

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

O JUIZ DAS GARANTIAS
PREVISÃO DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Sérgio Augusto Souza Brandani

Presidente Prudente/SP

2011

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

O JUIZ DAS GARANTIAS
PREVISÃO DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Sérgio Augusto Souza Brandani

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP

2011

O JUIZ DAS GARANTIAS
PREVISÃO DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito

Rodrigo Lemos Arteiro

Floretan Rdrigo do Prado

Marcus Vinícius Feltrin Aquotti

Presidente Prudente, 20 de outubro de 2011

“[...] somos o resultado de nossos desafios. Com grandes desafios, nos tornamos grandes. Com pequenos desafios, nos tornamos pequenos. Aprendi que, quanto mais bravo o leão, mais gratos temos de ser. [...] não devemos matar um leão por dia, mas sim cuidar do nosso. Porque o dia em que o leão em nossas vidas morre, começamos a morrer junto com ele.”

Pierre Schürmann

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, que me deu a graça de poder realizar este trabalho e concretizar um sonho que parecia tão distante.

Ao meu orientador, pela atenção dada, pela cooperação no desenvolvimento das idéias e por me dar ânimo para continuar fazendo o melhor.

À minha querida mãe, pelas orações que, estou certo, foram todas ouvidas por Deus; e ao meu amado pai (*in memoriam*), por ter me ensinado o caminho em que devo andar.

Ao meu filho amado, pelas muitas horas longe de seu pai que se dedicava em terminar este trabalho. É para você todo o meu esforço. Papai te recompensará.

À Janaína, minha amada esposa. Você sempre acreditou em mim mais do que eu mesmo. Você é o prumo que Deus colocou em minha vida para me manter sempre no caminho; para me fazer ir adiante; e para alcançar muito mais do sozinho, sozinho, eu seria capaz. Muito obrigado por estar sempre ao meu lado. Te amo!

RESUMO

A realidade do Processo Penal no Brasil é a de um Código obsoleto e de um sistema persecutório de fortes traços inquisitivos em total descompasso com o Sistema Acusatório preconizado pela Constituição Federal de 1988. Consciente de tal fato, o legislador prepara um novo Código de Processo Penal onde prevê a criação do Juiz das Garantias, cuja função precípua é a de zelar pela legalidade durante o inquérito policial e resguardar os direitos e garantias do investigado. Tal previsão causou certa agitação no âmbito jurídico, com muitos comentários – muitas vezes sem coerência e fundamento –, alguns apoiando, outros criticando a criação de tal instituto. O presente trabalho científico vasculha o Sistema Persecutório Acusatório e o ordenamento jurídico pátrio, para verificar os fundamentos que justificam a criação Juiz das Garantias; problematizando o novo órgão jurisdicional criado frente aos Princípios Constitucionais do Processo, de forma a identificar os efeitos jurídicos e sociais resultantes de sua criação; para então afirmar que o Juiz das Garantias representa um grande avanço para o Processo Penal Brasileiro, impulsionando o sistema persecutório à conformação constitucional, rompendo com antigos paradigmas e estabelecendo uma nova ordem de legalidade, isonomia e proteção de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Juiz das garantias. Anteprojeto de reforma do código de processo penal. Sistema acusatório. Princípios constitucionais do processo. Inquérito policial. Constitucionalização do processo.

ABSTRACT

The reality of the Criminal Procedure in Brazil is of an obsolete Code and a prosecution system with strong inquisitive traits which totally disagrees with the Accusatory System established by the Federal Constitution of 1988. Aware of such a fact, the legislator prepares a new Criminal Procedure Code creating the *Juiz das Garantias* (Judge of Guarantees), whose function is to ensure the legality of the police investigation and to safeguard the rights and guarantees of the individual being investigated. This provision caused a certain upheaval in the legal sphere, producing a lot of rumors – mostly baseless and inconsistent – some supporting and others criticizing the creation of the institute. This paper investigates the Accusatory Prosecution System and the country's legal system in order to ascertain the grounds on which the creation of the *Juiz das Garantias* is justified by questioning the new jurisdictional agent created in the face of the Procedure Constitutional Principles so as to identify the legal and social effects resulting from its creation. Finally, it states that the *Juiz das Garantias* represents a great advance to the Brazilian Criminal Procedure, driving the prosecution system to constitutional conformity, breaking certain paradigms and establishing a new order of legality, isonomy and protection of Human Rights

Key words: Judge of Guarantees. Ante Project of the Criminal Procedure Code Reform. Accusatory system. Procedure Constitutional Principles. Police investigation. Procedure Constitutionalization.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	09
2	O INQUÉRITO POLICIAL.....	11
2.1	Origem e Evolução.....	11
2.2	O Inquérito Policial no Brasil.....	12
2.3	Natureza Jurídica.....	15
2.4	Sistemas Persecutórios.....	16
3	O JUIZ DAS GARANTIAS: PREVISÃO DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	18
3.1	O Que Justifica a Criação do Juiz das Garantias.....	20
3.1.1	Controle judicial dos atos administrativos.....	21
3.1.2	Nulidades Processuais Resultantes do Inquérito.....	23
3.1.3	Ilegalidades no Inquérito Policial.....	26
3.1.4	O Juiz Vocacionado Para Estar Onde Há Cerceamento de Direitos Fundamentais.....	27
3.2	O Papel do Juiz das Garantias.....	29
4	QUAIS DIREITOS DEVEM SER PROTEGIDOS.....	31
4.1	Dignidade da Pessoa Humana.....	34
4.2	Direito de Imagem.....	36
4.2.1	A Utilização de Algemas.....	38
4.3	Direito à Intimidade.....	39
4.3.1	Interceptação Telefônica.....	41
4.4	Propriedade.....	42
4.4.1	Mandado Judicial de Busca e Apreensão.....	43
4.5	Inviolabilidade Domiciliar.....	44
4.5.1	Expedição de Mandado de Prisão.....	45
4.6	Liberdade.....	46
4.6.1	Prisões Cautelares.....	47

4.6.2	Afastamento da Vítima, Proibição de Freqüentar Lugares, Proibição de Ausentar-se da Comarca, Recolhimento Domiciliar Noturno e Monitoramento Eletrônico.....	49
4.7	Inviolabilidade de Dados.....	50
4.7.1	Quebra de Sigilos Bancário, Fiscal e Telefônico.....	50
5	A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO.....	53
5.1	Princípios Constitucionais do Processo Aplicáveis ao Juiz das Garantias.....	55
5.1.1	O Sistema Acusatório.....	55
5.1.2	O Devido Processo Legal.....	57
5.1.2.1	O Juiz das Garantias como fiscal do devido processo na fase inquisitorial.....	60
5.1.3	Contraditório.....	61
5.1.4	Ampla defesa.....	64
5.1.5	Juiz natural.....	65
5.1.6	A Identidade Física do Juiz.....	68
5.1.7	A Imparcialidade do Juiz.....	70
5.1.8	Celeridade Processual.....	73
6	QUESTÕES DIVERSAS.....	74
6.1	Necessidade de Previsão Constitucional?.....	74
6.2	Na Prática, Como Será o Funcionamento?.....	76
6.3	Por Que Não o Ministério Público?.....	77
6.4	Lentidão?.....	78
6.5	Uma Letra Morta?.....	79
6.5.1	Limitações Orçamentárias?.....	80
7	CONCLUSÃO.....	81
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	84
	ANEXOS.....	87

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade a problematização do instituto do Juiz das Garantias criado pelo Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, frente ao sistema normativo pátrio; confrontando-o com aos Princípios Constitucionais do processo; bem como a influência direta do novo instituto para o sistema persecutório nacional e os efeitos jurídicos possíveis. Procura, ainda, delimitar os contornos da atuação e competência do Juiz das Garantias de modo a excluir alguns conceitos equivocados que estão sendo criados sobre o instituto, demonstrando a sua viabilidade.

A escolha pelo tema advém da somatória de dois elementos: a necessidade de mudanças no sistema persecutório brasileiro – e por que não dizer que o mesmo se constata em todo o mundo –, incapaz de conter o crescimento da criminalidade, urgindo a necessidade de algo que possa, se não resolver, ao menos reduzir o drama vivido por toda a sociedade refém de um sistema falido, criado para um contexto absolutamente diverso da realidade atual; e o debate de um tema novo e desafiador.

A metodologia a ser desenvolvida neste trabalho foi alicerçada no método hipotético-dedutivo, com o uso de pesquisas bibliográficas e históricas, com fundamento precípua nos princípios constitucionais que norteiam o arcabouço jurídico, identificando os elementos fundantes do Processo Penal e da persecução penal, com o objetivo de extrair, do cerne do nosso ordenamento, as bases para a instituição do Juiz das Garantias.

Por se tratar de um tema novo que se baseia em uma norma que ainda não entrou em vigência, encontra-se escassa doutrina publicada a respeito. Tal situação acabou por gerar considerável dificuldade quanto à delimitação do tema em questão, visto que, por ser novo, surgem muitas questões controversas; além de que, vários entendimentos divergentes deveram emergir dos debates a serem formulados daqui para adiante. Tal realidade obrigou a que, o estudo aqui

apresentado trate o instituto do Juiz das Garantias de forma abrangente, sem restringir o tema e sem se aprofundar em um único aspecto – mérito que será deixado àqueles que desenvolverão seus estudos a partir das explanações aqui iniciadas.

O estudo parte de uma breve análise histórica sobre a origem e evolução da investigação criminal, desde tempos remotos até nos dias de hoje, com o seu surgimento no Brasil e a legislação a ele concernente; demonstrando o seu funcionamento dentro dos modelos persecutórios; e a consagração do Sistema Acusatório na Constituição Federal; suas implicações no ordenamento jurídico e a absoluta incoerência com o Código de Processo Penal Brasileiro de fortes traços inquisitivos.

Num segundo momento estaremos observando o Juiz das Garantias como um esforço Legislativo de conformação do sistema persecutório nacional ao “Sistema Acusatório”, frente à análise dos direitos e garantias a serem protegidos durante a investigação criminal e a necessidade de um olhar mais atento, feito por um órgão sobre o qual repousa absoluta isonomia processual.

Na terceira parte, faremos uma análise comparativa, dos princípios constitucionais do processo em relação ao instituto do Juiz das Garantias; demonstrando que o novo Diploma Legal apresenta uma profunda conformidade com o sistema acusatório erigido pela Constituição Federal, configurando-se como um elemento vital à desintegração de velhos paradigmas para o estabelecimento de uma nova realidade processual penal contextualizada às mudanças e exigência da sociedade.

Finalmente, teremos a oportunidade de fazermos breves reflexões sobre algumas questões que têm sido levantadas a respeito da viabilidade e necessidade da criação do Juiz das Garantias.

Esperamos que o trabalho ora apresentado venha cooperar com os debates a respeito do tema, lançando alguma luz sobre a matéria e auxiliando a desvendar a face desse tão desconhecido Juiz das Garantias.

2 O INQUÉRITO POLICIAL

2.1 Origem e Evolução

A origem do inquérito policial remonta à Idade Média, sendo que, antes disso, entre os helenos e romanos, a investigação dos fatos criminosos ficavam a cargo da própria vítima, sua família ou qualquer do povo que tivesse conhecimento do fato criminoso.

O sistema era acusatório e o acusador deveria angariar elementos probatórios para demonstrar o fato e a autoria do crime a fim de apresentá-los perante o julgador. O réu, por sua vez, deveria tomar as providências necessárias para a produção de provas em seu favor para o fim de confrontar a acusação.

Em Roma, o Processo Penal dividia-se em público e privado, sendo que em ambos os casos a iniciativa do procedimento criminal era do ofendido ou do povo. No Processo Penal Privado o juiz delegava poderes, ao acusador para este investigar e coletar provas do crime, bem como ao réu para que este pudesse provar a sua inocência (SANTIN, 2001, p. 23 e 24). Enquanto isso, o Estado limitava-se a prestar jurisdição com o fim de pacificação social, não autorizando o julgador a tomar qualquer medida inquisitória, devendo apenas apreciar as provas apresentadas pelas partes, julgando com base nesses elementos.

Por óbvio que a possibilidade de uma falsa acusação e da distorção da verdade, acabaram por revelar uma grande fragilidade nesse sistema acusatório utilizado (TORNAGHI, 1997, p. 12), gerando uma necessidade de se buscar alternativas mais seguras para garantir a exeqüibilidade dos criminosos.

Dessa forma, o Processo Penal Privado foi sendo deixado de lado e abrindo espaço para o Processo Penal Público e o sistema inquisitório, onde o juiz tinha ampla liberdade para investigar e julgar, sem qualquer limitação (TOURINHO FILHO, 2011, p. 109)

Por volta do século XII, o sistema inquisitório ganhou força dentro da Igreja Católica Romana, quando, sob a autoridade Papal, inquisidores delegados exerciam amplos poderes para averiguarem qualquer ameaça contra a fé católica. Num sistema impregnado de parcialidade e desprovido de contraditório, no Santo Ofício, o inquisidor era também o julgador.

O uso do sistema inquisitório revelou-se assas brutal, pelo uso indiscriminado de métodos de tortura para se obter uma confissão do acusado. De forma que acabou por gerar reverberação entre os pensadores do século XVIII e XIX. Destacando-se, nesse período, a obra de Cesare Bonesana, o Marques de Beccaria, que, influenciado pelas idéias de Montesquieu, Rousseau e Buffon, em 1763 escreveu “Dos Delitos e das Penas” (BECCARIA, 2011), estabelecendo um marco no combate ao sistema inquisitivo e à utilização dos suplícios durante as investigações criminais.

Com o advento da Revolução Francesa e a Proclamação dos Direitos Humanos, ocorreu uma profunda mudança no Processo Penal, com a introdução da polícia judiciária na persecução penal com função precípua de investigar e angariar elementos probatórios do crime e sua autoria.

Tourinho lembra que a persecução penal, nesse período, tripartiu-se nas fases da polícia judiciária, da instrução e do julgamento; surgindo assim o processo misto ou acusatório formal, que espalhou-se por toda a Europa Continental (TOURINHO, 2011, p. 118-123).

2.1.1 O inquérito policial no Brasil

No Brasil Colonial e mesmo após a Independência e a proclamação da Constituição Imperial de 1824, o sistema processual concentrava-se nas mãos do julgador. Herança deixada pelos portugueses cuja legislação, de origem romano-

germânica, trazia forte influência inquisitorial. O Código de Processo Penal de 1832 cria normas de procedimento informativo exercido pelos Inspetores de Quarteirão, que nada tem a ver com a polícia judiciária e o inquérito policial.

A Lei nº 261 de 1841 instituiu a polícia judiciária, os cargos de Chefe de Polícia e Delegado; mas somente em 1871, com o advento da Lei nº 2.033, regulamentada pelo Decreto-Lei nº 4.824 de 1871, é que foi criado o inquérito policial com tal *nomen júrís* e concedeu à polícia judiciária as atribuições necessárias à sua execução. Tais atribuições foram repetidas nos diplomas subsequentes, com poucas alterações. Conforme se lê no artigo 4º da Lei nº 3.698 de 03-10-1941, com redação dada pela Lei nº 9.043 de 09-05-1995: “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”. Trazendo nos artigos seguintes os elementos para a instauração do inquérito e as diligências a serem realizadas.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 144, § 1º e § 4º em conjunto com o Código de Processo Penal, estabelece as atribuições da polícia judiciária e o procedimento para apurar infrações penais e sua autoria (artigo 4º do CPP), coletando as provas e inquirindo o ofendido, o indiciado e as testemunhas; determinando diligências, perícias que se fizerem necessárias, a identificação do indiciado e levantamento de sua vida pregressa do indiciado (artigo 6º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII e IX); devendo ainda: fornecer às autoridades judiciárias informações para a instrução do processo; realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público; cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias; representar a cerca da prisão preventiva (artigo 13, incisos I, II, III e IV do CPP).

O inquérito policial é o meio mais utilizado para instruir o Processo Penal, embora não seja o único; conforme prevê o parágrafo único do artigo 4º do Código de Processo Penal: “A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”. O artigo refere-se à atribuição conferida às autoridades administrativas para apurar fatos ocorridos dentro de suas repartições; de onde se extrai elementos para instruir o

Processo Penal. O processo também pode ser instruído por peças informativas produzidas por particulares ou pelas Comissões Parlamentares de Inquérito.

Embora exista muita divergência a respeito da legalidade e constitucionalidade da investigação realizada por órgãos do Ministério Público, isso hoje é um fato que tem que ser considerado até que o Superior Tribunal de Federal se digna a posicionar-se a respeito. Enquanto aguardamos, as investigações realizadas pelos Promotores e Procuradores de Justiça estão servindo de base para a propositura de ações penais.

Na prática, o que se vê, é que o inquérito policial é utilizado como a principal fonte investigativa para instruir a propositura da ação penal; isso para manter a imparcialidade, tanto do julgador quanto do órgão investigativo.

Via de regra, tal procedimento é escrito e público, havendo exceções previstas em lei quanto à sua publicidade. É inquisitorial, com exceção da Medida Cautelar de Antecipação de Prova, prevista no artigo 155 do CPP. É indisponível em relação ao Delegado de Polícia, que não pode desistir de uma investigação ou arquivar um inquérito. Possui força probatória relativa, podendo ser contraditado em juízo. É controlado judicialmente.

