz, sob pena de se retornar ao juiz-inquisidor do modelo antigo. Durante a investigação, o juiz do processo acusatório tem apenas a função de determinar providências cautelares. Por isso, é oportuno que o juiz da investigação prévia (a cargo do Ministério Público e/ou da polícia judiciária) seja diverso do juiz do processo. É neste, e somente neste, que deve ser estimulada a iniciativa oficial.²⁴²

Ainda, nesse contexto, acerca da imparcialidade, ressalta Paulo Cláudio Tovo:

Quem não sacrifica a sua opinião a própria conveniência, nem às de outrem. Hoje, e talvez em todos os tempos, mais que um atributo, uma virtude, é, no entanto, a imparcialidade o mínimo que se deve exigir de um magistrado. Todo o processo penal condenatório, aliás, está montado na imparcialidade do juiz e na parcialidade das partes. Quanto mais parciais (em princípio) forem as partes, tanto maiores serão as possibilidades do terceiro imparcial fazer justiça.²⁴³

²⁴⁰ Alguns trechos deste tópico foram publicados no dia 07 de março de 2011 no site do IBCCRIM, com texto de minha autoria: SCHNEIDER, Gabriela. **O Juiz das Garantias na reforma do CPP: uma análise frente ao sistema acusatório**. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br>.

²⁴¹ MARRAFON, Marco Aurélio. **O Juiz de Garantias e a Compreensão do Processo à Luz da Constituição: Perspectivas desde a Virada Hermenêutica no Direito Brasileiro** in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, GRANDINETTI, Luis Gustavo Castanho de Carvalho [org.]. **O novo processo penal à Luz da Constituição: análise crítica do projeto de Lei 156/09, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2010, p. 145.

²⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Disponível em: www.ibccrim.org.br, 08.10.2002. Acesso em 05 de março de 2011.

²⁴³ TOVO, Paulo Cláudio. **Introdução à principiologia do Processo Penal Brasileiro** in TOVO, Paulo Cláudio [org.]. **Estudos de direito processual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 26.

Pois bem, se a intenção do legislador foi aprimorar o sistema acusatório, garantindo, de tal sorte, a imparcialidade do juiz que atuará no processo, com o objetivo de que este não se vicie com os atos praticados durante a investigação preliminar²⁴⁴, questiona-se: por que, inserido no capítulo II, o qual introduz o *Juiz das Garantias*, se faz presente um artigo que fere substancialmente esta proposta?

Importa destacar que o art. 15, §3º, da reforma do CPP, prevê a necessidade da juntada de todas as matérias submetidas à apreciação do *Juiz das Garantias*, aos autos do processo: *“os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão juntados aos autos do processo”*.

Parece que, com esta previsão legal, o legislador se desvirtua da essência que se quer aderir ao processo penal e fere o sistema acusatório, desconstruindo toda a tese sustentada para a implementação do *Juiz das Garantias*. É natural e inevitável que, tendo acesso aos autos do inquérito, o juiz do processo buscará conhecer as razões pelas quais o *Juiz das Garantias* agiu desta ou daquela forma. E, *“apesar de buscar na imparcialidade e no controle de racionalidade – residente no seu consciente – parâmetros de validade e legitimidade de suas decisões, por mais que peleje para rebentar as amarras que o ligam ao inconsciente, profere suas decisões eivadas de carga emotiva e valorativa”*²⁴⁵.

Atualmente, estabelece o artigo 155 do CPP que *“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, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”*. Com base neste dispositivo o juiz pode fundamentar a sua decisão com apoio no inquérito, desde que amparado em alguma outra prova judicial. O que é, diga-se de passagem, uma incoerência. É inadmissível que em um atual Estado Democrático de Direitos se viabilize a possibilidade de fundamentação com base em elementos colhidos na esfera inquisitorial, sem amparo dos princípios constitucionais do

²⁴⁵ COLLI, Maciel. **"Decisão Judicial, influência do inconsciente e ilusão de neutralidade da prestação Jurisdicional"**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 28 out. 10.

contraditório e da ampla defesa, em que pese alguns doutrinadores entendam o contrário:

Diz-se do inquérito policial, no qual inexistente a garantia constitucional do contraditório, que se trata de peça meramente informativa e, nessa condição, não se mostra relevante como elemento de prova para o futuro desfecho de um processo criminal. Entretanto, o inquérito fornece subsídios importantes ao promotor, que poderá formular a acusação, e também ao juiz, que dele se servirá para condenar ou absolver o acusado, em cotejo com as provas que se produziram na fase judicial. Acaba por constituir, pois, peça importante no jogo seletivo de tais operados do Direito. Como coletânea de indícios, apresenta-se a investigação policial também como futuro complemento das provas que serão produzidas em Juízo, e, nessa condição, poderá ser levada em conta na sentença como elemento subsidiário.²⁴⁶

Agora, se aprovado o projeto de reforma do CPP, o teor do referido dispositivo, que passa vigorar no art. 165, será da seguinte maneira: “o juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação os elementos utilizados e os critérios adotados”. Ou seja, o legislador retirou a possibilidade de se utilizar as provas colhidas na fase de investigação preliminar – exceto, por óbvio, as não repetíveis e antecipadas²⁴⁷ – como meio de fundamentação para embasar uma condenação. Um avanço? Sim, porém não o suficiente.