O inquérito policial tem conteúdo informativo, tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos necessários para a propositura da ação penal. No entanto, tem valor probatório, embora relativo, haja vista que os elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, nem tampouco na presença do juiz de direito. Assim, a confissão extrajudicial, por exemplo, terá validade como elemento de convicção do juiz apenas se confirmada por outros elementos colhidos durante a instrução processual (CAPEZ, 2009, p. 75).

Muito embora a idealização do inquérito policial e da polícia judiciária tivesse como principal motivação afastar o julgador das investigações e apuração da materialidade e autoria do crime, procurando tornar a persecução penal mais

próxima do ideal acusatório; a legislação pátria acabou por não evoluir nesse sentido. Tourinho assevera sobre o ativismo judiciário afirmando que:

[...] tantos são os poderes conferidos àqueles cuja função é julgar com imparcialidade a lide, mantendo-se eqüidistante das partes. Na verdade, pode o juiz requisitar abertura de inquérito (art. 5º, II, do CPP); decretar de ofício prisão preventiva (art. 311 do CPP) conceder *habeas corpus* de ofício (art. 654, § 2º, do CPP); ser destinatário da representação (art. 39 do CPP); ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes (art. 156, I, do CPP); determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante (art. 156, II, do CPP); ouvir outras testemunhas além das indicadas pelas partes (art. 209, do CPP) e, inclusive, as referidas pelas testemunhas (§ 1º do art. 209 do CPP) etc. (TOURINHO, 2011, p. 239)

Grande parte da doutrina afirma que essa proximidade do julgador com as investigações ferem o Sistema Acusatório e os princípios da igualdade processual, da imparcialidade do julgador e, acima de tudo, do devido processo legal; conforme teremos a oportunidade de observarmos mais adiante.

2.3 Natureza Jurídica

O inquérito policial é realizado pela polícia judiciária que, embora tenha tal denominação, não possui cunho jurisdicional, sendo órgão administrativo do Estado, cuja atribuição é a manutenção da ordem pública pela repressão ao crime, mantendo uma relação positiva com este, ao passo que só entra em cena no momento em que o crime é praticado; para investigar e identificar a sua materialidade e autoria.

Desta forma, todos os atos praticados pela polícia judiciária são de natureza administrativa, assim como o inquérito policial, que é o instrumento utilizado pela polícia judiciária para a consubstanciação da investigação criminal.

Inquérito policial é o procedimento administrativo, preparatório ou preliminar da ação penal, conduzido por autoridade policial, destinado à apuração das infrações penais e da sua autoria pela autoridade policial (art. 4º, caput, Código de Processo Penal), para servir de base ao oferecimento de denúncia pelo órgão de acusação (Ministério Público) ou o arquivamento do caso. (SANTIN, 2001, p. 34)

A Lei estabelece os procedimentos administrativos que devem ser realizados pela autoridade policial quando da consecução do inquérito policial, de forma lógica, concedendo discricionariedade ao Delegado para conduzir as investigações da maneira mais adequada ao caso, de forma inquisitorial e sem qualquer finalidade punitiva.

2.4 Sistemas Persecutórios

Conforme apresentado nos títulos anteriores, durante a evolução do Processo Penal desenvolveu-se três sistemas distintos de persecução penal. Quais sejam: Sistema Acusatório, Sistema Inquisitório e Sistema Misto.

O Sistema Acusatório foi o primeiro a surgir, a partir da acusação privada feita pelo ofendido ou qualquer do povo que tivesse conhecimento de um crime. Verifica-se a sua presença na Grécia antiga; em Roma durante o período da República; e posteriormente na Inglaterra e Alemanha.

O Sistema inquisitório surgiu na Europa durante a Idade Média, ganhando força dentro dos Tribunais do Santo Ofício e tomando gradativamente o lugar do Sistema Acusatório.

Posteriormente surgiu o Sistema Misto que consiste em uma fase de investigação preliminar sucedido por um juizado de instrução sem contraditório e finalmente uma fase judicial acusatória onde o acusado tem a oportunidade de se defender das acusações que lhe são imputadas. Este sistema nasceu também na Europa, mais especificamente na França, no tempo de Napoleão Bonaparte.

A partir do Sistema Misto, ou Misto Clássico, conforme é classificado atualmente, a persecução penal evoluiu para outros dois sistemas dentro dessa mesma concepção: Sistema Misto com Juizado de Instrução Contraditório e Sistema Acusatório sem Juizado de Instrução.

Segundo essa classificação, o sistema misto clássico é caracterizado pelo juizado de instrução, sistema inquisitório e debate público e oral; o sistema misto com juizado de instrução contraditório, por juzados de instrução, banhados pelo contraditório, seguindo-se o debate público e oral, e, o sistema acusatório sem juizado de instrução, substituídos por investigações preliminares destinadas exclusivamente à formação do convencimento do Ministério Público, conduzidas por este ou pela polícia. (SANTIN, 2001, p.86)

O sistema misto clássico vem perdendo força em muitos países que o adotam. Em contrapartida, o sistema acusatório sem juizado de instrução tem se firmado como um sistema mais moderno e adequado ao contexto atual.

Não obstante a nossa legislação não diga textualmente qual seja o sistema persecutório a ser aplicado dentro do território nacional, pelo modo como se estrutura o sistema persecutório e pelos direitos e garantias estabelecidos na Constituição Federal, fica evidente que a intenção do constituinte era de adotar o sistema acusatório.

Tourinho Filho entende que não se trata de “processo acusatório puro, ortodoxo, mas um sistema acusatório com laivos de inquisitivo” (2001, p. 124). Isso em razão do excesso de poderes instrutórios conferidos ao Juiz, podendo interferir nas investigações, determinando, de ofício, diligências, prisões e produção de provas.

No entendimento de Frederico Marques (2000, p. 67), em virtude das garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, e a separação das

funções de julgar e acusar, o sistema persecutório brasileiro só pode abarcar o sistema acusatório. A função investigativa do juiz é apenas subsidiária, não desvirtuando o sistema acusatório.

Não há, em nosso processo penal, a figura do juiz inquisitivo. Separadas estão, no Direito pátrio, a *função de acusar* e a *função jurisdicional*. O impulso inicial ao processo, quem o dá é o Ministério Público, quando se trata de *ação penal pública*, ou o particular quando o caso é de *ação penal privada*. O juiz exerce o poder de julgar e as funções inerentes a atividade jurisdicional: atribuições persecutórias, ele as tem muito restritas, e assim mesmo confinadas ao campo da *notitia criminis*. (MARQUES, 2000, p. 67)

O sistema acusatório está pautado na igualdade das partes perante o órgão julgador imparcial, para o qual serão direcionados os elementos probatórios angariados pelo acusador e pelo acusado, os quais serão avaliados e valorados pelo julgador.

Muito embora nossa legislação atribua a função de investigar o fato criminoso a um órgão estatal, tal órgão não possui jurisdicionalidade e o destino de suas investigações é a formação da *opinio delict* do *parquet*, não vinculando a decisão judicial e nem mesmo a propositura da ação penal. A polícia judiciária é uma instituição neutra cuja função é a apuração da autoria e materialidade do crime, sem qualquer pretensão punitiva. Tudo o que é apurado pela polícia judiciária em suas investigações pode ser utilizado, tanto pelo Ministério Público para instruir a acusação, quanto pelo acusado em sua defesa.

3 O JUIZ DAS GARANTIAS: PREVISÃO DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

No ano de 2008, o então Presidente do Senado, Sr. Garibaldi Alves reuniu uma comissão de juristas com o escopo de elaborarem um Anteprojeto de Código de Processo Penal, para substituir o atual em vigência desde 1941. A equipe

composta pelos juristas Hamilton Carvalhido (coordenador); Eugênio Pacelli de Oliveira (relator); Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral; apresentou o ACPP na manhã do dia 22 de agosto de 2009, contendo, dentre muitas novidades, a criação do Juiz das Garantias.

Desde a apresentação do Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, processualistas começaram a se manifestar sobre a previsão do capítulo II, a cerca do Juiz das Garantias, que terá competência para as decisões jurisdicionais realizadas no curso da investigação criminal, incluindo medidas cautelares de prisão, antecipação de provas e habeas-corpus; zelando pela legalidade do procedimento e pelo respeito aos direitos e garantias do investigado. O dispositivo prevê, ainda, que o juiz que atuar na fase inquisitorial não poderá participar da fase processual da persecução penal.

A previsão deste instituto inovador, que rompe com antigos paradigmas históricos do sistema persecutório nacional, vem gerando relevante repercussão no âmbito jurídico, com considerável resistência por parte de doutrinadores renomados. Chega ao ponto de surgirem afirmações no sentido de que tal instituto viria a criar um juizado de instrução, abolindo o inquérito policial como o conhecemos. Assim, Mário Leite de Barros Filho (2009):

Na prática, a referida proposta extinguiria o inquérito policial, presidido pelos delegados de polícia, na medida em que o "juiz de garantias" controlaria as investigações realizadas pelos policiais civis e presidiria a instrução criminal.

Em outras palavras, com a criação do "juiz de garantias", seria suprimida a fase de confirmação das circunstâncias e da autoria do crime, que antecede a ação penal.

Indiscutivelmente, o novo sistema sugerido pela Comissão encarregada da reforma do Código de Processo Penal constitui, de forma velada, o instituto do "juizado de instrução".

As especulações a respeito de como ficará o inquérito e o processo penal com a criação do juiz das garantias são muitas. Fala-se em

inconstitucionalidade; em morosidade do processo; limitações orçamentárias para implantação; e muitas outras dificuldades.

Uma antiga estória dizia que um homem vinha com seu carro em uma estrada deserta quando teve um pneu furado. Não encontrando o macaco no porta-malas, procurava resolver como trocaria o pneu. Viu ao longe uma casinha e seguindo em sua direção logo avistou um carro ali estacionado; ficando esperançoso de encontrar um macaco. Mas ponderou: - E se o dono do carro não quiser emprestar o macaco? – Seguiu no caminho pensando sobre isso. Ao chegar na casinha, logo lhe sai ao encontro um senhor muito amistoso para recebe-lo. Já imerso em suas especulações sobre o que faria se não lhe prestassem o macaco, foi logo dizendo: - Vai para o inferno com o seu macaco!!! – Virou as costas e voltou pelo caminho.

Como sempre se percebe no meio jurídico, há muita especulação a respeito do que será o Juiz das Garantias e quais as implicações jurídicas da criação desse instituto. Alguns estão lendo mais do que o texto do ACPP diz e estão cogitando muito mais do que de fato é. Percebe-se que há muita resistência por parte daqueles que estão acomodados em um sistema defeituoso, apegados a um paradigma ultrapassado que não satisfaz aos anseios dos jurisdicionados e da sociedade como um todo.

3.1 O Que Justifica a Criação do Juiz das Garantias

O Código de Processo Penal atual é datado de 1941. Emergido de uma realidade ditatorial e autoritária. O nosso diploma processual penal foi inspirado no modelo fascista italiano.

Diante de uma nova realidade jurídica instituída pela Constituição Federal de 1988, parte dos dispositivos do CPP não foram recepcionados pela Lei Maior e muitos outros necessitam de uma releitura pela nova ótica constitucional.

Muitas emendas foram feitas ao CPP com o propósito de adequá-lo à nova realidade social, política e normativa nacional e, por que não dizer, internacional. No entanto, não se questiona o fato de que o Código de Processo Penal encontra-se desatualizado e fora de contexto, agonizando a espera de um novo diploma normativo que assuma o seu legado.

Há que se lembrar, ainda, que, no que concerne ao inquérito policial e as investigações criminais, o Código de Processo Penal de 1941 é apenas uma repetição dos diplomas anteriores, trazendo o mesmo modelo desde 1841 quando a Lei 261 instituiu a polícia judiciária. O inquérito policial permanece basicamente o mesmo desde a Lei 2.033 de 1871, que pela primeira vez fez menção ao instituto em nossa legislação.

Diante disso, nos deparamos com uma profunda incoerência entre um Código de Processo Penal de fortes traços inquisitivos e os princípios exaltados pela Constituição Federal, com uma extensa carta de direitos e garantias a reverberar os seus valores sobre toda a legislação pátria, exaltando o sistema acusatório. Destarte que as mudanças se fazem necessárias e o Juiz das Garantias representa uma mudança na estrutura do Processo Penal no sentido de conformação à Constituição e seus princípios (conforme poderemos observar mais adiante).

3.1.1 Controle judicial dos atos administrativos

Conforme já pudemos analisar, a investigação policial é um procedimento de natureza administrativa, realizado pela polícia judiciária, seja ela civil ou federal, que vem a materializar-se por meio do inquérito.

Em se tratando de uma atividade do Estado, esse procedimento está sujeito a um controle externo.

Segundo Montesquieu (1869) apud Bandeira de Mello (2010, p. 31), “[...] todo homem que tem poder tende a abusar dele; ele vai até onde encontra

limites”. Baseado em tal concepção, o ilustre jurista desenvolveu a teoria da tripartição dos Poderes do Estado, com a finalidade de conter o ímpeto daqueles que detém o poder.

A Constituição Federal, seguindo a teoria desenvolvida por Montesquieu, instituiu a tripartição dos Poderes e para gerar equilíbrio entre esses poderes do Estado, assimilou da legislação norte-americana o sistema de “freios e contrapesos”; pelo qual, cada um dos Poderes do Estado possui funções típicas – quais sejam: administrar, legislar e julgar – e atípicas, que nada mais são do que a atribuição de exercer, excepcionalmente, as funções típicas dos outros Poderes.

O objetivo é gerar a autonomia da cada Poder e provocar o controle de um Poder sobre o outro procurando impedir abusos e omissões; fazendo com que, por meio dessa fiscalização, os poderes, ou “órgãos do Poder do Estado” (MELLO, 2010, p. 32), funcionem harmonicamente.

Dentro desse sistema, a função típica do Judiciário é observar o cumprimento da lei em todos os âmbitos sociais, políticos, legislativos, administrativos; seja da administração pública ou privada; quer para fazer cumprir a lei ou para punir quem quer que a viole; e mesmo do próprio Judiciário.

Bandeira de Mello afirma ainda:

É ao poder judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito. Detém, pois, a universalidade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas. Neste mister, tanto anulará atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis. (MELLO, 2010, p. 121)

Nada foge ao seu crivo, conforme expresso no artigo 5º XXXV da Constituição Federal¹. De modo que todos os atos administrativos do Estado serão observados pelo Judiciário, que deverá anular qualquer um deles que viole a lei.

¹ A lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Phillip Gil França preceitua que “o Judiciário possui prerrogativas e ferramentas plenamente hábeis para o questionamento de qualquer questão técnica que esteja sob a responsabilidade da Administração Pública” (2008, p. 109).

O inquérito é instaurado perante uma vara judiciária e é controlado e fiscalizado constantemente pelo juiz. O art. 83 do CPP prevê que a competência por prevenção se estabelece ainda durante o inquérito. “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra serão comunicados imediatamente ao juiz competente [...]”, conforme expressa o artigo 306 do CPP; assim como as oitivas realizadas. O § 1º do artigo 10 do CPP determina que a autoridade policial deve enviar ao juiz competente os autos de tudo o que tiver sido apurado no inquérito. O juiz poderá requisitar diligência e expedir mandados de prisão, com base no que for apurado no inquérito (artigo 13, I a IV, do CPP). Pelo artigo 120 e §§, do CPP, ocorrendo um incidente de restituição de bem apreendido, o juiz decidirá para quem deve ser devolvido. O artigo 127 do CPP autoriza o juiz a ordenar o seqüestro de bens durante o inquérito policial. O juiz, com base no artigo 156, inciso I do CPP, pode promover a colheita antecipada de provas, durante a fase de investigações. Além de muitas outras intervenções judiciais que colocam o juiz em contato direto com o inquérito policial.

Nota-se que o Judiciário tem o controle do inquérito policial e a obrigação de nele atuar de forma a manter a sua legalidade e a preservação de direitos. Contudo, essa participação, no entendimento de Choukr, fere o Sistema Acusatório, visto que não deveria haver qualquer interferência do judiciário na investigações sob pena de desintegração da estrutura acusatória que se fundamenta na distribuição das funções persecutórias em órgãos distintos (CHOUKR, 1995, p. 52).

3.1.2 Nulidades Processuais Resultantes do Inquérito

Todos os atos praticados pelos agentes públicos, de forma geral, devem estar pautados pelos parâmetros estabelecidos pela lei ordinária, de forma que estejam inseridos naquilo que se chama de “atividade típica” da sua função.

Qualquer ato que fuja aos limites estabelecidos pelo legislador pode estar sujeito a sanção, podendo levar à ineficácia e nulidade do ato.

Da fixação de regras legais para a realização dos atos processuais resulta, em princípio, que somente aqueles atos praticados em conformidade com o modelo legal são considerados válidos perante o ordenamento e aptos a produzirem os efeitos desejados; para os que não atendem aos requisitos mínimos do modelo traçado pela lei, o legislador estabelece sanções, que variam segundo a maior ou menor intensidade do desvio do tipo legal. (GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 2011, p. 19)

De tal assertiva extrai-se, sobre tudo, que os atos processuais penais, que, por sua natureza, são cerceadores de direitos fundamentais; precisam estar pautados pela legalidade estrita.

Como pudemos observar anteriormente, os atos praticados pela autoridade policial durante o inquérito são de natureza administrativos e não processuais. Contudo, é evidente que tais atos, por serem invasivos à privacidade, à intimidade e à liberdade do indivíduo indiciado, precisam ser realizados dentro dos parâmetros estabelecidos pelo legislador e em tudo supervisionado pelo Judiciário, pois somente o juiz tem autoridade para autorizar que um direito fundamental seja suprimido em vistas a uma investigação criminal.

Contudo, é certo que, sendo o inquérito policial um procedimento administrativo e não um processo, qualquer nulidade verificada durante essa fase, por mais grave que seja, não macula a fase processual da persecução penal, pois o que é apurado pela autoridade policial serve apenas para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público, devendo ser debatido em contraditório, perante o juiz, para ser admitido no processo.

O maior risco que o inquérito policial pode representar para o processo, são as provas obtidas por meios ilícitos. Expressamente proibidas pela Constituição Federal no artigo 5º², LVI, as provas ilicitamente obtidas, ao adentrarem o processo não representam qualquer irregularidade em si mesmas. Contudo, quando olhamos

² são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

para o ambiente em que essas provas foram colhidas, percebe-se que está contaminado pela ilegalidade dos atos praticados; de forma que a prova se torna inadmissível para o processo.

Grinover, Gomes Filho e Fernandes fazem a seguinte colocação:

constituem, por exemplo, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, da CF); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (art. 5º, III, da CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X da CF) etc. (2012, p. 127)

A partir da constatação da ilegalidade dos atos que geraram a prova, tal prova deve ser desentranhada dos autos, conforme estabelecido pelo artigo 157 do CPP³. De forma que qualquer decisão judicial baseada nessa prova torna-se absolutamente nulo; como se não existisse e não gerando efeitos. Tal expediente aplica-se não somente às provas colhidas num ambiente de ilegalidade, como também toda e qualquer prova que venha a ser obtida a partir da prova originariamente ilícita, seguindo o princípio dos frutos da árvore envenenada assimilado pelo ordenamento pátrio no § 1º do artigo 157 do CPP; salvo no caso em que a descoberta da prova seria inevitável.

Trata-se de um tema amplo e permeado de questionamentos doutrinários, sobre o qual não pretendemos abordar neste trabalho. Basta para o momento evidenciarmos a possibilidade real de que provas obtidas por meios ilícitos venham a adentrar o processo, levando a falsas impressões e deturpação da verdade.

Mesmo que a ilegalidade seja constatada antes de uma decisão de mérito e a prova ilícita seja extirpada dos autos, o simples contato com tal prova é

³ **Art. 157.** São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

capaz de sugestionar e influenciar a condução do processo pelo juiz e até mesmo a sua decisão. De forma que faz-se necessário meios seguros de impedir que tais provas saiam do ambiente inquisitorial do inquérito policial.

3.1.3 Ilegalidades no inquérito policial

O caso mais recente de uma investigação marcada pela ilegalidade, que vem arrastando processos há anos, culminando com o HC 149.250-SP, julgado pelo STJ no último dia sete de junho, quando por três votos a dois, a 5ª Turma do egrégio Tribunal decidiu que as investigações realizadas pela Agência Brasileira de Inteligência no caso Satiagraha, foi ilegal. O Tribunal entendeu que toda a investigação estava contaminada por abusos e ilegalidades, de forma que ficaram anulados todos os atos realizados na investigação e no processo.

O resultado é que, processos que se arrastam na justiça desde 2008 e que levaram à prisão o banqueiro Daniel Dantas, o ex-prefeito de São Paulo Celso Pitta e o investidor Naji Nahas; hoje não passam de um conjunto de atos sem validade; visto que estavam fundamentados em tais provas. Além de onerar os cofres públicos durante anos e ajudar a pilhar os fóruns, esse caso vai resultar em consideráveis indenizações àqueles que foram presos e tiveram direitos cerceados por causa de ações fundadas em uma investigação permeada de ilegalidades e levadas adiante por um juiz que, predisposto a condenar, descumpriu ordens do STF.

Isso tudo sem levarmos em consideração a crescente crise de credibilidade sofrida pela justiça brasileira, agravando-se cada vez mais diante de casos como este.

A obtenção das provas não pode extrapolar os limites da legalidade, ou estaremos retornando ao sistema inquisitivo em que as provas eram buscadas para se confirmar a condenação previamente concebida pelo inquisidor e não para se saber a verdade.

É por isso que a investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira, de acordo com um rito determinado, na observância de regras preestabelecidas. Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral aceitável. O método através do qual se indaga deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que se exerce a atuação do juiz e das partes (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, 2011, p. 124).

Uma investigação criminal realizada de forma íntegra e ísenta é o mais adequado ao Estado Democrático de Direito; resultando em segurança jurídica e garantia de justiça.

Casos como o Satiagraha nos faz pensar a respeito da falibilidade do sistema atual e da necessidade de mudanças com o fim de alcançarmos maior efetividade da justiça penal brasileira.

3.1.4 O juiz vocacionado para estar onde há cerceamento de direitos fundamentais

Como sabemos, a jurisdição estabeleceu-se com o escopo de substituir as partes na solução dos conflitos, dizendo o direito aplicável a cada caso, conforme preceitua Capez.

Jurisdição é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui, na pessoa de um juiz, aos titulares dos interesses em conflito, para, imparcialmente, aplicar o direito ao caso concreto, a fim de fornecer uma pacífica solução ao litígio, reafirmando a autoridade da ordem jurídica e a verticalidade da relação Estado-particular. (2011, p. 50)

É sabido que, com o surgimento da jurisdição, o cidadão foi privado de exercer a auto-tutela, de forma que o Estado passou a ter essa responsabilidade de defender os direitos dos cidadãos, por meio do Judiciário; sendo que, no Brasil, é inafastável de sua apreciação qualquer lesão ou ameaça a direito, conforme exposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

A simples ameaça a um direito constitucionalmente protegido já é matéria para a apreciação do Judiciário. Essa proteção assegura que ninguém pode interferir nos direitos de outrem sem sofrer sanções legais. Sempre que um direito for violado, o juiz deverá ser acionado para restabelece-lo.

Em contrario senso, fica evidente que, se o juiz tem poderes para proteger e restabelecer direitos cerceados, somente ele tem poderes para cercear direitos nos casos em que a Lei autorizar; e isso apenas em razão do interesse da coletividade e por intermédio da Lei Penal e Processual Penal, que balizam a decisão jurisdicional.

A autoridade judiciária não pode esquivar-se de proteger os direitos fundamentais de quem quer que seja, bem como não pode eximir-se da responsabilidade de impor sanções que mitiguem tais direitos, nas circunstâncias em que Lei estabelece. Deve, contudo, utilizar-se de tal poder dentro do estancamento legal, para que não se caracterize como abuso de autoridade.

Para minimizar as conseqüências que um abuso de autoridade pode causar, a própria CF estabeleceu garantias para o restabelecimento dos direitos violados, sendo cabível a impetração de *habeas corpus*⁴, *habeas data*⁵ ou *mandado de segurança*⁶, conforme o caso. Tais instrumentos são apreciados pelo Judiciário, de acordo com a competência constitucional estabelecida para tal; de forma que, uma violação de direito protagonizada pela autoridade judicial será revista e o direito restabelecido pelo judiciário. Se autoridade judiciária for autora de uma violação de direito, o ato será apreciado e o direito restabelecido pelo próprio Judiciário.

Sobre os ombros do magistrado, portanto, pesa a responsabilidade de zelar pelos direitos e garantias constitucionais individuais e coletivos; podendo, ele

⁴ LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

⁵ LXXII - conceder-se-á "habeas-data": a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

⁶ LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

só, interferir nesse direitos, quando, para a segurança social e o interesse da Justiça, se fizer necessário tal atitude extrema.

Existe diversas formas pelas quais direitos e garantias fundamentais possam ser suprimidos durante uma investigação criminal; há também muitas maneiras pelas quais os atos praticados pela polícia judiciária pode ser realizados diversamente do que prescritos pelo legislador, em virtude da ampla discricionariedade concedida à autoridade policial para a realização das diligências do inquérito policial. Desta forma, fica mais difícil verificar o que estaria fora da previsão legal, sendo muitas vezes necessário recorrer a princípios constitucionais para identificar se algo foi praticado com violação de direitos e garantias fundamentais. O olhar mais atento de um juiz designado especificamente para essa função é capaz de, não só identificar qualquer irregularidade e sana-la, como também inibir a prática de atos que possam macular o inquérito.

3.2 O Papel do Juiz das Garantias

A criação do Juiz das Garantias não apresenta qualquer novidade em relação às atribuições já estabelecidas para o juiz criminal no atual Código de Processo Penal. O que podemos observar é que houve uma redistribuição de atribuições, criando uma nova Competência Funcional Por Fases do Processo, sendo destacado um juiz com competência para atuar especificamente durante a fase do inquérito policial. Se não, vejamos:

Quadro Comparativo Entre a Previsão da Competência do Juiz das Garantias no ACPP e o Código de Processo Penal Atual	
Artigo 15 do Anteprojeto de Código de Processo Penal	Código de Processo Penal Atual
Art. 15. o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à	O ACPP não cria uma nova competência, mas apenas re-distribui a competência em razão da função

autorização prévia do poder judiciário, competindo-lhe especialmente:	exercida em determinada fase do processo.
I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da república;	Artigo 289-A, § 3º do CPP; 306, caput, do CPP; e artigo 5º, LXII, da CF.
II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543;	Artigo 306, § 1º, do CPP
III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;	Artigo 310, 314, 316 do CPP; artigo 5º, LXIII e LXIV
IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial;	Artigo 10, § 1º, 5º e 6º do CPP
V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;	Artigo 282, 311 e 312 do CPP
VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;	Artigo 282, §5º do CPP; e 316 do CPP
VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;	Artigo 156, I, do CPP
VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em atenção às razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;	Artigo 10, § 3º, do CPP
IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;	Artigos 18 e 28 do CPP; e Súmula 524 do STF.
X – requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação;	Artigo 13 do CPP
XII – decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.	Lei 9296 de 1996 Lei Complementar 105 de 2001 Artigo 245 do CPP
XIII – julgar o <i>habeas corpus</i> impetrado antes do oferecimento da denúncia;	Artigos 647 a 667 do CPP

Essas atribuições serão suprimidas do juiz criminal competente, passando para o Juiz das Garantias, o qual atuará durante o inquérito policial até a propositura da ação, quando então sai de cena, estando absolutamente impedido de atuar durante a fase processual do caso.

Todas as decisões tomadas pelo Juiz das Garantias, sejam elas relativas a prisão preventiva, revogação de prisão ou qualquer outra medida cautelar que entenda necessária durante a investigação criminal; não vinculam o juiz do

processo, estando este isento para decidir sobre qualquer questão de direito ou processual.

O papel do Juiz das Garantias fica evidente ao passo que, ao estabelecer as suas atribuições, a lei revelou um duplo escopo: assegurar a legalidade do inquérito policial pela preservação dos direitos e garantias fundamentais do indiciado; garantir a imparcialidade do juiz do processo, ao afastá-lo da fase investigatória.

4 QUAIS DIREITOS DEVEM SER PROTEGIDOS

O senso comum da sociedade questiona os motivos de se conceder direitos aos presos. Considerando que, no âmbito do estudo ora apresentado, os direitos a serem protegidos não são os de um condenado, mas de uma pessoa alvo de uma investigação criminal, cabe, portanto, ponderarmos a respeito antes de passarmos aos direitos em espécie.

Pelo princípio da presunção de inocência – exaltado na Constituição Federal no artigo 5º, LVII⁷; de onde se extrai que, até que ocorra o trânsito em julga de sentença condenatória definitiva, qualquer cidadão é considerado inocente – somente o juiz, em decisão fundamentada na sentença condenatória, pode declarar uma pessoa culpada. Antes disso, nem policiais, nem delegado de polícia e nem promotor de justiça, podem considerar culpada uma pessoa.

⁷ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Neste sentido, Frederico Marques acentua que “deve, por isso, o Estado, antes de tornar efetiva sua pretensão de punir, colocá-la em confronto com os direitos de liberdade daquele contra quem vai exercer o *jus puniendi*” (2000, p. 6).
E ainda:

[...] o Direito Penal não cria somente direitos subjetivos a favor do Estado e nenhuma pretensão juridicamente tutelada ao indivíduo, pois o Estado tem o direito de punir apenas nos casos expressamente determinados pelo direito objetivo. Desse limite surge, pois, *por conversão*, o direito subjetivo dos cidadãos: direito subjetivo de liberdade, que é implicitamente tutelado pela mesma norma de Direito Penal e explicitamente por outras normas (direito constitucional) e que consiste na pretensão de não ser punido fora dos casos expressamente previstos em norma emanadas dos órgãos competentes (MARQUES, 2000, p. 6)

É fundamental, para que consideremos a proteção dos direitos fundamentais do investigado, entendermos que todas as medidas cautelares tomadas durante uma investigação criminal, são efetuadas com fundamento no *jus puniendi* do Estado, em confronto direto ao *status libertatis*. Daí a importância de se fazer lembrar que tais medidas não têm por escopo a punição por um crime, mas a viabilidade da investigação criminal. Decorre, portanto, o dever, do Estado, de não transformar o inquérito policial em uma execução penal, procurando minimizar, o quanto possível, o impacto de cada ato do procedimento administrativo pré-processual sobre os direitos fundamentais do investigado.

Toda atividade investigatória encontra-se norteadas pelas garantias instituídas pelo legislador constituinte não só para resguardar os chamados direitos da personalidade da pessoa investigada, com ênfase para a proteção da integridade física, psicológica, da imagem, da honra, como também para preservar, no que for obviamente aplicável, aqueles institutos de proteção ao preso e que regulamentam a produção da prova (SOUZA, 2006, p. 64).

É comum que se conclua, ainda durante as investigações criminais, que uma pessoa é inocente do crime pelo qual está sendo investigada. Pode, ainda, surgir, no decorrer das investigações ou no processo, a comprovação de que havia

uma discriminante (legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, ou estado de necessidade) para o crime cometido pela pessoa.

Imaginemos uma situação na qual, um homem trabalhador e pai de família que teve um desentendimento com o seu vizinho policial, é por este abordado na rua e tem forjada uma prova de tráfico de drogas, sendo preso em flagrante. Até que transcorra as investigações, talvez o processo e até mesmo recursos, sem que fique demonstrado que a prova foi forjada, um cidadão inocente estará preso e terá seus direitos cerceados.

Diante da possibilidade concreta de qualquer pessoa ser alvo de investigações criminais, faz-se necessária a proteção efetiva dos direitos e garantias fundamentais durante a persecução, para evitar que tal indivíduo venha sofrer ainda mais prejuízos sociais, morais, psicológico e financeiros; de modo a preservar, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana.

Importante salientar, ainda, que, em se tratando da decretação de qualquer cautelar, existem dois elementos comuns a serem exigidos para sua aplicação. Bonfim discorre sobre o assunto, apontando o *fumus comissi delicti* como a real possibilidade de propositura de uma ação penal e na provável condenação do indiciado a ser processado (2011, p. 26); e a necessidade de comprovar o *periculum in mora* ou o *periculum libertatis*, onde se verifica um risco evidente de que a não decretação da cautelar venha a causar prejuízos à investigação, ao possível processo e à produção de provas.

A análise desses elementos cabe ao juiz, que, em contato direto com o inquérito policial, tem a real percepção de que se faz necessário a aplicação de determinadas medidas cautelares que, inevitavelmente, implicam em restrições a direitos fundamentais do indiciado. Tal proximidade do juiz da causa com a investigação, decidindo sobre as cautelares, traz sérios prejuízos ao sistema acusatório, tornando a persecução criminal pátria mais propensa à inquisição.

4.1 Dignidade da Pessoa Humana

Definir a dignidade humana em poucas linhas, é tarefa muito difícil; principalmente sem que se faça uma análise histórica de sua evolução; considerando todas as atrocidades cometidas contra a própria humanidade e pelas razões – ou desculpas – as mais infundadas – o poder, a defesa da religião, a busca da verdade, a purificação do ser humano, ect. – De modo que faremos apenas uma breve explanação sobre o tema.

Cozolino resumidamente acentua que três etapas devem ser destacadas na evolução do conceito de dignidade; onde: o Cristianismo teve a importância de afastar a “[...] concepção equivocada de que uns seriam possuidores de maior dignidade do que outros, adotando a dignidade como característica intrínseca a condição humana”; o iluminismo-humanista através de Kant, o qual discorreu amplamente sobre o tema, desenvolveu a idéia de que “[...] o homem é um fim em si mesmo, ou seja, a dignidade lhe é inerente, por distinguir-se de todos os outros seres [...]; e por fim, os efeitos da 2ª Grande Guerra sobre as constituições, transformando a dignidade em um “princípio fundamental” (2005, p. 466-469).

Os traumas deixados pelo nazismo e o fascismo, que espalharam terror pela segregação racial e o desrespeito à dignidade do ser humano durante a 2ª Grande Guerra, gerou absoluto temor de que tal pudesse voltar a ocorrer. Desencadeando um movimento constitucionalista de reformulação dos Estados, no sentido de proteger o Estado e a humanidade contra tais atrocidades; trazendo em sua essência a preservação da dignidade da pessoa humana. Entra-se numa nova dimensão política constitucionalista chamada de Estado Social de Direito e Estado Democrático Constitucional.

No Brasil, após um longo período de ditadura política onde direitos e garantias fundamentais eram meros elementos de decoração; vimos o Estado despertar para a democracia, sendo conduzido pelas mãos de uma Constituição garantista que faz questão de ter como fundamento do próprio Estado, a dignidade

da pessoa humana. Conforme se constata no artigo 1º da Constituição Federal de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Para Nunes, “É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. [...] É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete” (2009, p. 47).