A intenção do legislador é apropriada ao retirar do texto legal a possibilidade de se fundamentar as decisões com elementos colhidos na fase de investigação penal. Contudo, nos parece que, possibilitando que se juntem aos autos as matérias colhidas na fase de investigação preliminar, no caso específico as matérias decididas pelo *Juiz das Garantias*, é fato que tais elementos continuarão influenciando nas decisões do juiz da instrução, mesmo inconscientemente.

Se a prova não é colhida por meio do contraditório e da ampla defesa, por sua natureza sigilosa e investigativa, essa prova é, sem qualquer sombra de dúvidas, maculada pela inquisitorialidade do inquérito, em flagrante contradição com o sistema acusatório, conforme lições de Guilherme de Souza Nucci:

²⁴⁶ MELLIM, Oscar Filho. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. 1 ed. São Paulo: IBCCRIM, 2010, p. 188/189.

²⁴⁷ Sobre o tema, ver seção 1.3.4 do presente trabalho.

*Lamentavelmente, muitos magistrados valem-se do inquérito para calcar suas decisões, como se fosse instrumento produzido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Utilizar o inquérito para sustentar a condenação do acusado, é, nitidamente, inconstitucional.*²⁴⁸

Assim, qualquer contato²⁴⁹ do magistrado com a prova produzida no inquérito policial será prejudicial ao julgamento do mérito da ação principal, pois estaremos vivendo um ressurgimento do sistema inquisitivo que poderá ser estendido até o momento da sentença, quando em verdade, deveria ter se finalizado depois do oferecimento da denúncia.²⁵⁰ Conforme os ensinamentos de Salah Kalhed:

O caminho para uma verdade mais segura passa pelo contraditório, pela compreensão e interpretação, que implicam em uma tomada de posição, e isso não tem nada de passividade. Ainda, os juízes devem julgar com base em provas corrigidas à exaustão a partir do contraditório e limitadas por garantias constitucionais.²⁵¹

Destarte, a inserção do art. 15, §3º, no CPP torna-se inadequada frente ao sistema acusatório, pois fere um dos principais objetivos que se busca com a introdução do *Juiz das Garantias* no processo penal brasileiro: assegurar a (tão sonhada) imparcialidade do magistrado que atuará na fase processual, sem que esse se contamine com as provas colhidas na fase investigatória.

3.2.2 Recebimento da Denúncia

O recebimento da denúncia é também um dos pontos discutíveis quando se fala na inserção do *Juiz das Garantias* frente ao sistema acusatório. A questão pertinente aqui tem praticamente o mesmo fundamento da seção anterior: se o juiz

²⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 150.

²⁴⁹ Perceba-se aqui que o § 1º, do art. 15, estabelece que *“proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo”*. Neste caso, como **regime de exceção** (ou, pelo menos, deveria ser), a matéria (e tão-somente ela) que se iniciou em fase de investigação será juntada aos autos do processo. De qualquer sorte, fica a crítica de André Machado Maya acerca da matéria: *“as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo. Aqui, tem-se claramente a possibilidade de contaminação do juiz pelos elementos de convicção produzidos no inquérito policial, exatamente em sentido contrário ao objetivo do instituto proposto pelo projeto. Melhor seria, a propósito, que todas as postulações da autoridade policial ou do Ministério Público, referente à investigação criminal, fossem decididas pelo juiz das garantias, e só depois fosse oferecida a denúncia”*. MAYA, André Machado. **O juiz das garantias no projeto de reforma do código de processo penal**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 17, n. 204, p. 06-07, nov., 2009.

²⁵⁰ PIMENTEL, Fabiano. **A caixa de Pandora no Processo Penal** in Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Ano VI, N 34(fev/mar 2010), p. 66.

²⁵¹ KHALED JR., Salah H. **Ambição e verdade no Processo Penal**. Salvador: JusPodium, 2009, p. 354.

do processo tem o condão de receber ou rejeitar a denúncia, não terá ele que ter acesso aos autos da investigação para analisar se há justa causa para iniciar o processo?

Dispõe o artigo 15, do PLS 156/09, que “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”. Ou seja, não será atribuição do Juiz das Garantias receber ou não a denúncia, mas sim do juiz que presidirá a instrução.

Para o recebimento da denúncia é necessário que o magistrado fundamente os motivos pelos quais está seguindo esse caminho, conforme leciona Marcellus Polastri Lima:

Porem, dada a carga decisória do despacho de recebimento da denúncia, com múltiplos efeitos no processo, e em face do disposto no art. 93, IX, da Constituição de 1988, entendemos que deve haver fundamentação, mesmo que de forma sucinta, fazendo-se menção ao preenchimento dos requisitos dos arts. 41 e 43 do CPP, sendo inadmissível, como se vislumbra na prática, recebimento por “carimbo” ou “etiqueta”, às vezes apostos por serventuários do cartório²⁵².