A dignidade da pessoa humana deve ser vista como o propulsor de todo o sistema de garantias e direitos estabelecidos na Constituição Federal. Por ela são sustentados. É a base para que estabeleça um Estado Democrático de Direitos e a razão pela qual ele se sustenta. Não há motivos em se pensar em vida, liberdade, saúde, alimentação, proteção, segurança, propriedade, e outros; sem que tudo isso tenha como motivação e sustentação a dignidade da pessoa humana.

Não é a toa que o princípio da dignidade da pessoa humana está no Art. 1º, inciso III, como fundamento do Estado Democrático de Direito e só a localização do texto constitucional já autoriza a afirmação de que não é um princípio fundamental, mas entre todos os princípios constitucionais é aquele que dá ao Estado Brasileiro o contorno mais próximo da democracia, caracterizando alto grau de fundamentalidade e elevando o ser humano e a sua dignidade a objetivo máximo do Estado. Nesse sentido o Estado Democrático existe para concretizar, proteger e promover todas as potencialidades do ser humano e seu atributo maior que é a dignidade (COZOLINO, 2005, p. 474).

Como elemento basilar para a estruturação do Estado, a dignidade da pessoa humana precisa ser preservada em todas as atividades do Estado de forma

absoluta. Não é possível negligenciá-la sob pena de criarmos um Estado de exceções, fazendo distinção entre pessoas e pessoas.

Ao falarmos em tutela jurisdicional dos direitos da pessoa investigada, é preciso ponderar sobre necessidade de absoluta imparcialidade do órgão judiciário que possui tal prerrogativa. Se um juiz cuja abrangente competência vá da decisão sobre a prisão preventiva no início do inquérito policial, até a sentença condenatória; é absolutamente necessário que ele saiba separar um momento e outro, desvinculando as decisões que tomadas em um momento das que serão tomadas em outro momento. Contudo, parece óbvio que, ao decidir sobre uma cautelar durante o inquérito, o juiz tende a ponderar sobre o que, possivelmente, ele irá decidir no curso do processo. Essa separação entre uma coisa e outra é bastante difícil para qualquer ser humano e não seria correto pensar que o juiz seja sobre-humano.

A separação entre competência funcional para o inquérito policial e a competência para o processo representará uma maturidade para o Processo Penal pátrio. Não apenas com relação à preservação da dignidade da pessoa do investigado, mas, também, para com a pessoa do juiz.

4.2 Direito de Imagem

Protegida constitucionalmente como direito fundamental no artigo 5º, X, da CF, a imagem da pessoa diz respeito à sua aparência física, o modo como ela é vista, bem como aquilo que ela representa em razão do seu histórico de vida. Assim a imagem de Hitler representa o fascismo, Mahatma Gand simboliza a paz mundial, ou a física quântica pode ser representada pela imagem de Albert Einstein.

Embora seja um atributo autônomo, a imagem da pessoa está intimamente relacionada à sua honra (AMARAL, 2007, p. 35). A divulgação indevida

da imagem de uma pessoa em sua intimidade pode ferir gravemente a sua honra e dignidade.

A matéria é regulada pela Lei nº 9.610 e pelo artigo 20 do CC. De onde se extrai que é proibida a utilização da imagem de uma pessoa sem a sua autorização, representantes ou herdeiros; salvo nos casos em que a lei autorize.

Por outro lado, a liberdade de imprensa é muito mais do que um direito, é um fato social com proteção igualmente constitucional. O artigo 120 da CF dá ampla liberdade para a produção jornalística, não podendo ser censurada ou limitada.

Contudo, é notável interesse jornalístico por notícias sensacionalistas como tragédias e escândalos. No Brasil, nota-se que a imprensa, “coincidentalmente”, está presente no momento em que a polícia efetua a prisão de pessoas que tenham algum destaque social. Como discorre Fernanda Herbella:

Ocorre, porém, que por autopromoção, em verdadeiro marketing institucional, as policiais têm balizado operações com nomes significativos e exibido, na mídia, a prisão de pessoas renomadas e em tais casos de repercussão, a imagem de pessoas algemadas (2008, p.102).

Não é difícil perceber que uma pessoa que se encontra em tal situação não quer ser vista e muito menos filmada ou fotografada pela imprensa. Ter vinculada na mídia as imagens de sua prisão podem gerar inúmeros prejuízos de ordem moral, emocional, social e até mesmo econômicos. Em entrevista ao programa esportivo Globo Esporte no dia 11 de setembro de 2011, o ex-jogador de futebol, José Elias, falava sobre os 30 dias que ficou preso em razão de não pagamento de pensão alimentícia, falava sobre as marcas que ficaram no seu emocional durante os dias em que esteve preso. A maior dor que ficou, foi a vergonha de encarar o próprio pai, estando em tal situação. A tal ponto, que, já estando solto há mais de 20 dias, ainda não tinha conseguido coragem para pedir perdão a ele (ELIAS, 2011).

A preservação da integridade física e moral de um condenado ou preso provisório é uma obrigação para as autoridades, conforme definido no artigo 40 da Lei 7210 de 1984 (Lei de Execução Penal). Contudo, imagens de pessoas sendo presas continuam sendo veiculadas pela mídia a todo momento. Além disso, Lei de Execução Penal, no inciso VIII do artigo 41, garante ao preso “proteção contra qualquer forma de sensacionalismo”.

É preciso tomar providências quanto à presença da imprensa em momentos tão constrangedores para a pessoa. Presença esta, totalmente desnecessária que deve ser evitada, tanto quanto possível, pela autoridade policial.

A presença do juiz das garantias supervisionando o inquérito pode inibir essa prática tão comum, zelando para que a atividade policial transcorra dentro da legalidade, preservando, assim, a imagem da pessoa presa.

4.2.1 A Utilização de Algemas

A utilização de algemas na prisão é o tema mais debatido no que diz respeito ao direito de imagem. Isso em razão de o uso de algemas ser uma cena absolutamente degradante para a imagem de qualquer pessoa, gerando constrangimento e vergonha. Alguns casos de presos algemados ficaram marcados devido à repercussão causada, como do ex-prefeito de São Paulo, Celso Pitta e dos senadores Luiz Estevão e Jader Barbalho; os quais foram estampados na capa dos principais jornais e nas imagens dos telejornais, tendo esconder as algemas.

Na falta de uma legislação que trate a questão de forma adequada, coube ao STF emitir a Súmula Vinculante nº 11, que regula, atualmente, o uso de algemas:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo a integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado (BRASIL, 2008)

Percebe-se que a mídia não se importa com essa questão e continuarão veiculando imagens de prisioneiros algemados sempre que tiverem a oportunidade. Visto que a lei assegura proteção à moral do preso e contra sensacionalismo e o STF têm se manifestado no sentido de repúdio à exposição de presos algemados desnecessariamente (BRASIL, 2006), cabe, à polícia, ponderar sobre a necessidade ou não da utilização de algemas em cada caso específico e evitar, quanto possível a presença da mídia quando se fizerem necessárias as algemas. Cabe, ainda, ao judiciário tomar providências para evitar tal exposição.

4.3 Direito à Intimidade

A intimidade de uma pessoa está relacionada àquilo que não é expressado publicamente. São coisas, atitudes, expressões da alma que são exteriorizadas somente nas relações mais próximas ou mesmo na particularidade da *soletude* de um indivíduo. Para Maria Helena Diniz, a intimidade é a “zona espiritual reservada de uma pessoa ou de um grupo de indivíduos, constituindo um direito de personalidade” (DINIZ, 2011, p. 186).

A proteção à intimidade tem proteção constitucional no artigo 5º, X, com a afirmação de que é “inviolável”. Isso porque a violação desse direito pode gerar, além de constrangimento, inúmeros conflitos entre as relações pessoais do indivíduo; conforme as palavras de Teixeira e Harberlin:

[...] Causaria um sério problema nas relações humanas, principalmente pelo efetivo abalo da confiança de uns em relação aos outros. Todos guardamos pensamentos (e por isso são pensamentos, não manifestações) íntimos, informações próprias que, conhecidas pela realidade externa, gerariam uma total insegurança de uns para com os outros. Somos, em nossa singularidade, duas pessoas diferentes: aquilo que somos para nós e aquilo que somos para os outros. Estes dois mundos, que ora se fecham e ora se abrem entre si, permitem-nos uma “máscara” que não pode ser desvelada arbitrariamente, porque ela proporciona uma fortaleza, em quanto fonte de segurança e mecanismo de defesa psíquica e mental dentro de nosso meio [...] (2005, p. 69)

Mais do que a proteção de nossos pensamentos e sentimentos internos que não revelamos às pessoas, há ainda o rol de relacionamento familiar, onde são reveladas e faladas coisas que, mesmo pessoas muito próximas, não podem saber. Mesmo o que se fala com um amigo próximo, outro amigo também não pode saber.

A intimidade e a vida privada dizem respeito àquilo que a pessoa tem que lhe é pessoal e não divide com ninguém mais, porque é sua. As pessoas podem entrar e sair, conhecer algo da sua vida privada e participar dela, mas continua sendo pessoal, porque é somente sua. Você controla quem entra, quem sai, com quem compartilhar e em que momento fazer; sendo que ninguém tem o direito de nela interferir e se intrometer de forma arbitrária.

A evolução tecnológica avança em velocidade acelerada e a informação está cada vez mais acessível a todos. O que antes era pessoal e as pessoas guardavam em sua intimidade, hoje está exposto nas páginas dos sites de relacionamento da internet. Dados pessoais e sigilosos estão armazenados nos bancos de dados das empresas. Até mesmo a rotina diária das pessoas está gravada pelos circuitos de segurança.

Rodriguez expressa sua preocupação quanto ao acesso do Poder Público à essas informações.

Se, por um lado, a tecnologia permita às empresas privadas vasto potencial de ataque à intimidade, o Poder Público é, a nosso ver, o maior detentor de informações efetivamente capazes de invadir a privacidade do indivíduo. Diante desse poder, tal bem jurídico é também colocado em grave risco, quando a liberdade e a dignidade humana são ameaçadas pela concentração de informação – e muitas vezes intromissão indevida – que o próprio Estado proporciona, em nome, como costuma ocorrer, de um interesse geral e difuso tão difícil de caracterizar (2008, p.3).

O poder público, por meio da polícia judiciária, amparada por ordem judicial fundamentada, pode interferir na intimidade das pessoas no interesse da persecução criminal. São circunstâncias em que o interesse da segurança pública se sobrepõe ao direito individual da intimidade. O que se faz necessário é que tal intromissão não seja feita de forma abusiva e desnecessária. Trata-se de uma exceção absolutamente necessária e não de uma mera faculdade do Estado modada pela simples conveniência investigativa. Quem deve ponderar sobre esses valores é o juiz.

4.3.1 Interceptação Telefônica

Uma das medidas cautelares que restringe diretamente o direito de intimidade é a interceptação telefônica. Não bastasse o constituinte fazer constar na Carta de Direitos pátria a inviolabilidade da intimidade no artigo 5º, X; ele fez questão de inserir também, a inviolabilidade das comunicações telefônicas no inciso XII; de maneira a frustrar qualquer pretensão de se excluir as comunicações telefônicas do âmbito da intimidade inviolável do indivíduo.

A interceptação telefônica caracteriza-se pela intervenção de uma terceira pessoa, captando a conversação, sem que qualquer dos interlocutores tenham conhecimento ou com o conhecimento de apenas um deles. A mesma previsão constitucional que tona inviolável a comunicação telefônica, autoriza a mitigação desse direito nos casos em que lei autorizar, para fins de investigação criminal e sempre com autorização judicial. O tema é regulado pela Lei 9.296 de 1996, que prevê o segredo de justiça do material resultante da interceptação e cria um novo tipo penal para aquele que quebrar o segredo de justiça.

Apesar da proibição, é comum vermos nos telejornais trechos de gravações realizadas em interceptações telefônicas da polícia judiciária. Como e por que isso acontece não é matéria deste trabalho. Importante é termos consciência de que a interceptação telefônica é uma das medidas cautelares mais invasivas à intimidade do investigado que, não conhecendo que suas conversas estão sendo interceptadas, fala sobre qualquer assunto, resolve questões pessoais e profissionais, revela segredos os mais íntimos e pessoais; desvendando a sua vida perante os agentes que estão efetuando a interceptação, perante a autoridade policial, promotor e juiz.

O Juiz das Garantias estará colocado em contato direto com as investigações e estará em condição privilegiada para decidir sobre a necessidade da escuta telefônica; analisando caso a caso e tendo o cuidado de zelar para que todo o procedimento seja realizado dentro da legalidade de forma a produzir o mínimo de constrangimento para o investigado; minimizando a violência brutal à sua intimidade.

4.4 Propriedade

A definição de propriedade mais simples e clássica, provém do Direito Civil, extraído do Código Civil em seu artigo 1.228: a propriedade é um direito subjetivo que confere ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, bem como o direito de reivindicá-la de quem quer que injustamente a possua ou

detenha. O legislador constitucional dedicou uma atenção especial à propriedade ao dispor de nove incisos do artigo 5º, para tratar do assunto: do inciso XXIII ao XXXI. É prevista a garantia e as limitações pautadas pela função social e o interesse público.

A propriedade já foi símbolo de poder, de liberdade e de status social. Hoje ela leva vestígios de todos esses elementos, além de carregar o estigma de ser o centro das disputas e contendas entre os homens, que parecem trabalhar e se esforçar toda a vida para adquirir a propriedade de bens. No contexto de uma sociedade altamente consumista vivemos, a propriedade ainda é a razão da maioria dos crimes cometidos.

4.4.1 Mandado Judicial de Busca e Apreensão

O mandado de busca e apreensão é uma medida cautelar que traz limitação ao direito de propriedade fundamentado no interesse da segurança pública, regulado pelos artigos 240 a 250 do CPP. Na busca e apreensão, pertences de propriedade do investigado são apreendidos pela justiça, como elementos probatórios do crime ou para se proceder investigação sobre eles. A busca e apreensão tem como fundamento, impedir que a prova desapareça (CAPEZ, 2011, p. 285).

Trata-se de uma medida extrema, que invade a privacidade do investigado, adentrando em sua residência ou local de trabalho, arrebatando-lhe bens de sua propriedade e vasculhando seus pertences. A propriedade lhe é suprimida temporariamente, podendo ser devolvida posteriormente quando não constituir objeto do crime ou por meio dele adquirido e não for mais interessante para as investigações ou para o processo.

A jurisprudência do STF firmou a necessidade de ordem judicial para se proceder a busca e apreensão (BRASIL, 1995). O artigo 245 do CPP exige que a busca domiciliar seja sempre executada durante o dia, salvo se o morador autorizar

que se realize durante a noite. O mandado deve especificar minuciosamente a coisa a ser apreendida, não podendo a autoridade policial apreender mais do que foi especificado. Há toda uma formalidade a ser cumprida para que o ato seja considerado válido, dentro da legalidade.

A competência para emitir o mandado de busca e apreensão durante o inquérito policial será do Juiz das Garantias, o qual prezarà pela absoluta necessidade da cautelar, dentro dos limites legais, de modo que o procedimento não venha a contaminar a prova, tornando-a ilícita e imprestável ao processo, podendo inviabilizar uma ação penal.

4.5 Inviolabilidade Domiciliar

Direito previsto no artigo 5º XI da Constituição Federal, a inviolabilidade domiciliar está intimamente ligada ao direito de intimidade, sendo inerente à invasão do domicílio a violação da intimidade.

Para entendermos a extensão de “domicílio”, para fins de busca e apreensão, é preciso recorrer ao artigo 150, § 4º do Código Penal e o artigo 246 do Código de Processo Penal, conforme coloca Capez:

Domicílio, portanto, para fins de inviolabilidade, será qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva ou qualquer compartimento não aberto ao público, no qual se exerce profissão ou atividade (p. ex., a sala interna do juiz, distinta da sala de audiência, o escritório do advogado, o consultório médico ou dentário ou, simplesmente, atrás do balcão de um bar) (2011, p. 387).

Para Capez, a interpretação de domicílio deve ser extensiva, pois se trata de uma limitação a um direito fundamental.

A própria Constituição Federal, ao firmar a inviolabilidade domiciliar como um direito fundamental, também estabelece as circunstâncias em que ela poderá ser restringida. Quais sejam: por autorização do morador, em caso de flagrante delito ou desastre, para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. Qualquer forma de violação de domicílio diversa dessas especificadas na lei maior, são consideradas ilegais, abusivas e criminosas, uma vez que o Código Penal em seu artigo 150 traz a violação de domicílio como um crime. Se o ato for praticado por funcionário público em desacordo com as especificações legais, a pena é ainda agravada.

4.5.1 Expedição de Mandado de Prisão

A inviolabilidade domiciliar consta da lista de direitos que pode ser violado durante uma investigação criminal em virtude dos mandados de busca e apreensão e do mandado de prisão. Este último, de impacto muito mais profundo no seio familiar, é extremamente violento ao psicológico do investigado e de sua família. Ser arrancado de sua casa enquanto esposa e filhos choram desesperados, é doloroso, não somente para o investigado e família, mas também para vizinhos, amigos e mesmo a sociedade, dependendo da posição social do preso e da repercussão causada. Devemos considerar, ainda, os efeitos psicológicos causados em todos os envolvidos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo IX, proíbe a prisão arbitrária de qualquer pessoa. A previsão constitucional para o mandado de prisão, é que ele deve ser emitido por autoridade judiciária competente, através de ordem escrita, salvo no caso de prisão em flagrante (artigo 5º, LXI, da CF) ou da recaptura de réu evadido (artigo 684 do CPP). A autoridade judicial é obrigada a descrever os motivos da prisão, por exigência do artigo 283 do CPP e do inciso IX do artigo 93 da CF, que exige a fundamentação de todas as decisões jurisdicionais.

O mandado de prisão é o instrumento que viabiliza a captura de um indivíduo considerado perigoso, ou para assegurar o bom andamento do processo e o efetivo cumprimento da sentença. O mandado autoriza a invasão do domicílio⁸, violando um direito fundamental e, para mais do que isso, a desmoralização de uma pessoa perante familiares e sociedade. Os mandados de prisão durante a investigação criminal também serão competência do Juiz das Garantias, com preparo para ponderar sobre o peso dos valores e princípios no momento de emitir um mandão de prisão.

4.6 A Liberdade

A liberdade caracteriza-se com uma regra em nosso ordenamento jurídico, consagrado como direito fundamental inviolável no caput do artigo 5º da Constituição Federal e prevista em todos os tratados internacionais de Direitos Humanos.

A liberdade individual consiste no direito de ir, vir ou permanecer. Trata-se de um direito fundamental dos mais valiosos (de aplicação imediata e com força vinculante frente a todos os poderes), posto que, sem liberdade de locomoção, incontáveis outros direitos não podem ser exercidos. Depois da vida e da integridade física, a liberdade (muito provavelmente) é o bem precioso do ser humano (GOMES, 2011, p. 38).

A liberdade é essencial para o exercício de quase todos os direitos fundamentais do indivíduo. Com efeito, sem liberdade, a pessoa tem suprimida a sua intimidade e o direito de ir e vir; não faz uso de sua propriedade e é afastado do seu trabalho. Isso sem falar na mácula causada à sua dignidade e à sua imagem.

⁸ Art. 10, XI, da CF/88 – “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;”

Por estas e outras razões, que a proteção à liberdade ganha status internacional, havendo inúmeras exigências para a sua restrição. Sendo que o descumprimento de qualquer dessas exigências torna a prisão ilegal, devendo ser “imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (art. 5º, LXV, da CF). Para tal, a Constituição Federal estabeleceu o *habeas corpus*, como remédio contra a violência à liberdade individual dos cidadãos.

Assim, “toda restrição que venha a incidir sobre a liberdade deve ser rigorosamente justificada e necessária: por que a liberdade é a regra; sua supressão ou restrição é exceção” (GOMES, 2011, p. 39).

4.6.1 Prisões Cautelares

As prisões são as mais drásticas medidas cautelares, visto que restringem a liberdade de forma absoluta; sendo fundamental que se pondere o fato de que a prisão cautelar não tem por escopo a punição, mas a viabilidade e a efetividade da persecução penal. Sendo imprescindível a comprovação do *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis*, para a aplicação dessas medidas.

Nas palavras de Bonfim:

As prisões cautelares têm por finalidade resguardar a sociedade ou o processo com a segregação do indivíduo. Daí falar em cautelaridade social, cujo escopo é proteger a sociedade de indivíduos perigosos, e cautelaridade processual, que garante o normal *inter* procedimental, fazendo com que o feito transcorra conforme a lei e que eventual sanção penal seja cumprida (2011, p. 58).

Conforme o entendimento que a lei traz no artigo nº 312 do CPP, quando impõe que “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da

ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

A alteração promovida pela Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011, veio fortalecer esse entendimento, uma vez que coloca a prisão cautelar como último e insubstituível recurso para a consecução da persecução penal, ao criar diversas medidas substitutivas para tal. A referida Lei deu nova redação ao Título IX do CPP, trazendo um novo tratamento às prisões cautelares. Fruto de uma necessidade de readequação normativa no sentido de contextualização social, frente à crescente população carcerária e indiscriminada utilização das medidas cautelares de prisão, conforme textualiza Gomes e Marques:

Há um excesso por parte de alguns magistrados do País. Banalizou-se a medida cautelar privativa de liberdade de tal forma que muitas pessoas cumprem suas penas provisoriamente antes mesmo de serem condenadas. A prisão processual tornou-se, na prática, prisão penal. A odiosa antecipação da pena faz parte da realidade prisional brasileira (2011, p. 15).

A prisão em flagrante passa a ser apenas para o fim de fazer cessar a atividade delitiva, devendo ser imediatamente relaxada (se ilegal), substituída pela prisão preventiva ou substituída por uma medida cautelar diversa da prisão (art. 310 e incisos, do CPP). A prisão cautelar será decretada pelo Juiz mediante a ponderação de alguns elementos, que Gomes descreve como:

(a) instrumentalidade das medidas cautelares; (b) requisito essencial (“fumus commissi delicti”); (c) fundamento imprescindível; “periculum libertatis”; (d) princípio da presunção de inocência; (e) princípio da liberdade e (f) regra da excepcionalidade das medidas cautelares (2011, P. 42).

Contudo, alerta o nobre doutrinador que, diverso do que apregoam os institutos de direitos humanos internacionais, os princípios constitucionais e a Lei, as

prisões cautelares tem sido utilizadas de forma abusiva e como instrumento de punição; tornando-se a regra ao invés de uma exceção.

[...] há juízes que absurdamente estão transformando a prisão cautelar em prisão antecipada (segundo a clássica lição de Carnelutti). Pior: acabam por impor, no curso do processo, uma pena mais grave que a pena final. Muitos presos acham-se recolhidos há anos sem julgamento. Para além dos prejuízos materiais que esses atos desvairados vão gerar (virão muitas condenações contra o Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos), deveríamos estar prestando atenção nas carreiras criminais que estamos fabricando (GOMES, 2011, p. 78).

O deslocamento de juízes especializados para tratar dessas peculiaridades do Processo Penal, proporciona o aprimoramento na utilização de todos esses instrumentos, de forma a provocar maior efetividade, segurança e precisão nas tomadas de decisões, por parte dos juízes, quanto às medidas cautelares de prisão.

4.6.2 Afastamento da Vítima, Proibição de Frequentar Lugares, Proibição de Ausentar-se da Comarca, Recolhimento Domiciliar Noturno e Monitoramento Eletrônico

A Lei nº 12.403 de 2011, criou medidas cautelares substitutivas para as prisões cautelares, com o escopo de conter o crescimento descontrolado da população carcerária em razão da indiscriminada utilização das prisões cautelares, conforme explanado no sub-título anterior.

Algumas medidas, embora não sejam prisionais, visam a limitação do direito ambulatorial do indivíduo (afastamento da vítima, proibição de frequentar lugares, proibição de ausentar-se da comarca, recolhimento domiciliar noturno e monitoramento eletrônico), de forma a manter um controle sobre a sua conduta social; e serão decretadas pelo Juiz, mediante a ponderação dos mesmos

elementos apresentados a respeito das prisões cautelares, devendo serem utilizadas preferencialmente em relação às prisões cautelares, as quais são reservadas à subsidiariedade em relação àquelas.

A aplicação de tais medidas, embora limitativas ao direito de liberdade da pessoa, não são comparáveis às restrições conseqüentes de uma prisão cautelar. Pode não ser o ideal, mas como observa Maciel, “no Brasil, em matéria de direitos fundamentais dos selecionados pelo sistema criminal não podemos raciocinar em termos apenas ideais” (2011, p. 187).

Nestes termos é possível considerar que as “medidas cautelares diversas da prisão” caracterizam-se, não apenas como meios de restrição dos direitos do investigado, mas também um direito deste, de não ser submetido a uma cautelar de prisão preventiva, podendo ser esta substituída por outra medida cautelar. Devendo o Juiz atentar para a aplicação dessas medidas cautelares, com ponderação e justificadamente, preferencialmente à prisão preventiva.

4.7 Inviolabilidade de Dados

O sigilos de dados bancários, fiscais e telefônicos são assegurados constitucionalmente; de onde se extrai, no inciso X da CF, a inviolabilidade da privacidade; e no inciso XII a proteção ao sigilo de dados. Tal garantia constitucional está diretamente ligada ao direito de liberdade e ao direito de intimidade já mencionados nas páginas anteriores, por se tratar de informações inseridas no âmbito da privacidade da pessoa. São informações pessoais e não públicas. Não estão à disposição de outrem e não podem ser devassadas, salvo nas hipóteses previstas em lei.

O sigilo, ou segredo, é algo proveniente do próprio instinto humano, que tem, por natureza, a necessidade de reservar para si informações que lhes são pessoais, das quais não tem interesse que outras pessoas tomem delas

conhecimento, ou que lhe possam trazer benefícios. Para Helio Apoliano Cardoso, “o sigilo outra coisa não é senão o segredo profissional ou institucional oriundo do interesse público e social, sem esquecer que o segredo é a alma do comércio” (2002, p. 15).

4.7.1 Quebra de Sigilo Bancário, Fiscal e Telefônico

Atualmente, tanto as informações sobre movimentação bancária, como fiscais e de comunicações telefônicas, consistem em dados armazenados digitalmente em sistemas de informática. De modo que ficam inseridas dentro do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, que garante o sigilo inviolável de tais informações. Existe muita discussão doutrinária a respeito dessa afirmativa; o que não nos convém adentrarmos no momento. Basta que tenhamos a convicção de que o sigilo de dados bancários, fiscais e telefônicos, possuem proteção no ordenamento jurídico nacional.

Quezado e Lima apresentam o seguinte posicionamento quanto ao sigilo de dados bancários:

Mesmo que não houvesse nenhuma outra norma expressa em prol do sigilo bancário, ainda assim, existe a força normativa do princípio da liberdade, cuja observância, em uma dimensão mais restrita, chamada liberdade de negação, possibilitaria o cidadão guardar em segredo seus dados bancários. (QUEZADO e LIMA, 2002, p. 30)

O sigilo das informações bancárias são garantidas, ainda, pela Lei nº 4.595 de 1964, sendo a sua violação considerada crime. Tal sigilo só poderá ser quebrado mediante decisão judicial, de forma restrita às partes legitimamente envolvidas e interessadas; não podendo serem divulgadas tais informações.

No que concerne ao sigilo fiscal, o órgão de arrecadação do Estado faz, por natureza, o arquivamento de toda a arrecadação fiscal, de forma a manter em seu banco de dados as informações individualizadas relativas aos contribuintes; bem como as relativas a informações prestadas pelos próprios contribuintes. Tais informações são pessoais e pertencem aos contribuintes, não podendo ser violadas.

Em virtude desse dever de fiscalização por parte do Fisco, somado ao nosso dever de informar ao Fisco nossos dados, esses órgãos de informações, em seus arquivos, estritamente de caráter individual, mormente aqueles de caráter patrimonial, as quais, pela mesma razão que fundamenta o sigilo bancário, não devem ser para ninguém informadas, exceto por interesse do próprio contribuinte. (HEBERLIN, 2005, p. 101)

De igual modo, os dados referentes às comunicações telefônicas são igualmente protegidos pela Constituição Federal – contendo os números das chamadas com dia, hora, e tempo de duração – e podem ter o seu sigilo violado em casos específico estabelecidos na Lei. Contudo, especificamente no que concerne ao Processo Penal, é preciso que se tenha muito cuidado na apreciação do pedido de quebra de tal sigilo, de forma a respeitar-se o princípio da proporcionalidade.

No âmbito do Processo Penal, como toda busca e apreensão, a medida deve ser apreciada sob o prisma da sua razoabilidade e pertinência com o fato a ser investigado, sob pena de constituir-se em um cheque em branco para a devassa da privacidade individual. (AVOLIO, 1999, p. 229)

Qualquer dessas medidas elencadas constituem dados invioláveis, por estarem contidos dentro dos limites da intimidade do cidadão e das prerrogativas inerentes à sua liberdade. São muitos os estatutos legais que regulamentam a quebra dos sigilos (HAEBERLIN, 2005, p. 102 e 103), de modo que, mesmo ao magistrado, faz-se necessário um estudo atento da matéria e do caso fático no momento da aplicação do instituto. São tantas questões a serem observadas para que a quebra do sigilo não seja considerada ilegal e abusiva, que a designação de um juiz especializado na tomada desse tipo de decisão, seguramente gerará grande segurança jurídica e celeridade no tramite do inquérito policial.

5 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

Desde o final da Segunda Grande Guerra Mundial, em meados do Século XX, constatou-se a necessidade de garantir a segurança dos cidadãos, em relação ao o próprio Estado e seu poder de legislar; o qual podia impor àqueles a sua vontade, independente de qual seja ela, simplesmente pelo cumprimento formal dos requisitos exigidos à produção das leis. Necessidade que conduziu a Europa a um despertar neoconstitucionalista. A começar pela Constituição Italiana em 1947 e a Lei Fundamental de Bonn em 1949, que se tornou um marco do neoconstitucionalismo, abrindo uma nova faze na produção jurídica e inspirando a renovação constitucional em outros países.

Torres relembra que o contexto político e social dessas mudanças era o da transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito (2007, p. 961), rompendo com muitos paradigmas e repensando o direito como forma de conter a ambição de líderes carismáticos que pretendam utilizar-se do poder estatal como forma de repressão e dominação.

Nessa nova concepção, faz-se uso da força normativa da Constituição, como lei maior que não se alicerça sobre normas, mas princípios de observância universal que permeia todo o arcabouço jurídico provocando a verticalização da estrutura normativa, fazendo com que todos os dispositivos legais do Estado estejam a ela subordinados, pressionando o legislador para um avanço constante no sentido de que se alcance o máximo de coerência e adequação das leis infraconstitucionais a tais princípios que assegurem a dignidade da pessoa humana, pelo inocular de direitos e garantias no seu cerne; como núcleo imodificável. Destarte que, qualquer dispositivo jurídico que não esteja dentro dessa nova exigência, deva ser excluído ou revisto.

Embora tardio, o Brasil se insere nessa nova concepção com a promulgação da Constituição Federal de 1.988. Fundada sob a égide do

neoconstitucionalismo em um momento de transição do Regime Militar autoritário para um Estado Democrático de Direito, foi capaz de manter-se firme e conduzir o país à democracia, através de um período de turbulências políticas e não poucos escândalos políticos, e sustentar essa democracia com segurança e estabilidade, de forma que, durante os últimos 23 anos não houve qualquer atentado direto contra essa Democracia.

A constitucionalização é um efeito inerente à própria Constituição que exige a adequação e harmonização de todo o ordenamento jurídico aos princípios e às normas por ela estabelecidas. O que nos leva, inevitavelmente à revisão, reforma ou renovação de todos os dispositivos legais, no sentido de torna-los o mais coerente possível com os princípios estabelecidos na Lei Maior.

No entendimento de Virgílio Afonso da Silva, a constitucionalização consiste na inserção de um novo paradigma que exige a conformação de toda a estrutura normativa (2008, p. 40-41). Para Silva, mesmo que a irradiação dos preceitos constitucionais possa ocorrer rapidamente, a mudança de paradigmas ocorre lentamente na sociedade e jurisprudência.

A criação do Juiz das Garantias demonstra um esforço legislativo para a constitucionalização do Processo Penal, com o escopo de torná-lo conforme os princípios constitucionais que regem o processo. Tais princípios apregoam um processo penal bastante diverso do que se vê na prática, conforme apresenta Coutinho (2009, p. 253-261) em seu estudo comparativo do sistema persecutório previsto pelo CPP e a Constituição Federal, onde aponta uma total incoerência entre um Código de Processo Penal inquisitivo e o sistema acusatório estabelecido pela Constituição Federal.

A preocupação específica com a fase inquisitorial da persecução penal, não é por acaso. Afinal, não são raros os casos de abuso de autoridade nessa fase, assim como a violação de direitos e garantias fundamentais do investigado; gerando processos maculados por vícios que acabam por resultarem em nulidades absolutas, à absolvição de criminosos, quando não, à condenação de inocentes.

Contudo, é salutar que se tenha o cuidado de analisar a figura do Juiz das Garantias à luz da Constituição Federal e dos Princípios Constitucionais do Processo, de maneira sóbria e imparcial, com o fim de verificarmos a existência ou não de alguma inconstitucionalidade, seja de ordem material – atingindo a sua essência –, seja em relação aos efeitos e conseqüências para a investigação e o sistema persecutório como um todo.

5.1 Princípios Constitucionais do Processo Aplicáveis ao Juiz das Garantias

5.1.1 O Sistema Acusatório

A Constituição Federal de 1988 deixa clara a sua intenção de conformar o sistema persecutório criminal ao modelo acusatório, ao: estabelecer o Ministério Público como promotor da ação penal no inciso I do artigo 129; criar a Defensoria Pública no artigo 134; e estabelecer o advogado como “indispensável à administração da justiça” no artigo 133. Todos inseridos no capítulo IV das “Funções Essenciais à Justiça”.

Ao inserir, no artigo 5º, inciso LV, o contraditório e a ampla defesa como direito fundamental ao acusado, a Constituição consagrou, definitivamente, o sistema acusatório. Além disso, outros princípios constitucionais estão intimamente relacionados ao sistema acusatório, como o juiz natural e a publicidade dos atos processuais.

Antonio Milton de Barros (2002, p.166) explica que “no modelo acusatório as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos, enquanto que no inquisitório, além de reunir essas funções, o juiz tem a iniciativa do próprio processo”.