Então, se o magistrado terá que fundamentar as suas razões quando do recebimento da denúncia, nada mais lógico que buscar nos dados da investigação fatos que corroborem a sua decisão, e, dessa forma, tomará conhecimento dos elementos indiciários colhidos na fase pré-processual; ferindo, portanto, o princípio da imparcialidade que – exaustivamente –, é o que se busca com a inserção do Juiz das Garantias:

No entanto é preciso destacar que sua atuação pressupõe um giro paradigmático na própria compreensão funcional dos juízes no processo penal na medida em que exige uma atuação comprometida com o sistema acusatório, nos termos previstos no art. 4º do anteprojeto em debate, aliado ao imprescindível comprometimento com a efetividade dos direitos e garantias de liberdade contemplados na Constituição de 1988, sob pena de

²⁵² POLASTRI, Marcellus Lima. **Ministério Público e Persecução criminal**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007, p. 217.

*tornar ineficaz o grande esforço promovido pelo legislador no sentido de adequar o novo Código aos ditames constitucionais.*²⁵³

Para tanto, segundo alguns doutrinadores, a competência do *Juiz das Garantias* deveria cessar somente após o recebimento da denúncia, quer dizer, deveria ser dele a atribuição de recebê-la ou rejeitá-la, conforme Mauricio Zanoide de Moraes:

*sua competência deverá ser encerrada não com o oferecimento da acusação formal, mas deverá ele analisar se recebe ou rejeita essa imputação, passando ao juiz da causa a ação penal já instaurada e a relação processual já plenamente formada. Essa segunda sugestão tem como finalidade, entre outras, a possibilidade de os autos do inquérito policial não servirem para a formação da convicção do juiz da causa, ressalvados, por óbvio, os elementos de informação irrepetíveis ou urgentes...*²⁵⁴

Assim, se o *Juiz das Garantias* tivesse a atribuição de receber ou rejeitar a denúncia, não teria o juiz do processo acesso aos dados colhidos na investigação preliminar, e, portanto, estaria resguardado o sistema acusatório, conforme André Machado Maya:

*Além disso, importa considerar que a cessação da competência do juiz das garantias com a propositura da ação penal, de forma tornar competente para o recebimento da denúncia o juiz do processo, gera o inconveniente de impor a esse magistrado o necessário exame dos elementos indiciários colhidos na fase pré processual, a fim de verificar a existência de justa causa para o processo penal. Aproxima-se, outra vez, o juiz do processo dos elementos colhidos na investigação. O exame dos autos da investigação preliminar retira o distanciamento que a figura do juiz das garantias pretende propiciar ao magistrado do processo. Melhor seria, pois, que o próprio juiz das garantias fosse o competente para o recebimento da denúncia, encaminhando os autos, ao magistrado competente para a instrução criminal.*²⁵⁵

No mesmo sentido, temos a posição de Rubens Casara:

²⁵³ MARRAFON, Marco Aurélio. **O Juiz das Garantias e a compreensão do processo à luz da Constituição: perspectivas desde a virada hermenêutica no direito brasileiro** in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, GRANDINETTI, Luis Gustavo Castanho de Carvalho [org.]. **O novo processo penal à Luz da Constituição: análise crítica do projeto de Lei 156/09, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2010, p. 146.

²⁵⁴ MORAES, Mauricio Zanoide de. **Quem tem medo do juiz das garantias?** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/>. Acesso em 15.12.10.

²⁵⁵ MAYA, André Machado. O juiz das garantias no projeto de reforma do código de processo penal. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 17, n. 204, p. 06-07, nov., 2009.

*Afirma-se que a competência do juiz das garantias cessa com a propositura da ação penal. Em atenção ao princípio acusatório, o ideal seria que essa cessação só se desse após o juízo de admissibilidade da acusação, que, para se comprovar a seriedade da imputação (justa causa), exige que o órgão judicial conheça de elementos de convicção produzidos, em regra, unilateralmente pelo Estado-Administração. Ao valorar elementos inquisitoriais produzidos e finalisticamente dirigidos ao órgão acusador, o juiz que irá julgar o caso penal (juiz do processo) comprometerá sua imparcialidade.*²⁵⁶

Enfim, tendo o juiz do processo contato com o que foi produzido em sede de investigação criminal para fundamentar o recebimento da denúncia, parece que fere o que se propõe com a reforma do CPP, pois prejudicada estará (mais uma vez!) a imparcialidade do magistrado que irá julgar o caso, lesando substancialmente a proposta de se firmar o sistema acusatório no nosso ordenamento jurídico.

3.3 QUADRO COMPARATIVO: Brasil, Província de Buenos Aires e Portugal

Após estudar quais serão as principais características e atribuições do *Juiz das Garantias* no Brasil, de acordo com o PL 156/09, do Senado Federal, interessante encerrar o presente trabalho com um quadro comparativo entre o nosso país, a Província de Buenos Aires, na Argentina, e Portugal²⁵⁷, para entendermos as semelhanças e diferenças entre esses ordenamentos, no que tange ao foco principal, que é a inserção de um juiz específico para atuar na fase de investigação, visando o aprimoramento do sistema acusatório.