Para Grinover (1999, p. 71), o sistema acusatório se caracteriza por: não concorrerem para a convicção do magistrado, os elementos colhidos durante a investigação criminal, os quais servirão apenas para a formação do convencimento do acusador; a jurisdição e a acusação serem exercidos por órgãos distintos; e pelo

processo ser pautado pelo contraditório em todas as suas fases, perante o juiz natural.

O sistema acusatório tem como fundamento precípua a imparcialidade do julgador, sendo que hoje, o sistema persecutório pátrio não se encontra adequado à essa exigência, uma vez que o juiz mantém contato direto com a investigação criminal e de todas as diligências realizadas, bem como com as medidas cautelares necessárias e a produção antecipada de provas; havendo, ainda, a possibilidade de determinar de ofício, durante o processo, a realização das diligências e a produção das provas que entender necessárias para “dirimir dúvidas”⁹.

Muitas são as mudanças necessárias para que o sistema persecutório nacional seja conformado ao princípio acusatório. O Juiz das Garantias surge como personagem inspirador que vem modificar de forma significativa a participação do julgador no processo. O Juiz das Garantias tira o julgador de cena na fase pré-processual, assegurando a sua neutralidade processual. O julgador só tomará contato com o caso no momento em que for proposta a ação pelo Ministério Público, bem como com as provas, somente no momento em que estas forem produzidas no processo.

Muito embora exista entendimento em sentido contrário, ter juízes distintos para a investigação criminal e para o julgamento, não modifica o sistema persecutório adotado pelo Brasil, de Sistema Acusatório Sem Juizado de Instrução.

Funciona um juiz de investigação criminal, com a função de autorizar as medidas cautelares requeridas pelo Ministério público e presidir a colheita das provas antecipadas, em contraditório. Não para investigar.

O juiz de investigação criminal pode ou não ser o mesmo do julgamento [...] (SANTIN 2007, p. 99).

Segundo Santin (2001, p. 91-92), o juizado de instrução é presidido por um juiz após uma fase de investigação prévia feita pela polícia, normalmente

⁹ CPP. 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; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.³⁹

presidida pelo Ministério Público; o que não está previsto no projeto brasileiro. O inquérito permanece inquisitorial, não tendo um escopo decisório. A destinação do inquérito é a “formação do convencimento do Ministério Público”, conforme previsto no artigo 33¹⁰ do ARCPP.

Essa nova estrutura persecutória criada pelo legislador está longe de se conformar a um juizado de instrução. Para tal, seria necessário trazer o contraditório para o inquérito, o que não aconteceu. A menos que se pense em conformar o sistema processual penal pátrio ao sistema misto clássico. Contudo, em tal sistema, o juizado de instrução entra em cena para fazer a instrução prévia após uma investigação realizada pela polícia em conjunto com o Ministério Público. Ficando evidente que o novo sistema persecutório previsto não se identifica com esse sistema ultrapassado e em decadência em todo o mundo.

O Juiz das Garantias vem corroborar com a exigência constitucional de um processo ajustado ao sistema acusatório ao restringir a participação do juiz do processo durante a fase investigatória, assegurando um julgamento justo e imparcial.

A influência do Juiz das Garantias para sistema acusatório inicia-se na imparcialidade do julgador, ao afastar o juiz do processo da fase investigatória; passa pelos princípios do devido processo legal; contraditório e ampla defesa; sem causar prejuízos ao princípio do juiz natural.

5.1.2 O Devido processo legal

O Devido Processo Legal tem origem na Magna Carta assinada pelo Rei João Sem Terra em 1215, que sofreu grande pressão dos burgueses que

¹⁰ ARCPP., Art. 33. Os elementos informativos da investigação deverão ser colhidos na medida necessária à formação do convencimento do ministério público sobre a viabilidade acusação, bem como à efetivação de medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem decretadas pelo juiz das garantias.

ansiavam por poder e não aceitavam mais o poder absoluto do Rei sobre a vida de qualquer súdito. A Magna Carta traz em seu texto original a seguinte redação:

Nenhum homem livre será detido ou preso ou tirado de sua terra ou posto fora da lei ou exilado, de qualquer outro modo destruído (arruinado), nem lhe imporemos nossa autoridade pela força ou enviaremos contra ele nossos agentes, serão pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra.

Contudo, somente em 1354, com a ratificação da Magna Carta pelo Rei Eduardo III, e a sua tradução para o idioma inglês é que aparece, pela primeira vez a expressão “*due process of law*”

Nenhum homem de qualquer camada social ou condição, pode ser retirado de sua terra ou propriedade, nem conduzido, nem preso, nem deserdado, nem condenado a morte, sem que isto resulte de um devido processo legal (Devido Processo Legal. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, pp. 34/35).

A Constituição Federal de 1988 consagrou o Devido Processo Legal no inciso LIV do artigo 5º¹¹, como direito e garantia fundamental.

Mais do que direito e garantia, o devido processo legal é a base para um Estado Democrático de Direito. É a única forma de se manter a legalidade e a justiça de forma prevalente sobre o Estado. Não se concebe um Estado Democrático sem o devido processo legal, assim como assevera Rangel (2009, p. 57):

[...] O devido processo legal é o farol iluminador da atuação do Estado, frente aos direitos fundamentais, impedindo-o de trilhar por caminhos acidentados, monitorando seus passos e evitando percalços na estrada de alcance do bem comum.

Humberto Ávila considera o devido processo como um sobreprincípio, sendo um “fundamento formal e material para a instituição e atribuição de sentido a normas hierarquicamente inferiores” (2004, p. 88). Isso porque ele é tão elevado que inspira outros princípios e condiciona toda a estrutura normativa de um Estado.

¹¹ CF. Art. 5º, LVI. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

O próprio sistema acusatório se fundamenta no direito a um devido processo dentro da legalidade expressa. Para alcançar toda a sua amplitude, a doutrina subdivide o devido processo em duas ramificações; quais são: o devido processo legal formal e o devido processo legal substantivo.

O devido processo legal formal, ou procedimental, é a sucessão na prática de atos processuais previstos em lei, para legitimar uma decisão final. É o estrito cumprimento de todas as exigências formais para a prática de um ato jurisdicional, de forma que não haja dúvida quanto à legalidade do ato.

O devido processo legal substantivo ou material está presente em todos os âmbitos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, para regulamentar e limitar o poder de fazer, legislar e julgar. Trata-se de uma limitação ao poder do Estado de ingerência nos direitos e garantias dos cidadão, a qual deverá ser sempre equilibrada, proporcional e razoável. Assim, a restrição de direitos que o Estado faz na vida do cidadão, tem que ser justificada, caso contrário estará violando o devido processo substantivo.

No Processo Penal, o devido processo legal substantivo se apresenta como uma limitação ao “*ius puniende*” do Estado, que só poderá agir dentro dos limites estabelecidos pela lei; caso contrário, o ato será considerado ilegítimo.

O devido processo legal substantivo se estende aos atos da administração em geral, exigindo-se do administrador que todos os seus atos sejam fundamentados, motivados e publicados, de modo que sejam revestidos de legitimidade. Conforme se extrai dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade presentes no Direito Administrativo, sintetizados por Di Pietro (1991), apud Coelho (2002, p. 55): “[...] o que se quer é que haja compatibilidade, relação, proporção entre as medidas impostas pelo Legislativo ou Executivo e os fins objetivados, de forma implícita ou explícita, pela Constituição ou pela lei”

O devido processo legal, portanto, alcança o inquérito policial, exigindo que todos os atos inquisitórios sejam, não apenas realizados dentro dos trâmites legais, mas também fundamentados e faticamente justificados.

O devido processo legal se fundamenta no respeito e obediência a todos os procedimentos legais exigidos para qualquer ato jurisdicional, executivo ou legislativo, assim como a estrita observância desse conceito no que concerne ao conteúdo e finalidade de tais atos. Isso por quê, ao Estado, não é autorizado seguir os tramites estabelecidos pela lei, para, dessa forma, restringir direitos dos cidadãos em desrespeito à lei.

5.1.2.1 O juiz das garantias como fiscal do devido processo na fase inquisitorial

O Juiz das Garantias adentra nosso ordenamento jurídico exatamente para garantir a obediência ao Princípio do Devido Processo Legal; como se vê na primeira parte do caput do artigo 15 do ACPD¹²: “o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal [...]”

Como órgão fiscalizador das ações investigatórias da Polícia Judiciária, estará assaz atento ao procedimento inquisitorial, para que este seja cumprido de acordo com as especificações legais, com a finalidade de evitar um processo temerário. Pois a garantia de um processo bem sucedido, seja com a condenação de um culpado ou com a absolvição de um inocente, está em uma investigação legitimada pela conduta pautada na legalidade dos atos praticados.

Neste sentido, quanto à criação do Juiz das Garantias, pode-se afirmar categoricamente que o Juiz das Garantias vem corroborar com o devido processo legal, com o fim de legitimar os atos investigatórios, prezando pela legalidade de todos os atos da fase inquisitorial da persecução penal. Observando, não apenas a consecução dos atos dentro dos ditames legais, mas ainda e, que sas, mais

¹² ACPD., art. 15. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do poder judiciário, competindo-lhe especialmente:

importante do que isso, a motivação de cada ato persecutório, seja investigativo, cautelar ou restritivo de direitos.

Durante a fase processual da persecução, todos os atos são determinados pelo juiz, o qual preside o processo. Na fase inquisitorial, contudo, quem preside a investigação é o delegado de polícia, o qual não está autorizado a interferir em qualquer direito do investigado sem que isto seja expressamente determinado pelo juiz. O juiz, vocacionado que é para estar presente onde quer que haja direitos cerceados, como guardião de direitos e garantias fundamentais.

5.1.3 Contraditório

Um dos desdobramentos do Devido Processo Legal é o Contraditório. Não é possível conceber, em um sistema persecutório acusatório, um processo dentro da legalidade sem que se dê ao acusado o direito a tomar ciência de toda imputação contra ele existente e delas se defender.

O contraditório é inerente ao próprio sistema acusatório adotado por nós, onde as três funções (acusar, julgar e defender) são entregues a três órgãos (pessoas) distintos entre si: Ministério Público, Juiz e defesa técnica. O próprio sistema acusatório, conforme preceitua Rangel (2009, p. 64), se fundamenta na distribuição das funções processuais a órgãos distintos, onde, o promotor acusa, o advogado ou defensor defende e o juiz julga; prevalecendo a paridade de armas, onde as partes têm direitos iguais de participarem no processo; e sempre que uma parte apresentar fato ou alegação nova, a outra parte tem o direito de tomar conhecimento e oportunidade de se manifestar a respeito.

A previsão constitucional do contraditório está consagrada no artigo 5º, LV da CF: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Paulo Rangel (2009, p.65) assevera sobre a distinção entre processo e procedimento administrativo:

O conceito de processo administrativo é diferente de procedimento administrativo.

O primeiro (processo administrativo) é gênero do qual surgem várias espécies, sendo a mais freqüente o processo disciplinar, onde se busca uma sanção de caráter administrativo ao administrado. É este que a Constituição da República se refere dando o direito de defesa e assegurando o contraditório a quem resiste administrativamente a esta pretensão punitiva disciplinar.

O segundo é o meio e modo pelos quais os atos administrativos serão praticados. O rito, a forma de proceder e o conjunto de formalidades que serão adotadas.

Considerando que o inquérito policial consiste em procedimento pré-processual de índole administrativa (LOPES, 2009, p.37) que visa apurar a autoria e materialidade de um crime ocorrido, tendo um caráter inquisitorial onde não se tem em vista a aplicação de qualquer sanção ao investigado. Rangel afirma ainda que, “[...] não há que se falar em contraditório na fase pré-processual ou no procedimento administrativo [...]” (2009, p, 65).

Há, contudo, uma situação específica em que o contraditório é trazido para seio do inquérito: quando houver a necessidade de antecipação de provas urgentes. Na medida cautelar de antecipação de provas, incluída no artigo 155 do Código de Processo Penal pela Lei 11.690 de 2008 ¹³; o delegado vai requisitar a antecipação da produção da prova em razão e pela impossibilidade de a mesma ser reproduzida em audiência; e neste momento, o contraditório adentra ao inquérito de forma excepcional.

Muito embora, num primeiro momento, tem-se a impressão de que, em virtude da ausência de contraditório ser a regra durante a investigação criminal, a presença do Juiz das Garantias seria insípida ao contraditório; o texto do ACPP, no

¹³ CPP, Art. 155. 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.

inciso VIII do artigo 15, lança nas mãos do Juiz das Garantias a responsabilidade de “decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa”. De modo que o Juiz das Garantias insurge como guardião do princípio do contraditório na fase inquisitorial; afastando o julgador das turbulências e incertezas do inquérito e efetuando a colheita das provas que precisam ser antecipadas.

Mais do que isso: tanto o CPP¹⁴ atual quanto o ACPP¹⁵ trazem a possibilidade de o ofendido, assim como indiciado, requerer diligências à autoridade policial (tendo a autoridade policial autonomia para decidir sobre a realização ou não de tais diligências); no art. 13¹⁶ do ACPP, há previsão de amplo acesso, para o investigado e seu defensor, ao material já produzido na investigação; medidas cautelares cerceadoras de direitos fundamentais podem ser requisitadas pela autoridade policial durante a fase inquisitorial, como prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, busca e apreensão, autorização de escuta telefônica e quebra de sigilos telefônico, bancário e fiscal. O descaso da autoridade policial para com o requerimento de diligências e indicação de provas pelo réu e o cerceamento do direito de acesso ao material produzido na investigação, trazem uma violação ao princípio do contraditório ao passo que gera reflexos diretos no direito de defesa do réu.

Qualquer medida cautelar determinada durante a fase investigatória exige a intervenção jurisdicional; pois o juiz, como guardião de direitos fundamentais, somente ele, tem competência para autorizar o cerceamento desses direitos. Nestas circunstâncias, verifica-se um conflito de direitos fundamentais que precisa ser dirimido pelo Judiciário. Considerando que o contraditório é um direito constitucional que não pode ser suprimido em hipótese alguma, temos aqui um

¹⁴ CPP. Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

¹⁵ ACPP. Art. 14. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

¹⁶ ACPP. Art. 12. 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 compreende consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material.

contraditório diferido, mas não violado; sendo ele postergado para um momento futuro quando, no processo, serão contraditados e provados todos os procedimentos realizados durante o inquérito policial e as provas serão produzidas no processo. Somente a partir desse momento as provas passam a ter valor probatório e concorrerão para o convencimento do juiz.

O Juiz das Garantias tem, portanto, o dever de zelar para que a investigação não traga empecilhos à participação do investigado no inquérito, nos casos autorizados pela lei, de forma a não haver embaraços ao seu direito de defesa. O Juiz das Garantias vêm fortalecer a instituição democrática e o princípio do contraditório pela preservação do direito de defesa do investigado, tendo em vista as conseqüências, para o processo, de todos os atos praticados durante a investigação.

5.1.4 Ampla defesa

O princípio da ampla defesa abrange a autodefesa e a defesa técnica. Sendo que a primeira consiste na direito de o réu não produzir provas contra si mesmo, podendo, para tanto, estar presente nos atos processuais, ser interrogado, mas não colaborar, conforme postula Fábio Motta Lopes (2009, p. 89); enquanto a última, no entendimento de Lopes Junior (2006, p. 329), diz respeito à garantia indisponível e indeclinável de ser assistido por um defensor, o que consiste em uma condição para a igualdade de armas no processo.

É facilmente perceptível que tanto a auto defesa quanto a defesa técnica são imprescindíveis durante o inquérito policial, quando as diligências serão feitas e as provas serão delineadas. Tendo, o indiciado, o direito de não produzir provas contra si, este apenas será efetivado a partir do momento em que um defensor possa orienta-lo adequadamente sobre o que pode vir a prejudica-lo ou não no curso do processo, de forma que saiba como se comportar, o que e quando

falar ou cooperar com as investigações. Mesmo um inocente mal instruído pode vir a produzir provas contra si mesmo.

Lopes apregoa que “[...] a defesa, pois, no âmbito processual penal, é elemento fundamental à justiça, tendo como finalidade principal a preservação dos direitos do acusado [...]” (2009, p.90). A presença do defensor durante a fase inquisitorial da persecução penal é imprescindível para a preservação dos direitos processuais assegurados ao indiciado. Se de um lado está o Ministério Público requisitando diligências com fim de angariar material para a proposição da ação; do outro lado deve se posicionar o defensor, requerendo do juiz as providências necessárias para assegurar os direitos e garantias constitucionais do indiciado, bem como as diligências que entender necessárias para comprovar a inocência ou minorar a culpa de seu cliente.

Pode-se notar que a ampla defesa é a forma de efetivação de todas as garantias processuais do indiciado ou réu; incumbindo ao Juiz das Garantias o dever de zelar pela observância de tal princípio durante a investigação criminal. Não obstruir a atuação do defensor durante o inquérito, permitindo o amplo acesso ao material já produzido nas investigações¹⁷, é dever da autoridade policial; mas assegurar para que não haja violação a esse direito é obrigação do juiz.

5.1.5 Juiz Natural

O princípio do juiz natural está presente no cenário jurídico nacional, desde as primeiras Constituições. Estando também consagrado pela Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, em seus incisos XXXVII e LIII ¹⁸, ao vedar os juízos de exceção e o julgamento por autoridade incompetente.

¹⁷ ACPP. Art. 12. 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 compreende consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material.

¹⁸ XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

Capez sintetiza a teoria do juiz natural (1998, p. 25):

Significa dizer que todos têm a garantia constitucional de serem submetidos a julgamento somente por órgãos do Poder Judiciário, dotados de todas as garantias institucionais e pessoais previstas no Texto Constitucional. Juiz natural é, portanto, aquele previamente conhecido, segundo regras objetivas de competência estabelecidas anteriormente à infração penal.

Por este princípio entende-se que a jurisdição precisa ser constitucionalmente instituída, anteriormente ao fato ocorrido. A competência está diretamente ligada ao fato de o órgão jurisdicional estar previamente designado a julgar determinada matéria em determinado local.

No mesmo sentido, Fernandes (2000, p.117), discorrendo sobre a evolução desse princípio, concorda com Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p. 58), apontando o juiz natural como uma trílice garantia:

1ª) só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição;

2ª) ninguém pode ser julgado por órgão instituído após o fato;

3ª) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competência que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.

Se não houver tal previsão constitucional ou legal que estabeleça a competência anterior ao fato, não teremos um juiz natural e não haverá jurisdição.

O juiz natural, constitucionalmente instituído e competente, é fundamento para o Estado Democrático de Direito. Sem o juiz natural, é inócuo falar em contraditório, ampla defesa ou devido processo legal. O princípio do juiz natural cinge-se de todos esses princípios e é o sustentáculo de todos eles, bem como um atalaia a vigiar a sua observância.

A designação de um órgão jurisdicional para julgar um determinado fato após este ter ocorrido, constitui a criação de tribunal de exceção. O que está expressamente proibido pela Constituição Federal. Contudo, Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p. 154) asseveram que tal proibição não impede a criação de justiça ou vara especializada; pois não ocorre, neste caso, a criação de um novo órgão jurisdicional. Estando, a competência, já estabelecida pela Constituição federal, o que ocorre é a simples atribuição de função de forma a tornar mais eficiente a prestação jurisdicional.

Em seu artigo na internet sobre o “O novo código de processo penal”, Valmir Passos Freitas (2010), afirma que o ACPP traria violação direta ao princípio do juiz natural no seu artigo 18, onde prevê que “o juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos estados e do distrito federal”. Contudo, a criação do Juiz das Garantias interfere apenas nas normas de organização judiciária, não implicando na criação de um juízo diferenciado ou alheio à jurisdição já instituída pela Constituição Federal. O que ocorre é a reestruturação de órgãos jurisdicionais para uma maior adequação ao sistema acusatório e, conseqüentemente, à constitucionalização do processo.

Capez (2010, p. 54) corrobora com essa assertiva ao afirmar que:

A Constituição cuida de fixar apenas as competências ditas absolutas (de jurisdição, funcional, etc.), sem preocupar-se com a competência de foro, regulada em lei federal (CPP, p. ex.). Assim, é acertado dizer que a expressão *autoridade competente*, consignada no texto constitucional do mencionado art. 5º, LVIII, deve ser lida como *juiz constitucionalmente competente* para processar e julgar (aquele cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais), de modo que não será juiz natural o *constitucionalmente incompetente*.

A Constituição Federal, no artigo 96, dá liberdade aos tribunais para criarem seus regimentos internos, organizarem suas secretarias, serviços auxiliares e criarem novas varas de forma a prestarem a melhor assistência ao jurisdicionado; com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes. De forma que não há que se falar que a criação do Juiz das Garantias viola o princípio do juiz natural, uma vez que a jurisdição constitucionalmente instituída

permanece intacta, havendo uma reorganização para melhor prestação da tutela jurisdicional.

5.1.6 A Identidade Física do Juiz

O princípio da identidade física do juiz, trazido para o processo penal através da Lei nº 11.719 de 20 de junho de 2008, que incorporou ao CPP o § 2º do artigo 399, o instituto traz a previsão de que o juiz de presidir a instrução deverá ser o mesmo que proferirá a sentença. De onde se extrai que a presença do juiz no momento da produção das provas é fundamental para a formação do seu convencimento.

Importante evolução para o processo penal, essa disposição legal preceitua que a presença do julgador no momento da instrução, confere maior segurança para a decisão de mérito. Isso por que, ao tomar os depoimentos das partes, o do comportamento, reações e atitudes dessas, estão fornecendo, ao juiz, elementos de convicção para a sua decisão. O mesmo ocorre ao interrogar testemunhas. Estando presente durante toda a instrução e a produção de todas as provas, o juiz estaria mais preparado para uma decisão de mérito.

Prestigiando esse princípio, a mesma Lei nº 11.719 acrescentou o § 1º do artigo 400, instituindo a unidade da audiência de instrução e julgamento; de forma que, sendo realizados em uma única seção, não haja riscos de, por qualquer motivo, o juiz da instrução tenha que ser substituído por outro.

O princípio da identidade física do juiz também se faz presente no ACPP, no artigo 268¹⁹; bem como a unidade da audiência de instrução e julgamento,

¹⁹ ARCPP. Artigo 268. O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por motivo independente da sua vontade, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. *Parágrafo único.* em qualquer hipótese, o sucessor que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

prevista no artigo 296²⁰; e a criação do Juiz das Garantias, em regra, não gera efeitos diretos ao princípio da identidade física do juiz, uma vez que a sua atuação se dá na fase pré-processual, não tendo qualquer atuação na fase processual instrutória.

A exceção está na medida cautelar de antecipação de prova, em que tais provas serão colhidas pelo Juiz das Garantias durante o inquérito, excluindo a participação do julgador na colheita dessas provas. O que não chega a violar o princípio da identidade física do juiz, uma vez que a instrução propriamente dita se dá na fase processual da persecução penal.

O que ocorre no caso da medida cautelar de antecipação de prova é uma excepcionalidade prevista em lei. Uma mitigação do princípio da identidade física do juiz, tendo em vista princípios constitucionais que a justificam, como a imparcialidade do magistrado, a paridade de armas, o devido processo legal e o sistema acusatório.

Embora importante para legitimar uma decisão de mérito, o princípio da identidade física do juiz é uma previsão infraconstitucional, em certas circunstância, mitigado por força de princípios constitucionais; como ocorre no caso do inquirição de testemunhas por carta precatória, em que a celeridade processual se sobrepõe à identidade física do juiz, como princípio constitucional. Ocorrendo o mesmo no caso da medida cautelar de antecipação de provas em que princípios constitucionais concorrem a favor do Juiz das Garantias, justificando a mitigação da identidade física do juiz.

²⁰ ARCPP. Artigo 296. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o juiz receberá, ou não, a denúncia; havendo recebimento, e não sendo o caso de absolvição sumária ou de extinção da punibilidade, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença. §1º. todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.

5.1.7 A Imparcialidade do Juiz

Imprescindível à prestação jurisdicional, conforme postula Cintra, Grinover e Dinamarco, “a imparcialidade do magistrado é um pressuposto para a que a relação jurídica se instaure validamente” (2007, p. 58)

Segundo Tourinho Filho, “... a imparcialidade exige, antes de mais nada, independência” (2009, p. 41). Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p. 58) afirmam que tal preocupação necessidade não passou despercebida pelo legislador constitucional, o qual criou as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos para a magistratura, de forma que o juiz não esteja sujeito a pressões de qualquer espécie.

Para assegurar ao jurisdicionado o direito de ser julgado por um juiz imparcial, a lei processual penal assegura que o juiz impedido ou suspeito não poderá presidir o processo. Condição que pode ser arguida por qualquer das partes, ou declarado de ofício pelo próprio juiz.

O princípio da imparcialidade está intimamente ligado ao da igualdade, estando ambos previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU:

Toda pessoa tem o direito, em plena igualdade, a ser ouvida publicamente e com justiça por parte de um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria criminal.

A Constituição Federal assegura o direito de igualdade, de forma genérica, no caput do artigo 5º, dizendo que “*todos são iguais perante a lei*”. Garantindo, por tanto, que não pode haver qualquer tipo de distinção entre pessoas e pessoas, seja em que momento ou espécie for.

Quando nos reportamos ao direito processual penal, a preocupação tem que ser ainda maior, por quanto, o que está em pauta é o cerceamento de direitos fundamentais dos indivíduos. É inadmissível, no processo, que um juiz seja levado a decidir com base em presunções não comprovadas na investigação

criminal; assim como convicções religiosas, padrões de condutas pessoais, aspirações políticas ou profissionais, pressão social ou da mídia; ou qualquer outro motivo que não esteja diretamente ligado aos fatos comprovados pelo inquérito e provados no contraditório processual perante o juiz competente.

O Juiz das Garantias adentra em nosso sistema persecutório com a finalidade precípua de assegurar a imparcialidade do magistrado no momento da decisão. Ao afastar o julgador do cenário inquisitivo da persecução penal, assegura-se que não haverá influência de qualquer concepção mental prévia sobre o caso investigado, de forma que o juiz, ao tomar contato com o processo, não estará influenciado por qualquer fato ocorrido durante o inquérito policial.

Inerente a qualquer ser humano, quando nos deparamos com qualquer situação do dia a dia, logo concebemos uma idéia mental; uma concepção própria sobre as razões daquela situação e sobre as decisões que podem ser tomadas a partir desse entendimento.

Rocha Bueno em seu livro “Todas as Suas Decisões São 2 a 1, faz uma análise do desenvolvimento das decisões humanas a partir de algumas concepções de Voltaire. Utilizando princípios da Estatística, ele afirma que, de uma amostra de 1% da população pode se extrair a vontade de 100% (BUENO 2007, p.86):

É realizada uma pesquisa entre 1.000 motoristas de caminhão de um país. 78% respondem que vão votar em tal candidato para próximo Presidente. Os pesquisadores aplicam esta amostra e dizem que 78% dos 100.000 caminhoneiros vão votar naquele candidato. Mas e os outros 99.000 que não foram entrevistados não têm opinião pessoal? A conclusão é que o interesse dos 1.000 entrevistados é o mesmo interesse dos 100.000: conservação das estradas, preço dos pneus, facilidades para adquirir novos caminhões, preços dos combustíveis, a quantidade de fretes, etc...

Por essa lógica identifica-se claramente o senso comum; que no caso da jurisdição representa um grande perigo frente ao seu papel contramajoritário. Muito embora remontem-se as críticas contra essa característica da jurisdição, ela existe de fato em nosso Judiciário, Tendo o juiz poderes para ir contra os anseios populares, as pressões políticas e da mídia, para fazer valer a lei acima de tudo.

A lógica desenvolvida por Rocha Bueno (2007, p. 87), com base no pensamento de Voltaire, é de que todas as nossas decisões são fruto de um conflito entre razão e emoção, sendo que aquela que prevalecer nesse embate vai definir a direção que tomamos; mas que todos acabam decidindo conforme seus próprios interesses (seja pela razão ou pela emoção), para satisfazer anseios ou necessidades próprias (emocional, material, moral, social, política, etc.).

A lógica do 2 a 1 (BUENO, 2007) está relacionada ao peso da balança na hora de decidir. Dependendo da quantidade de elementos de cunho emocional e racional que estejam alimentando a tomada de decisão, a balança vai pesar para um lado ou para o outro.

O inquérito policial é um procedimento invasivo e impactante na vida do indiciado. É o momento onde se verifica o maior número de elementos emocionais envolvidos na persecução penal. Nessa fase o indiciado tem do primeiro contato com a Justiça e vê direitos serem cerceados. É quando a sociedade tem o primeiro impacto com o crime e ocorrem repercussões de ordem social, religiosa, econômica e moral. É quando os holofotes são acesos e os microfones apontados em direção ao sistema persecutório e a polícia, o Ministério Público e o juiz são colocados no centro do palco para satisfazerem as expectativas da sociedade.

A própria comissão de juristas que elaborou o ARCPP reconhece o perigo do envolvimento do juiz do processo com o inquérito, na exposição de motivos do Anteprojeto (2009, p. 16):

Em processo penal, a questão é ainda mais problemática, na medida em que a identificação com a vítima e com seu infortúnio, particularmente quando fundada em experiência pessoal equivalente, parece definitivamente ao alcance de todos, incluindo o magistrado. A formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional.

O Juiz das Garantias entra em cena, nesse momento, apenas para assegurar a legalidade dos procedimentos investigatório de forma que não haja indevida violação de direitos constitucionais do indiciado e favorecer a celeridade da investigação criminal. Ele não tem poder decisório de acusação e não dará a sentença final sobre o fato.

Esses elementos favorecem as decisões do Juiz das Garantias, tirando de sobre ele o peso de julgar o caso, podendo tomar as decisões sobre medidas cautelares de forma isenta, sem que isso possa vir a influenciar a decisão no julgamento final.

Em contrapartida, o juiz do processo, distante de todas essas pressões e repercussões da fase inquisitorial, está legitimado para decidir a respeito dos fatos que remanesceram íntegros na investigação e instruíram a acusação do Ministério Público, sem estar vinculado a qualquer decisão tomada pelo Juiz das Garantias durante o inquérito.

O novo sistema, ao manter o juiz do processo distante da investigação, procura evitar o que Franco Cordero, apud Lopes Junior (2009, p. 75) chama de “quadro mental paranóico”. Que ocorre quando o juiz mantém contato direto com as investigações durante o inquérito, deferindo cautelares e se relacionando com as provas antes que estas sejam produzidas, em contraditório, no processo; de forma que ele acaba por tomar a sua decisão antes mesmo que se inicie o processo; ou pelo menos, já esteja bastante penoso a uma determinada decisão final.

O instituto do Juiz das Garantias vem fortalecer, portanto, o princípio da imparcialidade da jurisdição de forma concreta e segura.

5.1.8 Celeridade Processual

A celeridade processual é um princípio presente no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXXVIII, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2008. Trata-se de uma garantia de que todos os tramites judiciários serão feitos de forma a assegurarem que o processo chegue ao final o mais rápido possível.

A aplicabilidade dessa garantia não é tão simples quanto afirmar que ela existe. Na prática, o que vemos é que os processos se arrastam por anos e anos sem solução, enquanto os jurisdicionados se cansam e esperam que o princípio constitucional seja cumprido.

A respeito do dispositivo constitucional, Paulo Rangel (2009, p. 43) afirma que “A regra é inócua. Não diz nada. Não diz o que é prazo razoável de um processo. Trata-se de uma norma programática. Não possui instrumentalidade efetiva.”, de forma que não há o que se fazer, se não, esperar a boa vontade dos operadores do direito, bem como a viabilidade prática de se ter um trâmite célere em um Judiciário submersos em processos e sem estrutura para fazer cumprir o princípio constitucional.

O que é possível esperar, são medidas práticas que podem tornar o processo menos moroso, como o é, a criação do instituto do Juiz das Garantias.

A exclusiva competência para atuar durante o inquérito policial, confere, ao Juiz das Garantias, um caráter de especialização para tal atribuição, possibilitando maior segurança jurídica e agilidade nos procedimentos. Essa competência proporciona, ainda, maior proximidade entre o juiz e a autoridade policial, favorece o seu contato direto com a investigação e o melhor conhecimento dos fatos; de forma que as suas tomadas de decisões serão mais rápidas e acertadas.

Importante salientar que, qualquer ilegalidade ocorrida na fase investigatória resultará em nulidades e, conseqüentemente, tornaram o processo mais lento e duvidoso, gerando recursos e colaborando para o acúmulo de processos nas instâncias superiores.

Numa visão geral, a instituição do Juiz das Garantias é uma medida prática que resultará em maior agilidade para os procedimentos do inquérito, menos nulidades, menos recursos e maior celeridade processual.

6 QUESTÕES DIVERSAS

6.1 Necessidade de Previsão Constitucional?

Conforme pudemos observar anteriormente no tocante à competência do Juiz das Garantias, não há qualquer violação constitucional; visto que a previsão

do instituto não cria qualquer nova competência para o exercício da função. Ocorre uma reorganização do sistema judiciário no que respeita à competência funcional.

A competência funcional se sub-dividem em competência funcional por fases do processo, competência funcional por objeto do juízo e competência funcional por grau de jurisdição. Sendo que, no caso da criação do Juiz das Garantias, cria-se uma divisão na competência funcional por fases do processo, visto que a competência do juiz da vara criminal em que se instaurava o inquérito policial para decidir sobre todas as questões referentes ao inquérito, passaram a ser do Juiz das Garantias, caracterizando-se como uma competência para a fase pré-processual.

Sobre a competência funcional por fases do processo, Edílson Mougnot Bonfim escreve que:

Pode-se determinar a competência de versos órgãos jurisdicionais conforme as fases pelas quais transita o processo. É o que ocorre, por exemplo, no Tribunal do Júri, em que a instrução é conduzida por um órgão e o julgamento por outro. Também a execução penal poderá ser conduzida por juízo diverso daquele que presidiu o processo de conhecimento (2011, p. 254).

Não há óbice em se criar um novo órgão para a maior eficiência da prestação jurisdicional, conforme preceitua Frederico Marques:

[...] grande margem ficou aos Estados para legislar sobre competência funcional, em relação às fases do processo, lícito lhes é criar órgãos especiais para as diversas fases da relação processual instituindo juizes preparadores, juizes da execução e juizes auxiliares com as atribuições adequadas a uma perfeita divisão do trabalho, de par com maior eficiência na realização dos objetivos do processo (2000, p. 267).

A Constituição federal estabelece a competência do Poder Judiciário, mas dá ampla liberdade para a organização judiciária quanto à sua estrutura e distribuição dessa competência. Assim, com base nesse preceito, é possível instituir, por exemplo, a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sem tocar a competência constitucional e sem violar o princípio do Juiz Natural, conforme estudamos nos títulos anteriores.