Para tanto, utilizamos as variáveis (i) presidência da Investigação Penal Preliminar pelo Ministério Público; (ii) presidência da Investigação Penal Preliminar pela Polícia Judiciária; (iii) presença de uma fase preliminar específica para investigação; (iv) presença de uma fase intermediária para debates; (v) presença de fase principal (instrutória); (vi) presença de um juiz específico para fases que

²⁵⁶ CASARA, Rubens R.R. Juiz das Garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão *in* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, GRANDINETTI, Luis Gustavo Castanho de Carvalho [org.]. **O novo processo penal à Luz da Constituição: análise crítica do projeto de Lei 156/09, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2010, p. 175.

²⁵⁷ Ver capítulo 2, seção 2.3 (PANORAMA COMPARATIVO – PORTUGAL E PROVÍNCIA DE BUENOS AIRES).

antecedem o julgamento; (vii) presença de um juiz específico para julgar; e (viii) aprimoramento do sistema acusatório.

Para assinalar a presença ou não das características acima elencadas, temos: (i) sim, para a confirmação; (ii) não, para a ausência; e (iii) discutível, caso haja discussão acerca do fato.

PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS	BRASIL	BUENOS AIRES	PORTUGAL
Presidência da Investigação Penal Preliminar pelo Ministério Público	Discutível*	Sim	Sim
Presidência da Investigação Penal Preliminar pela Polícia Judiciária	Sim	Não	Não
Presença de uma fase preliminar específica para investigação	Sim	Sim	Sim
Presença de uma fase intermediária para debates	Não	Sim	Sim
Presença de fase principal (instrutória)	Sim	Sim	Sim
Presença de um juiz específico para fases que antecedem o julgamento	Sim	Sim	Sim
Presença de um juiz específico para julgar	Sim	Sim	Sim
Aprimoramento do Sistema Acusatório	Sim	Sim	Sim

* Ver Capítulo 1, seção 1.4.2.

Deste modo, percebe-se que, mesmo com algumas diferenças na estrutura processual penal entre o Brasil, a Província de Buenos Aires e Portugal, todos os três possuem um objetivo em comum: cada vez mais aprimorar o sistema acusatório dentro dos seus ordenamentos.

Não é para tanto, que – é claro, cada um em seu tempo – inseriu na sua lógica processual penal um juiz para atuar somente na fase de investigação preliminar, atuando diretamente na salvaguarda de direitos e garantias individuais fundamentais

dos cidadãos, bem como controlando a legalidade das investigações (que, no Brasil, como regra, é realizada pela polícia judiciária, existindo incansáveis debates sobre o Ministério Público atuar frente às investigações; e, em Portugal, bem como na Província de Buenos Aires, as investigações são presididas diretamente pelo Ministério Público).

Verifica-se, portanto, que o foco principal de introduzirem um juiz específico para atuar na investigação – em que pese exista peculiaridades em cada ordenamento jurídico – é garantir a imparcialidade do magistrado que, ao final da instrução, julgará a causa. Quer dizer, garantir que esse juiz tenha condições de julgar, de acordo com as provas produzidas sob o crivo do contraditório, sem que se valha de prejuízos, entre eles os que advêm da fase pré-processual. São válidas, neste momento, as lições de Geraldo Prado:

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 um juízo apriorístico.²⁵⁸

Desta maneira, temos que os ordenamentos jurídicos em destaque se assemelham por buscarem no juiz que julgará o processo a devida garantia da imparcialidade, afastando-o da fase de investigação, onde se colhem elementos indiciários, que possam a vir causar-lhes valorações que não consigam se despir na hora de sentenciar. A imparcialidade do juiz exige justamente que ele *“se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune aos preconceitos que a formulação antecipada de uma tese produz, alheia ao mecanismo do contraditório”²⁵⁹.*

²⁵⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006, p. 111.

²⁵⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006, p. 175.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho consistiu em elaborar um estudo acerca da nova figura que surgiu com o PL 156/09, do Senado Federal, que – se aprovada a reforma do CPP²⁶⁰ –, será introduzida ao nosso ordenamento jurídico: o *Juiz das Garantias*. Este juiz atuará somente na fase de investigação penal preliminar, atuando na salvaguarda dos direitos individuais dos investigados, bem como controlando a legalidade das investigações, que serão presididas pela polícia judiciária e/ou pelo Ministério Público.

A investigação penal preliminar possui uma função de extrema importância no ordenamento processual penal brasileiro, pois é através dela que se pode apurar uma suposta autoria, bem como indícios de materialidade de um fato ilícito. São dois os principais fundamentos de sua existência: (i) sensação de segurança (a qual prevê a real atuação dos órgãos estatais) e (ii) evitar acusações infundadas (evitar que se sofram os “males” de um processo criminal).

Três são os sistemas de investigações penais preliminares existentes: juiz instrutor, investigação policial e promotor investigador. A primeira, que prevê o juiz atuando na presidência das investigações, agindo na busca de elementos de convicção, está totalmente descartada do nosso ordenamento pátrio, diferentemente da França, por exemplo, que adere ao juiz instrutor.

²⁶⁰ O PLS 156/2009 foi aprovado pelo Senado Federal, com redação final publicada em 18.12.10. Atualmente, o projeto tramita na Câmara dos Deputados, através do PL 8045/2010 que foi apensado ao PL 7987/2010, de relatoria do deputado Miro Teixeira.

Já os outros dois sistemas de investigações muito causam polêmicas e discussões na doutrina, bem como na jurisprudência, por existirem divergências de opiniões acerca de quem pode presidir uma investigação criminal. Seria atribuição exclusiva da polícia judiciária? Ou, além desta, o Ministério Público também possui atribuição para atuar frente à fase pré-processual?

Atualmente, no Brasil, como regra, temos a investigação policial, presidida pelo Delegado de Polícia, que é quem conduz o inquérito policial. Ocorre que, a doutrina e jurisprudência dividem-se quando se trata da exclusividade da polícia judiciária atuar frente às investigações. Alguns pesquisadores entendem que o agente do *Parquet* também poderia atuar na fase pré-processual como investigador.

Diversos são os argumentos que sustentam a legitimidade do Ministério Público atuar na presidência das investigações e vice-versa, tanto é que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a repercussão geral da matéria. O que se espera, para consolidar o assunto, é uma decisão do Plenário do STF com o julgamento do HC 84548, que, até o presente momento, não ocorreu.

Além das discussões das instituições acima descritas, a investigação penal preliminar possui outros tantos pontos importantes, entre eles, a essência de uma investigação: colher elementos de autoria e materialidade acerca do suposto fato criminoso. Quer dizer, em que pese à “disputa” pela presidência das investigações seja um tema polêmico, não se pode esquecer que alguém estará sendo investigado.

Esse cidadão que será investigado merece ter suas garantias e direitos individuais respeitados, bem como merece ser submetido a uma investigação (seja pela polícia judiciária, seja pelo Ministério Público) que respeite as regras de legalidade, razão pela qual, a atuação de um terceiro imparcial nesta fase é de extrema relevância para que se garanta a real eficácia destes anseios. Este é o papel do juiz.

Por regra de prevenção, no Brasil, atualmente, o mesmo juiz que atua na fase investigatória estará investido na função de julgador (se o procedimento vier a se tornar um processo). Ora, se temos assegurado pela Constituição Federal de 1988 o sistema acusatório, precisamente em seu artigo 129, inciso I, precisamos adequar o nosso ordenamento infraconstitucional à Carta Magna, rompendo desta maneira, com a regra de prevenção, senão vejamos.

O sistema acusatório separa as funções de acusar, defender e julgar. Sustenta-se que o julgador precisa ser imparcial, para que esteja apto a recepcionar as provas produzidas pelas partes, sem que tenha tido contato com elas.

Desta maneira, diversos ordenamentos jurídicos, visando aprimorar o sistema acusatório, adotaram em seus códigos um juiz específico para atuar nas fases que antecedem o julgamento, sendo ele, portanto, um espectador, e somente se manifesta quando provocado, atuando na salvaguarda de direitos individuais e controlando a legalidade das investigações. Portugal e a província de Buenos Aires, na Argentina, foram as localidades escolhidas para ilustrar a matéria no presente trabalho.

Constatou-se em Portugal e na província de Buenos Aires, cada qual com a sua estrutura processual penal peculiar, a implementação de um juiz para atuar nas fases que antecedem o julgamento, justamente para garantir a imparcialidade do magistrado que sentenciará. Percebeu-se que, o mesmo juiz que atuava na fase pré-processual chegava ao processo criminal já com julgamentos morais e sociais filtrados, pois anteriormente já havia decidido acerca de pedidos de interceptações telefônicas ou quebras de sigilo, por exemplo, formando, desde então, o seu julgamento, mesmo que inconscientemente.

Desta forma, averiguou-se que somente há *“condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória”*²⁶¹, razão pela qual o

²⁶¹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 131.

princípio da imparcialidade (que não se confunde com neutralidade) é um dos mais importantes princípios que regem o sistema acusatório.

Foi partindo deste pressuposto, que o legislador, com o PLS 156/09, preocupado em consolidar ao nosso ordenamento infraconstitucional as garantias previstas na Constituição Federal, criou o *Juiz das Garantias*, que atuará tão-somente na fase de investigação penal preliminar, firmando, desta forma, o sistema acusatório. De acordo com o artigo 14 do referido projeto de lei, ele é “*o 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*”.

Conforme exposição de motivos, do PL 156/09 originário, do Senado Federal, p. 18, temos que:

Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais.

Diversas serão as atribuições e funções do *Juiz das Garantias*, como por exemplo: decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurando o contraditório e a ampla defesa; decidir acerca das matérias ligadas as cláusulas de reserva jurisdicional (medidas investigatórias que somente podem ser realizadas mediante autorização judicial).

Todavia, algumas questões inseridas no capítulo que introduz o *Juiz das Garantias* no CPP já são alvos de questionamentos por pesquisadores, principalmente por parecerem desvirtuar o que se quer com a implementação deste instituto, que é garantir a imparcialidade do juiz julgador, conforme visto anteriormente. Entre as discussões mais polêmicas estão: (i) as matérias de

apreciação do *Juiz das Garantias* deverão ser juntadas aos autos do processo e (ii) o recebimento da denúncia.

Os questionamentos colocados, no presente trabalho, em relação aos dois fatores acima apontados foram respectivamente: (i) o juiz do processo, conhecendo as matérias analisadas pelo *Juiz das Garantias*, não tomará ciência dos atos que foram praticados em sede de investigação?; e (ii) se o juiz do processo tem o condão de receber ou rejeitar a denúncia, não terá ele que ter acesso aos autos da investigação para analisar se há justa causa para iniciar a ação penal?

Partindo da máxima que “*por força do princípio acusatório o juiz que investiga ou que monitora a investigação não pode julgar a causa*”²⁶², tudo em razão da imparcialidade, pressuposto básico do devido processo legal, considerou-se como incongruentes ao sistema acusatório os dois fatores acima expostos, os quais foram inseridos pelo legislador ao capítulo do *Juiz das Garantias*.

Importante ressaltar que a proposta do presente trabalho foi analisar o *Juiz das Garantias* (de acordo com o PLS 156/09) dentro das atuais situações vivenciadas nas nossas fases pré e processual, bem como fazer uma comparação com ordenamentos que já o adotaram, no caso concreto, a província de Buenos Aires e Portugal, para que, desta forma, houvesse um melhor entendimento da razão de se querer implementar tal instituto no Brasil.

Desta forma, trouxemos à tona uma discussão processual atual, e, justamente por ser o *Juiz das Garantias* uma inovação no processo penal brasileiro, bem como serem escassos os trabalhos sobre o tema, buscou-se aprimorar o debate que está sendo realizado pelo legislador na reforma do CPP, colaborando em um diálogo mais produtivo e uma relação de simbiose entre a academia e a sociedade.

²⁶² GOMES, Luiz Flávio. **O juiz das garantias projetado pelo novo CPP**. Disponível em: <http://www.estadodedireito.com.br/2011/02/16/o-juiz-das-garantias-projetado-pelo-novo-cpp/>. Acesso em 22 fev. de 2011.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. **Garantias do Processo Penal Acusatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005,

ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **A Investigação criminal no PL 156/09** in Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 217, p. 08, dez., 2010.

ALONSO, Romero; PAZ, Maria. **El proceso penal em Castilla (Siglos XIII al XV)**. Ediciones Univeridad de Salamanca: Salamanca (España), 1982.

ALVES, Alexandre Magno Vasconcelos. **A imparcialidade do juiz**. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21162/imparcialidade_juiz.pdf?sequence=1. Acesso em 18 de fev.11.

ALVES, Heline. **Provas Ilícitas no Processo Penal versus Interceptação de Comunicações Telefônicas**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/processo_penal/provas-ilicitas-processo-penal-heline-alves.PDF>. Acesso em: 16 out. 08.

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória perante às realidades alemãs e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ASSIS, Maria Thereza Rocha de; SAAD, Marta. **Constituição da República e exercício do direito de defesa no inquérito policial** in: PINHO, Ana Cláudia Bastos de.; GOMES, Marcus Alan de Melo. Ciências criminais : articulações críticas em torno dos 20 anos da constituição da república. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AUXILIADORA, Jackeline; ANDRADE, Leilane; CRUZ, Luis Carlos. **As heresias medievais**. Disponível em: http://linux.alfamaweb.com.br/sgw/downloads/142_105023_AsHeresiasMedievais.pdf . Acesso em 16. dez. 10.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **Arquivamento da investigação preliminar**. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 23.08.2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Investigação Pelo Ministério Público**. p. 16-17. Disponível em: <http://2ccr.mpf.gov.br>>. Acesso em: 07 out. 08.

BASTOS, Marcelo Lessa. **A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

BERTOLINO, Pedro J. **El juez de garantías – en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires**. Buenos Aires: Depalma, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **A Inconstitucionalidade dos Poderes Investigatórios do Ministério Público**. IBCCRIM 66. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BIZOTTO, Alexandre; JOBIM, Augusto; Eberhardt, Marcos. **Sistema Acusatório: (Apenas) Uma Necessidade do Processo Penal Constitucional**. Disponível em <http://www.direitoempresarial.net/Repositorio/Artigos/17.pdf>. Acesso em 13 dez. 10.

BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação Penal: as fases administrativas e judicial da persecução penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOSCHI, Marcus Vinicius. **Código de Processo Penal Comentado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BUNGE CAMPOS, Luis Maria. **Sistema procesal penal de Portugal**, em Edmundo S. Hendeler, Sistemas procesales penales comparados, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

BUSATO, Paulo César. **De Magistrados, Inquisidores, Promotores de Justiça e Samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um Sistema Acusatório** in O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)/ Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, organizadores. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: RT, 2007.

CALDERON, Federico Campos. **La garantía de imparcialidad del juez en el proceso penal acusatorio: consideraciones en torno a su pleno alcance en el sistema procesal costarricense**. Disponível em Disponível em <http://www.pandectasperu.org/revista/no200907/jcampos.pdf>. Acesso em 19 de fev.11.

CARVALHO, Salo de. **Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial**. Disponível em <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/5183/3898>. Acesso em 10.dez.10.

CASARA, Rubens R.R. **Juiz das Garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão** in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; GRANDINETTI, Luis Gustavo Castanho de Carvalho [organiz]. O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

_____, Fauzi Hassan. **Temas de Direito e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2004.

CLEVE, Clémerson Merlin. **Investigação Criminal e Ministério Público**. REDE – Revista Eletrônica do Direito do Estado. p. 06. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/>>. Acesso em: 07 out.08.

COLLI, Maciel. **"Decisão Judicial, influência do inconsciente e ilusão de neutralidade da prestação Jurisdicional"**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 19 fev. 11.

COUSO, Javier; HILBINK, Lisa. **Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideational Roots of Rights Adjudication in Chile**. Disponível em <http://www.juecesypoliticaenamericalatina.cide.edu/papers/hilbink.pdf>. Acesso em 19 fev.11.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

_____, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [coord]. Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro:Renovar, 2001.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Desconsideracao previa de culpabilidade e presuncao de inocencia**. Boletim IBCCRIM. Sao Paulo, n.70/Ed.esp., p. 18-19, set. 1998.

DIETER, Mauricio Stegemann. **O sistema de investigação criminal brasileiro e o novo código de processo penal que se anuncia** in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público e a Inexistência de Impedimento/Suspeição para o Oferecimento da Denúncia**. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/processo_penal/invest_criminal-mp.pdf. Acesso em 04 jan.11.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____, Luigi. **El derecho como sistema de garantías**. Disponível em: http://dialnet.unirioja.es/servlet/dcfichero_articulo?codigo=2551827&orden=0. Acesso em: 15 dez. 10.

_____, Luigi. **Justicia penal y democracia. El contexto extra-procesal**. Disponível em http://dialnet.unirioja.es/servlet/dcfichero_articulo?codigo=2530059&orden=0. Acesso em 16 fev.11.

FRANCISCHINI, Nadialice de Souza; CARDONA, Vinicius. **A influência dos preconceitos no processo de interpretação da norma jurídica pelo juiz.** Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/nadialice_francischini_de_souza.pdf. Acesso em 19 fev.11.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito de Segurança - Segurança do Estado e Segurança do Cidadão.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_34/panteao.htm. Acesso em: 05 jan.11.

FREITAS, Marcelo Eduardo. **O direito do indiciado a uma investigação defensiva e contraditória no inquérito policial**, 2009. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em 20 jan.11.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Atividade do juiz criminal frente à Constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório** in GAUER, Ruth Maria Chittó [org]. Sistema Penal e Violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal – considerações críticas.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **O Juiz de (das) Garantias Projetado pelo Novo Código de Processo Penal.** Disponível em http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6699/O_Juiz_de_das_Garantias_Projeta_do_pelo_Novo_Codigo_de_Processo_Penal. Acesso em 14 fev. 11.

_____, Luiz Flávio; SCLIAR, Fábio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia.** Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 09 dez. 10.

GRANDINETTI, L.G Castanho de Carvalho; BRANDÃO, Nuno; MARQUES, Germano da Silva; PRADO, Geraldo. **Processo Penal do Brasil e de Portugal – Estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira.** Coimbra: Almedina, 2009.

GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo.** <https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1/2>. Acesso em 15 dez. 10.

GRECO, Vicente Filho. **Manual de Processo Penal.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório.** Disponível na internet: www.ibccrim.org.br. Acesso em 14 fev.11.

_____, Ada Pellegrini. **A instrução Processual Penal em Ibero-América.** São Paulo, 2004, p. 5. Disponível em <http://ijj.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/ijj/ponencias%20300104/mesa4/100s.pdf>. Acesso em: 11 dez. 10.

_____, Ada Pellegrini. **Que juiz inquisidor é esse?.** Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.30, p. 01, jun. 1995.

KAC, Marcos. **O Ministério Público na Investigação Penal Preliminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

KHALED JR., Salah H. **Ambição e verdade no Processo Penal**. Salvador: JusPodium, 2009.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares. **Sistemas Processuais Penais**. Disponível em http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_30005.pdf. Acesso em 08 fev. 11.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

_____, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. II. 5 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

_____, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2006.

LOPES, Fabio Motta. **O inquérito policial é mera peça informativa?** Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 181, p.10, dez. 2007.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l, 2004.

MARRAFON, Marco Aurélio. **O juiz de garantias e a compreensão do processo à luz da Constituição: perspectivas desde a virada hermenêutica no direito brasileiro** in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; GRANDINETTI, Luis Gustavo Castanho de Carvalho [organiz]. **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINS, Charles Emil Machado. **A reforma e o “poder instrutório do Juiz”**. Será que somos medievais? In CALLEGARI, Andre Luis; WEDY, Miguel Tedesco [orgs]. **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAYA, André Machado. **Impedimento, suspeição e imparcialidade: algumas linhas sobre as regras processuais de proteção ao direito de ser julgado por um juiz imparcial** in FAYET, Ney Júnior, MAYA, André Machado [org.]. **Ciências Penais: perspectivas e tendências da contemporaneidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

MAYA, André Machado. **O juiz das garantias no projeto de reforma do código de processo penal**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 17, n. 204, p. 06-07, nov., 2009.

MELLIM, Oscar Filho. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. 1 ed. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

MODESTO, Danilo von Beckerath. **O critério da prevenção como afronta à imparcialidade do juiz criminal**. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1844>. Acesso em 21 fev.11.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Mauricio Zanoide de. **Quem tem medo do juiz das garantias?** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/>. Acesso em 15 dez. 10.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. **Constituição da República e Exercício do Direito de Defesa no Inquérito Policial** in PINHO, Ana Claudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (coords.). Ciências Criminais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ORTIZ, Maria Isabel Valdecabres. **Imparcialidad del juez y medios de comunicacion**. Valencia: Tirant lo Blanch y Universitat de Valencia, 2004.

PACHECO, Eliana D. **Princípios norteadores do Direito Processual Penal**. Disponível em <http://www.webartigos.com/articles/9154/1/Principios-Norteadores-Do-Direito-Processo-Penal/pagina1.html>. Acesso em 10 fev.11.

PAMPLONA, Rodolfo Filho. **O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social**. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2052/o-mito-da-neutralidade-do-juiz-como-elemento-de-seu-papel-social>. Acesso em 18 fev.11.

PERES, César. **O advogado constituído tem sempre acesso aos autos – agora é o Supremo Tribunal Federal quem diz**. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 22.09.2004. Acesso em 28 de fev. 11.

PIMENTEL, Fabiano. **A caixa de Pandora no Processo Penal** in Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Ano VI, N 34(fev/mar 2010).

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **In dubio pro societate x processo penal garantista**. Disponível em: <http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=1258>. Acesso em 04 jan.11.

PINTO DOS SANTOS, Francisco José. **El nuevo Código de Proceso Penal portugués**. Disponível em: http://dialnet.unirioja.es/servlet/dfichero_articulo?codigo=2531018&orden=0. Acesso em: 30 dez. 10.

PLACHA, Priscilla Sá. **Juiz de Garantias: breves considerações sobre o modelo proposto no projeto de lei do Senado 156/2009** in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; GRANDINETTI, Luis Gustavo Castanho de Carvalho [organiz]. O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

POBLETE, Miguel Angel Reyes. **Organización y atribuciones de los tribunals de justicia**. Disponível em <http://www.temasdederecho.cl/PDF/tribunales.pdf>. Acesso em 19 fev.11.

POLASTRI LIMA, Marcellus. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____, Marcellus. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

PONTES, Manuel Sabino. **Investigação Criminal pelo Ministério Público: uma crítica aos argumentos pela sua inadmissibilidade**. Disponível em <http://www.mp.rn.gov.br/userfiles/file/revistamp/revmp0002.pdf>. Acesso em 24 jan.11

PRADO, Geraldo. O DIREITO POR QUEM O FAZ – **O princípio do NEMO TENETUR se detegere**. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 22 fev. 11.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das Leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

RAMAZZINI, Erick Fernando Galván. **Necessidad de Reformar El artículo 326 del Código procesal penal para que juez distinto conozca de La acusacion que debe plantearse**. Disponível em http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6451.pdf, p 25. Acesso em 19 fev.11.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. **Imparcialidade e neutralidade: identidade?** Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná – n. 1 – Jan/Jul 2008. Acesso em 19 fev.11.

RANGEL, Paulo. **Breves Considerações sobre a Interceptação Telefônica**. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.15514>>. Acesso: 16 out. 2008.

_____, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

_____, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2006.

_____, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: visão crítica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005

REVISTA ONLINE, Consultor Jurídico. **Trecho do julgamento da ADIN nº2.389**. Disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 16 out. 08.

ROBERTO, Welton. **A influência dos meios de comunicação na imparcialidade dos jurados**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.142, p. 7-9, set. 2004.

SAAD, Marta. **Exercício do direito de defesa no inquérito policial**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n.166, p. 6, set. 2006.

SANTOS, Fernando dos. **A Garantia Constitucional de Devido Processo Legal**. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/29833>. Acesso em 14 fev.11.

SCARANCE, Antonio Fernandes. **Processo Penal Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SCHNEIDER, Gabriela. **O Juiz das Garantias na reforma do CPP: uma análise frente ao sistema acusatório**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>.

SILVA, Afrânio Jardim. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Camila Garcia da. **Alguns aspectos sobre a busca e apreensão**. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em 1º mar. 11.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006,

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____, Fernando da Costa. **Processo penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 29. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOVO, Paulo Cláudio. **Introdução à principiologia do Processo Penal Brasileiro** in TOVO, Paulo Cláudio [org.]. Estudos de direito processual penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

ULHOA, Joel Pimentel de. **O Juiz e a Lei**. Philósofos: Revista de Filosofia, 2002. Disponível em www.revistas.ufg.br.

ZILLI, Marcos. O DIREITO POR QUEM O FAZ – **Embriaguez ao volante (art. 306, CTB). Bafômetro, princípio da legalidade, NEMO TENETUR se detegere e falta de justa causa para a ação penal. Denúncia rejeitada**. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 22 fev. 11.

ZORZAN, Juliano Santos. **A persecução criminal pré-processual e o princípio da eficiência**. Revista DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões Sociojurídicas – Ano IX – Nº 12- Março 2009, p. 200. Disponível em http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/viewFile/179/120. Acesso em 15 jan. 11.