A criação do Juiz das Garantias se firma nessa liberdade estrutural do Judiciário para não confrontar a Constituição Federal no que diz respeito à competência. Não sendo, portanto, necessário que haja uma previsão constitucional para a sua criação.

6.2 Na Prática, Como Será o Funcionamento?

Não encontramos em outros países um sistema igual ao que deverá ser implantado no Brasil. Como já vimos, nos dias de hoje predominam os sistemas Misto Clássico, Misto Com Juizado de Instrução e Sistema Acusatório Sem Juizado de Instrução. Destes, o Sistema Misto Clássico encontra-se em decadência e desuso; no Sistema Misto Com Juizado de Instrução, o Ministério Público assume a supervisão direta das investigações realizadas pela Polícia Judiciária, determinando diligências e podendo realizar investigações por conta própria.

No Brasil, onde foi adotado o Sistema Acusatório Sem Juizado de Instrução, verifica-se uma diferenciação em relação aos demais países que adotam o mesmo sistema, visto que nestes, em sua grande maioria as atividades investigatórias são presididas pelo Ministério Público com o auxílio da Polícia Judiciária. Já no Brasil, as investigações são realizadas pela Polícia Judiciária, como grande discricionariedade, tendo o MP um papel secundário de requisitar diligência à autoridade policial e requerer ao juiz medidas cautelares e o arquivamento do inquérito. O Juiz tem competência para decidir sobre cautelares e a preservação da legalidade durante essa fase (SANTIN, 2007, p. 114 a 135).

O nosso sistema persecutório possui características próprias e diferidas. Com a introdução do Juiz das Garantias, não há mudanças significativas no que diz respeito ao sistema persecutório, visto que, não há qualquer modificação quanto à atuação do Ministério Público no inquérito policial e às funções já exercidas pela Polícia Judiciária. A grande novidade é que o Juiz das Garantias substituirá o juiz do processo durante a investigação criminal.

Essa alteração vem ratificar as mudanças já realizadas em grandes cidades por meio de normas de organização judiciárias dos Estados, que instituíram os Departamentos de Inquéritos Policiais. No caso da Cidade de São Paulo, o DIPO (Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária) reúne a Polícia Judiciária, juízes e promotores para a elucidação de crimes por meio de uma atuação conjunta, ágil e precisa. Funcionando há quase 30 anos com grande eficiência e bons resultados, influenciou a criação de DIPO's em outras cidades como Rio de Janeiro e Belo Horizonte.

Este é provavelmente o modelo mais próximo que temos para a implementação do Juiz das Garantias.

6.3 Por Quê Não o Ministério Público?

Hoje contemplamos acirrados debates quanto à legitimidade das investigações realizadas por membros do Ministério Público. Há ainda, uma forte corrente doutrinária que defende a investigação criminal liderada pelo Ministério Público; e nesse sentido surgem afirmações de que o Juiz das Garantias seria absolutamente dispensável se o MP assumisse o papel de garantidor dos direitos fundamentais do investigado durante o inquérito policial.

Não adentraremos o mérito sobre a investigação criminal realizada pelo Ministério Público e nem mesmo sobre o inquérito policial ser, ou não, presidido por esse órgão. No entanto, com todo o respeito àqueles que defendem tal posicionamento, o inquérito policial presidido pelo Ministério Público, tendo este como guardião da legalidade e dos direitos do investigado, não resolve o problema da desadequação do sistema persecutório nacional com o Sistema Acusatório. Isso ocorre em virtude de o MP não possuir jurisdicionalidade e, por isso, não ter competência para resolver questões relacionadas a medidas cautelares, *habeas corpus*, antecipação de provas, arquivamento de inquérito e outras decisões jurisdicionais cabíveis durante o transcurso de um inquérito policial. O que obrigaria

o juiz manter o contato com o inquérito policial, gerando grave conseqüência à sua isonomia.

Há que se chamar a atenção para o risco de termos um desequilíbrio no sistema persecutório, conforme alerta Hélio Apoliano Cardoso:

[...] o Ministério Público não atém a obrigação de ser imparcial. Sendo parte – o advogado da sociedade – a imparcialidade lhe é inerente. Então, como poderia a parte, que tem interesse na ação, efetivar, ela própria, a quebra de um direito inerente à privacidade, que é garantido pelo Estatuto da Nacionalidade? Aliás, o erro do Juiz o Tribunal pode corrigir, mas quem corrige o erro do MP? O que não poderia ocorrer, indago, com o direito de muitos, por esse brasis, se o direito das pessoas ao sigilo pudesse ser quebrado sem mais cautela, sem a interferência da autoridade judiciária, por representantes do MP, que agem individualmente, fora do devido processo legal e que não têm os seus atos controlados mediante recursos? (2002, p. 20)

Finalmente, atribuir ao *parquet* a supervisão das investigações criminais é incoerente à uma persecução criminal que busca conformação ao Sistema Acusatório.

6.4 Lentidão?

É descabida a afirmativa de que a criação do Juiz das Garantias tornaria mais morosa a justiça. Não há razões para tal assertiva, visto que a disponibilidade de um magistrado para resolver questões relacionadas ao inquérito policial só tende a trazer mais agilidade aos procedimentos e precisão nas decisões tomadas por essa autoridade durante as investigações criminais.

Além disso, se considerarmos a maior disponibilidade de tempo dos juízes processuais, que não precisarão parar seu trabalho para analisar as questões trazidas pela autoridade policial à sua mesa; pode-se afirmar seguramente que os processos terão melhor andamento. Considerando que já fora dito anteriormente, as

ilegalidades ocorridas durante as investigações criminais ajudam a tornar a Justiça bem mais lenta.

Tal realidade hoje vivida pode ser minimizada pela instituição do Juiz das Garantias, liberando os juízes para cumprirem a função que lhes é primordial e assegurando maior presteza e segurança às investigações criminais.

6.5 Uma Letra Morta?

Um problema cogitado é o de que a criação do Juiz das Garantias pelo novo Código de Processo Penal não seria viável diante da realidade estrutural do Estado, de forma que se tornaria uma letra morta na legislação nacional. Cotando com limitações orçamentárias que dificultariam a efetiva estruturação do novo órgão jurisdicional, não haveria possibilidade de implantação do Juiz das Garantias sem prejuízos aos cofres públicos. Além disso, o Judiciário trabalha hoje com um número de juízes inferior ao ideal e deslocar juízes para desempenharem tal função geraria ainda mais problemas para a instituição já sobrecarregada.

Ambos os argumentos são bastante convincentes do ponto de vista da administração pública, mas não do Direito.

O Direito não pode esperar que a administração pública tome providências quanto à adequação do sistema persecutório nacional ao Sistema Acusatório. Até por que, é óbvio que quase a totalidade dos administradores do Estado não fazem a mínima idéia do que seja o Sistema Acusatório celebrado pela Constituição Federal e de que o atual Código de Processo Penal não comunga dos mesmos fundamentos, necessitando ser alterado para adequar-se à nova ordem Constitucional – já não tão nova assim.

Nos grandes centros urbanos não haverá dificuldades em se destacar um juiz que realize tal função sem gerar grandes custos para o Estado.

Considerando que o Juiz das Garantias tende a tornar o inquérito policial mais ágil e eficaz, é evidente que haverá reflexos diretos nos custos suportados pelo Estado para a tutela jurisdicional penal.

6.5.1 Limitações Orçamentárias

Como já pudemos observar anteriormente, hoje nos deparamos com diversos casos em que o processo se fundamenta em provas cuja origem são atos ilícitos praticados em desconformidade com a Lei. Isso gera a nulidade dos atos que geraram as provas e todas as demais provas dessas originadas (conforme o princípio da inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas e das provas ilícitas por derivação) e, conseqüentemente, a inutilização de tais provas no processo. De forma que a ação penal fundada em tais provas perdem a validade por falta de indícios de autoria e materialidade, gerando a nulidade de todos os atos processuais já realizados.

Podemos falar ainda do incontável número de prisões cautelares indevidamente determinadas pelos juízes. Isso pela falta de cuidado ao ponderar a exata proporcionalidade da medida imposta; ou por absoluta falta de intimidade com tais instrumentos, quando o juiz de plantão não possui especialização penal. Sem falar nos milhares de presos provisórios que estão amontoados nas prisões há mais tempo do que a pena que poderiam vir a ser condenados.

Toda essa realidade existente em nosso sistema processual e prisional já acarreta para o Estado custos altos de mais. Contudo, como estamos acostumados a arcar com tais despesas, nem percebemos que elas estão ali. Mas é preciso ponderar o fato de que muitas dessas situações resultarão em ações de indenização contra o Estado. Mais do que isso: culminarão em condenações contra o Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos (GOMES, 2011, p. 78).

Limitações de ordem econômica, em pouco tempo, podem estar superadas se considerarmos que os abusos cometidos por órgãos oficiais acabam gerando nulidades processuais em conjunto com o desprestígio sofrido pela justiça criminal (Luiz Flávio Gomes 2010) representam, hoje, para o Estado, custos mais significativos do que a criação desse novo órgão jurisdicional. Há que se considerar, ainda, a prejudicialidade, para o processo, do excesso de ativismo judicial durante a fase inquisitorial, influenciando o convencimento do magistrado e arrastando os processos às instâncias superiores, gerando, não apenas despesas, mas acúmulo de processos e lentidão.

7 CONCLUSÃO

Como pudemos observar, o Juiz das Garantias representa uma evolução natural do sistema persecutório nacional no sentido de alcançar maior conformidade ao Sistema Acusatório; visto que tal sistema se fundamenta na absoluta separação das funções processuais (acusar, defender e julgar), devendo o órgão julgador posicionar-se com absoluta isonomia entre as partes, de forma a garantir o tão vital equilíbrio e igualdade de armas entre acusação e defesa. O atual sistema persecutório pátrio apresenta uma forte tendência inquisitória devido ao contato direto do julgador com as investigações criminais do Inquérito Policial.

O Juiz das Garantias não traz novidades quanto às atividades desenvolvidas pelos órgãos persecutórios, mas apenas uma divisão de tarefas hoje realizadas pelo Juiz da Vara Criminal, com o novo órgão jurisdicional criado. Apesar de pequena mudança, representa um grande avanço no sentido de um Processo Penal predominantemente acusatório.

A fiscalização mais atenta dos atos investigatórios da Polícia Judiciária por um órgão com função precípua de preservação da legalidade do inquérito policial, assegura maior credibilidade e segurança jurídica, pois a especialização resultante de tal mudança produz agilidade e precisão nas todas de decisão. Dessa

forma, evita-se os constantes abusos de autoridade verificados nas investigações criminais; bem como os exageros judiciais nas decisões cautelares, sem o devido cuidado na proporcionalidade das medidas impostas.

Dessa forma, as nulidades dos atos administrativos praticados pela polícia judiciária poderão ser reduzidas; assim como os erros e abusos judiciais. Com isso, o processo ganha em credibilidade, não sofrendo as conseqüências de estar baseado em provas ilícitas.

O Juiz das Garantias reveste-se de grande isonomia, pois cada decisão tomada não repercute no processo. Ele não tem compromisso com a punição do investigado e não tem função sancionadora. Por isso ele pode assumir uma posição “contramajoritária” diante das pressões populares e da mídia, no sentido de preservação dos direitos e garantias fundamentais do investigado. Da mesma forma, o Julgador prima pela mesma isonomia ao não estar vinculado a qualquer decisão tomada pelo Juiz das Garantias; podendo decidir livremente com base nas provas produzidas no processo e não pelas impressões deixadas pelas turbulências insólitas do inquérito policial.

Pudemos verificar que o Juiz das Garantias não conflita com os Princípios Constitucionais do Processo. Pelo contrário, vem enaltecer tais princípios ao assegurar a “imparcialidade do julgador”; ao fiscalizar para que o inquérito transcorra dentro do “devido processo legal”; garantindo a “ampla defesa” e observando o “contraditório” diferido e antecipado pela produção de provas urgentes; fortalecendo o “sistema acusatório”; e não violando o “princípio do Juiz natural”.

O novo instituto dispensa qualquer previsão constitucional, pois não modifica a competência nela instituída, implicando apenas em organização do sistema judiciário. O que parece necessário para a sua implantação é a criação de uma norma de transição, vez que, por modificar a competência funcional por fases do processo, os processos já instaurados entrarão em conflito com a nova regulamentação, visto que os julgadores são os mesmos juizes que decidiram as questões provenientes do inquérito policial. Com a nova determinação legal, os atos

praticados por tais juízes seriam absolutamente nulos, visto que estariam impedidos para julgar o processo.

É imprescindível uma norma de transição que mantenha a competência nos processos já iniciados, aplicando as novas disposições somente nos novos casos que surgirem a partir da vigência do Novo Código.

Isto posto, resta salientar que o Juiz das Garantias representa um avanço sem precedentes para a legislação processual penal. Uma simples mudança que pode converter o sistema persecutório brasileiro, vicioso e impregnado de elementos inquisitivos, para um formato constitucional pautado no sistema acusatório; emprestando prestígio e credibilidade à jurisdição processual penal, fortalecendo a instituição democrática e a legalidade do processo penal; sendo perfeitamente viável no aspecto jurídico e econômico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, José de Campos. **Direitos e Garantias Fundamentais (Doutrina e Jurisprudência)**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da Eficiência à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2004.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptação Telefônica e Gravações Clandestinas, Atualizada em Face da Lei 9.296/96 e da Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARROS FILHO, Mário Leite de. **Da inconstitucionalidade do juiz de garantias**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2049, 9 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12302>>. Acesso em: 27 out. 2010.

BARROS, Antonio Milton. **Processo Penal Segundo o Sistema Acusatório**. Leme-SP: LED Editora de Direito, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 11ª edição. São Paulo: Martin Claret, 2011.

BONFIM, Edílson Mougén. **Reforma do Código de Processo Penal: comentários à Lei nº. 12.403, de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONFIM, Edílson Mougén. **Curso de Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em: 13 de outubro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Hábeas Corpus*. Penal. Uso de algemas no momento da prisão. *Hábeas Corpus* nº 89.429, de 21 de agosto de 2006, da 1ª Turma. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759884/habeas-corporus-hc-89429-ro-stf>>. Acesso em 11 de setembro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 11**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032.

BUENO, J. L. Rocha. **Todas as Suas Decisões São 2 a 1**. Entrevista a Ethel Peisker. Santa Cruz do Sul-RS: IPR, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998.

- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 17ª ed., 2010.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 17ª ed., 2011.
- CARDOSO, Hélio Apoliano. **Do Sigilo – Breve Teoria e Jurisprudência**. Campinas: Bookseller, 2002.
- CHOUKR, Fauzi Jassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 19ª ed., 2003.
- COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um Devido Processo Legal (Constitucional) é Incompatível com o Sistema do CPP, de Todo Inquisitorial. **Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 253-262.
- COZOLINO, Patrícia Elias. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição de 1988 e Sua Força Normativa. **Perfis da Tutela Constitucional dos Direitos Fundamentais**. Bauru: Edite, 2005, p. 455-482.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 7: responsabilidade civil. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ELIAS, José. Entrevista ao Globo Esporte veiculada em 11 de setembro de 2011.
- FRANÇA, Phillip Gil. **O Controle da Administração Pública**. Tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FREITAS, Valmir Passos. **O Novo Código de Processo Penal Deve Primar Pela Informalidade e Agilidade**. 16 de maio de 2010. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-mai-16/segunda-leitura-cpp-primar-informalidade-agilidade>.
- GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís; MACIEL, Silvio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches. **Prisão e Medidas Cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Ano 7, nº 27, p. 71-79, Julho – setembro de 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal Anotado**. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4ª. Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2009.

LOPES, Fábio Motta. **Os Direitos de Informação e de Defesa Na Investigação Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ª. edição, vol. 1. Campinas: Millennium, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. **Sigilo Bancário**. São Paulo: Dialética, 2002.

RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta Pelo Ministério Público: Visão Crítica**. 3ª. edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. 272 p.

RODRIUGEZ, Victor Gabriel. **Tutela Penal da Intimidade: Perspectivas da atuação penal na sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2008.

SANTIN, Valter Foletto. **O Ministério Público na investigação criminal**. 2ª Ed. Ver. e ampl. Bauru, SP: Edipro, 2007.

SCHÜRMAN, Pierre. **Cuide Bem do Seu Leão**. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/colunas-e-blogs/coluna/41427_CUIDE+BEM+DO+SEU+LEAO?pathImagens=&path=&actualArea=internalPage>. Acesso em 28 de setembro de 2011.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão parlamentar de inquérito (CPI) e sigilo**. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

SOUZA, Paulo Sérgio Ricardo. **Temas de Direito Processual Penal Constitucional Aplicado**. Niterói: Impetus, 2006.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. Vol. 1º. São Paulo: Saraiva, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. **A Constitucionalização do Direito Financeiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1**. 33ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

ANEXO A – Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009 – Anteprojeto de Código de Processo Penal – Capítulo II, Do Juiz das Garantias

Art. 15. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

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

II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543;

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

IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial;

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 atenção às razões apresentadas pela autoridade policial 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 da autoridade policial sobre o andamento da investigação;

XII – decidir sobre os pedidos de:

a) interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática;

b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

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

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

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

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar a duração do inquérito por período único de 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada.

Art. 16. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.

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

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

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

Art. 17. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo.

Art. 18. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal.