

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O JUÍZO DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL**

Eduardo Nunes Cezar de Andrade

Presidente Prudente - SP

2012

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O JUÍZO DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL**

Eduardo Nunes Cezar de Andrade

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Guilherme Prado Bohac Haro.

Presidente Prudente/SP

2012

# O JUIZO DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso  
aprovado como requisito parcial para  
obtenção do Grau de Bacharel em Direito

---

GUILHERME PRADO BOHAC HARO

---

MARCUS VINICIUS FELTRIN AQUOTTI

---

ELIANE LEAL

Presidente Prudente, 27 de Novembro de 2012

“Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas defenderei até a morte o direito de você dizê-las.”.

(Voltaire)”

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a DEUS pela minha existência e por sua presença em minha vida,

Aos meus pais Humberto e Mariângela, que embora distantes, estiveram presentes em todos os momentos em que me senti desamparado, e se não fosse por eles, eu não estaria hoje aqui.

Aos meus avós, pela convivência transformadora, compartilhando a sua sabedoria e vivência comigo, sempre me motivando a continuar.

Ao meu mestre Guilherme, que gentilmente aceitou o convite para ser meu orientador, tornando possível a conclusão desse trabalho, pelo ensinamento e dedicação dispensados no auxílio à concretização dessa monografia.

A José Roberto F. Gouvêa, amigo e incentivador, que com desprendimento e satisfação pela minha escolha profissional, enviou-me livros importantes durante todo o período acadêmico, que foram imprescindíveis para minha formação.

A Eliane Leal e Marco Vinicius que aceitaram compor a Banca Examinadora e por serem, símbolos de competência, honestidade e caráter, além de pessoas dignas da minha profunda admiração e respeito.

Agradeço também ao tio Durval, que tem sido como um segundo pai e que tem acompanhado com desvelo os meus passos desde a minha infância até a conclusão do meu curso de direito.

## RESUMO

O Código de Processo Penal que conhecemos hoje, é um código que tem como sistema adotado, o sistema acusatório, porém tem forte influência do sistema inquisitório. O presente trabalho aborda cada um dos sistemas persecutórios, e para suprir certas falhas no processo, e compatibilizar cada vez mais o código de Processo Penal com a Constituição Federal de 1988, o legislador prevê a criação de um instituto, chamado juízo das garantias. Tal previsão tem como finalidade resguardar direitos e garantias fundamentais, expondo sua finalidade e funcionamento dentro da ação penal. Apresentar também, os princípios que serão preservados com tal projeto. Por outro lado, expor as críticas e opiniões de quem não defende a implementação do projeto, se falando inclusive sobre sua inconstitucionalidade e desnecessidade para ingresso no ordenamento jurídico brasileiro. E ao final, concluir que tal instituto não resolveria os conflitos pelos quais é motivo para sua criação.

**Palavras-chave:** Juízo das garantias. Juiz das garantias. Sistema acusatório. Sistema inquisitório. Inquérito policial.

## ABSTRACT

The Code of Criminal Procedure that we know today, is a code that has the system adopted, the adversarial system, but has a strong influence of the inquisitorial system. This paper discusses each of persecutory systems, and to meet certain flaws in the process and reconcile increasingly Code of Criminal Procedure with the 1988 Federal Constitution, the legislature provides for the establishment of an institute called judgment guarantees. Such prediction aims to protect fundamental rights and guarantees, exposing their purpose and operation within the criminal action. Present also, the principles will be preserved with such a project. On the other hand, exposing the criticism and opinions of those who does not advocate the implementation of the project, including whether talking about his unconstitutional and unnecessary admission to the Brazilian legal system. And in the end, the institute concluded that this would not solve the conflicts by which is reason for its creation.

**Keywords:** Judgment guarantees. Judge guarantees. Adversarial system. Inquisitorial system. Police investigation.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS DE PERSECUÇÃO PENAL</b> .....	11
2.1 Sistema Acusatório .....	11
2.2 Sistema Inquisitório .....	12
2.3 Sistema Misto .....	13
2.4 O Sistema Processual Adotado Pelo Brasil .....	14
2.5 Inquérito Policial No Brasil .....	16
<b>3 DO JUÍZO DAS GARANTIAS</b> .....	19
3.1 Conceito .....	19
3.2 Posição Favorável à Implementação do Juízo das Garantias.....	22
3.2.1. Princípio do juiz natural .....	25
3.2.2. Princípio do devido processo legal.....	26
3.2.3. Princípio da verdade real.....	28
3.2.4. Princípio da imparcialidade.....	30
3.3. Posição Contrária a Implementação do Juízo das Garantias .....	31
3.3.1. Extinção do inquérito policial e inconstitucionalidade por violação de clausula pétrea .....	32
3.3.2. Não funcionaria na prática .....	35
3.3.2.1. Processos em andamento após a implementação do juiz de garantias	37
<b>4 DIREITO COMPARADO E LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA</b> .....	39
4.1 Processo Penal Chileno .....	39
4.2 Processo Penal Italiano.....	40
4.3 Semelhanças entre a Legislação Internacional com a Realidade Nacional	44
<b>5 EVOLUÇÃO DA APROVAÇÃO DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL</b> .....	46

<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>48</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>50</b>

# 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar os três Sistema de persecução penal do Estado (acusatório, inquisitório e misto) e as garantias por eles afirmadas, além de expor as diversas fases pelo qual passou o processo até os dias de hoje.

A explicação passa um breve plano histórico a partir da idéia de que os três sistemas foram primeiramente identificados na antiguidade e com o surgimento de direitos e garantias individuais, alguns deles ganhavam espaço no ordenamento enquanto outros foram perdendo força.

Ao abordar sobre a origem histórica e os conceitos dos sistemas, serão explanadas quais as características que os diferenciam uns dos outros.

Em segundo momento será concluído o sistema adotado pelo ordenamento brasileiro usado hoje para a persecução penal fazendo uma breve explanação do inquérito policial no Brasil.

Em seguida adentrando ao mérito do trabalho, analisar-se-á a figura do juiz de garantias, um instituto que está sugerido dentro do anteprojeto do código de processo penal (PL 156/2009, do Senado Federal), que por sua vez terá a função de atuar na fase pré-processual, determinando cautelarmente sobre qualquer medida de restrição dos direitos fundamentais do acusado.

Será também demonstrado seu funcionamento e a relação deste juiz com a finalidade de prevenir a “contaminação” do juiz que julgará posteriormente o processo.

Com a abordagem do juiz das garantias, será feita uma análise dos pontos fortes deste instituto expondo oque ele visa melhorar no ordenamento jurídico e princípios que serão preservados com os argumentos de quem defende sua implementação.

Entretanto também será exposto as pesadas criticas que assolam este instituto, dizendo ser inviável e até mesmo inconstitucional com os argumentos daqueles que não concordam com a entrada deste em nosso ordenamento.

Em terceiro, será demonstrado a evolução da tramitação do projeto do novo código penal para sua aprovação.

Por fim será feita breves reflexões sobre as questões levantadas a respeito da inviabilidade e a desnecessidade da criação do juiz das garantias.

## **2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS DE PERSECUÇÃO PENAL**

A persecução penal do Estado ou seja, a atividade de punir, pode ser aplicada através de três sistemas conhecidos desde os povos antigos e suas civilizações, quais sejam: o sistema acusatório, o sistema inquisitório e o sistema misto.

### **2.1 Sistema Acusatório**

O primeiro sistema que se teve notícia, é o sistema acusatório. Neste sistema, a vítima aparecia como protagonista, pois cabia a ela produzir as provas, demonstrar o fato e a autoria do crime em seu favor para, posteriormente, confrontar com a acusação.

Conforme se verifica na obra de SANTINI (2001, p. 23 e 24), em Roma o Processo Penal era dividido em público e privado e, em ambos os casos, era do ofendido ou da população a iniciativa de começar o procedimento criminal.

O juiz concedia poderes para que o acusador investigasse e coletasse provas do crime, logo, este poder também era delegado ao réu, para que este provasse sua inocência. Não era possível que o juiz de maneira alguma tomasse medidas inquisitoriais, devendo somente apreciar as provas trazidas pelas partes, ficando vinculados estes elementos para julgar o processo.

Como afirma TORNAGHI (1997, p. 12), surge a possibilidade de falsas acusações que acaba revelando uma visível falha nesse sistema, ocasionando a necessidade de encontrar medidas para tornar seguras e garantir a exequibilidade dos acusados.

Aury Lopes Jr. Analisa ( 2006 p. 162) as particularidades marcantes do sistema processual vigente nesta época:

- a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que ele se mantinha

afastado da iniciativa e gestão da prova, atividades a cargo das partes; b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas; c) adoção do princípio *ne procedat iudex ex officio*<sup>1</sup>, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo. d) estava apenado o delito de denúncia caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não se podia proceder contra réu ausente (até porque as penas são [eram] corporais); e) acusação era por escrito e indicava as provas; f) havia contraditório e direito de defesa; g) o procedimento era oral; h) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar.

A partir deste momento, o Processo Penal Privado foi perdendo espaço para o Processo Penal Público juntamente com o sistema inquisitorial, onde o há uma super concentração de funções de acusar, investigar e julgar nas mãos unicamente do juiz, sem qualquer limitação, ficando seriamente comprometida sua imparcialidade.

## 2.2 Sistema Inquisitório

Por volta do século XVI a XVIII , o sistema inquisitório foi adotado por quase todas as legislações da Europa a medida que o sistema acusatório privado ia perdendo força. Este sistema foi muito bem recebido pela Igreja Católica romana, que sob a autoridade do Papa, exercia poderes para fiscalizar qualquer tipo de ameaça contra a igreja.

Neste sistema, não havia contraditório nem ampla defesa, e o sistema de provas era denominado “sistema da prova tarifada”, no qual as provas são previamente classificadas com um determinado valor e peso, tornando o processo uma espécie de cálculo matemático para cada prova produzida”.

Neste sentido Cristiano Álvares Valladares do Lago (2012 p.28/29) aduziu que:

O sistema inquisitório, ao contrário do que ocorre no sistema acusatório, em verdade, se caracteriza pela concentração de todas as funções processuais (acusar, defender e julgar) em apenas um órgão (judiciário), que em regra é agente representativo do poder dominante, não se exigindo a observação e atendimento ao contraditório, à ampla defesa, imperando sempre o segredo e o procedimento escrito como formas de apuração da

infrações penais, conferindo-se amplos e irrestritos poderes de investigação aos órgãos incumbidos da função jurisdicional.

O uso deste Sistema se mostrou extremamente cruel, levando em conta o sistema da prova tarifada e, considerando a confissão a rainha das provas, para obtê-la era empregado os piores métodos de tortura para a extração da confissão do acusado. Em diversas vezes, sob tortura, ocorrendo a morte do acusado sem antes mesmo de pronunciar uma palavra sobre o fato criminoso.

Neste sentido Aury Lopes Jr. (2006 p. 172) relata como era utilizada a tortura pelo juiz para extrair a confissão do acusado.

Existiam cinco tipos progressivos de tortura e o suspeito tinha o “direito” a que somente se praticasse um tipo de tortura por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado como “suficientemente” torturado e era liberado. Sem embargo, os métodos utilizados eram eficazes e quiçá alguns poucos tenham conseguido resistir aos 15 dias. O pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas.

Portanto, este sistema inquisitório foi marcado por um total desrespeito aos direitos humanos, apenas importando ao Estado sua atividade de punir e fazendo com que as leis fossem exercidas a qualquer custo para manter a supremacia da lei e da ordem.

Pode-se concluir que o sistema inquisitório era mais um procedimento em que o Estado de autodefendida do que uma atividade efetivamente jurisdicional.

### **2.3 Sistema Misto**

Com advento da Revolução Francesa e a proclamação dos direitos humanos, foi introduzido na França o sistema chamado de processual misto, que provocou uma grande mudança no processo penal e logo foi adotado por toda a Europa.

Este sistema também é conhecido como acusatório formal, pois é a fusão dos sistemas acusatório e inquisitivo. Tal sistema possui três fases: a

realizada pela polícia judiciária, que tem como função a investigação, a instrução e o julgamento, realizado por um juiz instrutor. Tornaghi (1997, p. 17-18) em posição favorável ao sistema misto argumenta que:

[...] o sistema que deveria prevalecer seria o misto, que reúne as vantagens e elimina os inconvenientes dos outros dois. Misto, porque nele o processo se desdobra em duas fases; a primeira é tipicamente inquisitória, a outra é acusatória. Naquela faz-se a instrução escrita e secreta, sem acusação, e, por isso mesmo, sem contraditório. Apura-se o fato em sua materialidade e a autoria, ou seja, a imputação física do fato ao agente. Nesta, o acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga. É pública e oral.

Ou seja, fase de instrução, se observa o sistema inquisitivo, pois nesta fase não há o contraditório e a ampla defesa, onde o acusado é tratado como um simples objeto de direitos. No entanto, após a instrução e, com o recebimento da acusação, começa a fase judicial que, agora, observa-se as características do sistema acusatório, onde o autor do fato é sujeito de direitos, estando presente o direito ao contraditório e do estado de presunção de inocência, sendo considerado também o princípio inocência, até que prove o contrário.

## **2.4 O Sistema Processual Adotado Pelo Brasil**

Verifica-se que os sistemas processuais eram adotados de acordo com a política de cada Estado. Sendo assim, era escolhido o modelo de sistema processual que mais se adaptasse com os ideais e cultura da sociedade da época, e, também, levando em consideração as legislações penais de outros países.

Em princípio, no Brasil, até após a independência e a proclamação da Constituição Imperial de 1824, sempre teve forte influência inquisitorial, onde se concentrava vários atos nas mãos do julgador. Essa influencia era nada mais que o resquício da legislação portuguesa, que tinha coimo origem romano-germânica.

Em 1832, o Código de Processo Penal criou normas de procedimento o qual era exercido pelos Inspetores de Quarteirão, que não se confundem com a Polícia Judiciária, ou com o Inquérito policial.

Logo à frente, foi instituída a Polícia Judiciária, pela Lei N° 261 de 1841, os cargos de chefe de Polícia e Delegado. Porém somente com o advento da Lei n° 2.033, que foi regulamentada pelo Decreto-Lei n° 4824 de 1871, ao qual trouxe importantes mudanças de modo que os acusados deveriam ser processados, por um sistema processual acusatório.

No entanto, há quem defenda que a essência do sistema acusatório no Brasil não é puro, e os argumentos sustentados é de que pelo fato de o inquérito policial ser inquisitivo e, normalmente, fundamentar a queixa-crime ou denúncia nos crimes de ação penal pública, violaria os direitos do acusado que, na fase pré-processual, não teria tido a devida oportunidade de se defender.

Rangel (2008 p. 53-54) segue nesta linha de raciocínio:

O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam no inquérito policial são verdadeiros. [...]. **Assim, não podemos dizer, pelo menos assim pensamos, que o sistema acusatório adotado entre nós é puro. Não o é. Há resquícios do sistema inquisitivo, porém já avançamos muito.** (grifo nosso)

Ainda neste mesmo sentido Denise Neves Abade (2005 p. 139) aduz que:

[...] não resta dúvida que a Constituição da República adotou todas as elementares do princípio acusatório, na medida em que conferiu ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, consagrando o devido processo legal e assegurando, no mesmo passo, o julgamento dos feitos por um juiz competente e, obviamente, imparcial.

Apesar da discussão em razão das peculiaridades do sistema processual adotado pelo Brasil, prevalece a ideia do sistema processual acusatório, que respeita os direitos e garantias fundamentais, estando o CPP em grande parte em harmonia com a Constituição Federal. Por exemplo, o artigo 144, parágrafos 1º e 4º da CF/88, em conjunto com o Código de Processo Penal (artigo 4º), que estabelece as atribuições da polícia judiciária, bem como o procedimento adequado para apurar infrações penais e sua autoria, coletando provas, arrolando

testemunhas, perícias, determinando diligências, identificação e levantamento da vida do indiciado, como descreve no artigo 6, incisos I ao IX; devendo ainda seguir o procedimento transcrito no artigo 13, incisos I ao IV, tais como; fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento do processo, realizar diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público, cumprir os mandados de prisão expedidos pela autoridades judiciárias e representar acerca da prisão preventiva.

## **2.5 Inquérito Policial No Brasil**

O Inquérito Policial é um procedimento administrativo de atribuição exclusiva do delegado de polícia, dotado de um caráter inquisitorial, pois aqui não há a figura do acusado, somente investigação. Tem por finalidade apurar e produzir um conjunto probatório para oferecer a denúncia ao Ministério Público ou ao titular da ação (em caso de ação penal privada), para que este possa ajuizá-la.

Apesar do inquérito ser uma função exclusiva do delegado, existe na doutrina, muita divergência quanto a legalidade e possibilidade do Ministério Público poder investigar crimes. Esta discussão se inicia conforme redação do artigo 4º, parágrafo único, 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”. Ou seja, tal artigo possibilita às autoridades administrativas apurar fatos que ocorrerem dentro de suas repartições.

Embora ainda que não haja um posicionamento, do Supremo Tribunal Federal diante de tal divergência doutrinária, existe uma Súmula nº 234, do Superior Tribunal de Justiça permitindo a investigação do Ministério Público, com o seguinte texto: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

Independente de qualquer divergência doutrinária, inquérito é o principal meio de investigar e reunir indícios para propor a ação penal, isso para resguardar a imparcialidade do julgador.

Em regra, o procedimento do inquérito é escrito (art. 9, CPP) e sigiloso (art. 20, CPP), este sigilo, não é um sigilo absoluto, isso quer dizer que ele depende de uma determinação judicial. Ainda há exceção da sigibilidade quanto aos advogados, como descreve a Súmula Vinculante n 14. Como já se sabe, o inquérito é inquisitorial, porém com uma exceção, à medida contida no artigo 155, do CPP, que trata da Medida Cautelar de Antecipação de Prova.

É indisponível, isso quer dizer que o Delegado jamais poderá arquivar o próprio inquérito, pois ele atua com o princípio da oficiosidade. É informativo, ou seja, tem força probatória relativa, pois não tem força para condenar, podendo inclusive ser contraditado em juízo.

Segue assim o entendimento de F.Capez (2009, p. 75):

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 visto 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.

O Inquérito Policial sempre teve como principal idealização, separar o órgão julgador das investigações e da materialidade do crime, com a finalidade de proteger princípios constitucionais, tais como a imparcialidade. No entanto, pouco foi feito sobre esse sentido, como afirma Tourinho , (2011, p. 239):

[...] tantos são os poderes conferidos àqueles cuja função é julgar com imparcialidade a lide, mantendo-se equidistante 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.

Com isso entende-se que a certo excesso de poder na mão do juiz, e tais poderes corroboram para a quebra de sua imparcialidade. Como por exemplo, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes; decretar de ofício prisão preventiva, entre outras medidas.

Sendo esta uma das razões ensejadoras da criação do “Juiz de Garantias”, justamente com essa finalidade, qual seja, a imparcialidade do juiz visando um julgamento mais justo, conforme se passa a analisar.

### **3 DO JUÍZO DAS GARANTIAS**

Ultimamente, passou-se a discutir no campo legislativo e na esfera jurídica, o Projeto de Lei do Senado n. 156/2009, que aspira estabelecer uma melhora geral do Código de Processo Penal, e que apresenta uma densa modificação no sistema processual penal brasileiro, com um grande impacto na estrutura judicial.

Trata-se da elaboração do chamado “juiz das garantias”, previsto no Capítulo II no Título II do Livro I.

Esta figura é, reconhecidamente, o tema mais marcante da mudança que se pretende dar ao Código de Processo Penal, que vigora desde 1941, e sobre a qual recaem tantas expectativas positivas, como também já é alvo de críticas negativas, tanto por parte da Comissão encarregadora da criação do Projeto, como de vários autores de artigos comentando a respeito, tornando este um tema polêmico que deve ser observado com cuidado pois envolve direitos e garantias fundamentais.

#### **3.1 Conceito**

Primeiramente, é sabido que a busca pela verdade material é algo que prevalece no Sistema Inquisitorial, portanto, também é de competência do juiz, investigar, podendo, inclusive, ter a iniciativa de produzir a prova tendo em vista o interesse de punir.

A polêmica ocorre ante a posição tomada pelos juízes na tramitação do inquérito policial, pois por causa desta proximidade com o inquérito alguns entendem que os juízes estão perdendo a noção de qual seu exato limite e verdadeira função que deve ser tomada na fase preliminar.

Vale transcrever os ensinamentos de Antonio Sérgio de Moraes Pitombo (2009 p.1):

"a experiência tem mostrado que certos magistrados adotam ativismo excessivo na investigação criminal, ao fazerem reuniões com policiais antes de operações, ao decretarem, de ofício, medidas assecuratórias, e ao chegarem a sugerir que se requeiram prisões cautelares. Longe da proteção dos investigados contra a arbitrariedade, passam eles a tratar com aparência de normalidade práticas policiais em desconformidade com a ordem jurídico-constitucional, tais como o uso indevido de algemas, a exposição pública de pessoas presas, a apreensão desmensurada de documentos e a interceptação telefônica sem restrição temporal, dentre outros abusos. Em simples palavras, perdem tais juízes de direito a equidistância necessária ao exercício da jurisdição, para se tornarem algozes dos investigados — em casos de repercussão, especialmente. Mais tarde, no desenvolvimento do processo-crime, constata-se esse envolvimento do juiz criminal graças a seu vínculo psicológico com as provas produzidas na fase policial, até porque ele, vez ou outra, participou de atos instrutórios que lhe influenciam o convencimento. Torna-se o magistrado um escudeiro da pretensa legitimidade da investigação criminal, em vez de juiz imparcial capaz de enxergar as aberrações que se deram no procedimento investigatório. A aproximação em demasia da hipótese factual desenhada pela polícia judiciária também faz com que o juiz criminal passe a ter convicções prévias quanto a fatos e a pessoas investigadas, o que torna a etapa do *contraditório* no processo criminal apenas teatro formal, do qual o julgador já conhece o fim. Isso acaba nítido por meio da leitura de decisões e sentenças, cujo tempo verbal e vocabulário denotam que o magistrado tem para si premissas quanto à causa *sub judice* que lhe prejudicam a isenção no momento da coleta e debate das provas na instrução criminal. No curso do processo judicial, esse convencimento precoce se revela com a manifestação antecipada de juízos de certeza sobre a materialidade e autoria de crimes, o que demonstra a supressão do *devido processo legal* para formação da culpa".

Tendo em vista tal problema, o Projeto de Código de Processo Penal, no Capítulo II, do Título II, do Livro I, cria o denominado Juízo das Garantias, que carrega a responsabilidade de assegurar o controle de legalidade na investigação criminal, e resguardar direitos individuais além de acompanhar o Inquérito Policial, decidir sobre pedidos do Ministério Público e da Autoridade Polícia, tais como prisão preventiva, temporária, medidas cautelares, interceptação telefônica e busca e apreensão. Ou seja, o que era atribuição do juiz, agora passa a ser função do juiz das garantias.

Assim dispõem os artigos do Capítulo II acima citado:

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.

Conforme visto no texto da lei do anteprojeto de alteração do Código de Processo Penal transcrito acima, questões relacionadas ao inquérito policial que antes eram decididas pelo juiz comum, agora serão atribuição do juiz de “garantias”.

Com a criação dessa nova figura no Direito Processual Penal, surgiram vários posicionamentos doutrinários favoráveis e contrários à efetiva aprovação e após a sua efetiva realização.

Dessa forma, a seguir, há uma coletânea das mais importantes fundamentações contrárias e favoráveis, que levam em consideração direitos igualmente importantes, mas que estão em condição de choque.

### **3.2 Posição Favorável à Implementação do Juízo das Garantias.**

Para quem defende a implementação do juízo de Garantias, a preocupação central desse projeto é de manter o juiz a uma certa distancia da produção de provas, para assim garantir os direitos fundamentais do acusado, tendo apenas a finalidade de julgar com imparcialidade a lide. Isso porque acredita-se que o juiz que investiga, tem sua parcialidade “contaminada”, ou seja, compromete-se psicologicamente para com a investigação. Tal questão será analisada mais profundamente a seguir.

O juízo das garantias, para seus defensores, vem para zelar pela legalidade, bem como o respeito aos direitos e garantias fundamentais do réu.

A figura do juiz das garantias não visa extinguir o inquérito policial ou qualquer outro procedimento investigatório como alguns sustentam, apenas está

sendo criado para que o juiz que tenha tomado alguma providência preliminar em fase de investigação de determinado caso não seja o mesmo na fase procedimental.

Todos os atos e funções jurisdicionais da primeira fase da persecução penal serão exercidos por esse juiz das garantias, logo, não poderá participar do processo contraditório posteriormente.

Assim, evitando levar para dentro do processo os seus "pré-juízos" e "pré-convicções" dos fatos, mantendo a imparcialidade do magistrado.

Nesse sentido, a imparcialidade, é peça imprescindível no Sistema Acusatório, não somente a proibição de produzir provas acusatórias por iniciativa própria, mas também que não se mostre aderido à alguma prova obtida por um meio ilegal.

Essa distância "psicológica" exigida do magistrado é exclusivamente para preservar a imparcialidade (que é perdida na fase investigatória), pois, ao tomar conhecimento da prova, mesmo antes de sua produção, o juiz já intimamente se convence, como humanamente é impossível de não o fazer.

Como por exemplo, um caso de uma prova obtida por meio ilícito, e esta chega ao conhecimento do magistrado. Como reverter este convencimento psicológico do magistrado que entra em contato com a prova ilícita?

Ou pode-se imaginar em uma oitiva de testemunhas, onde o magistrado toma uma posição deferindo ou indeferindo perguntas refletindo seu convencimento. Assim afirma Queiroz (2010, p. 80):

Observa que a interpretação que, a meu ver compreende a questão de fato e a questão de direito, varia conforme a ciência ou insciência, a arrogância ou a humildade, a maturidade ou imaturidade de quem interpreta, pois o juiz-homem, ao julgar, o faz segundo os seus medos, os seus sentimentos, grandeza ou pequenez.

No mesmo sentido, vale ressaltar o posicionamento de PRADO (2006, pp. 110/111):

Não basta somente assegurar a aparência de isenção dos Juízes que julgam as causas penais. Mais do que isso, é necessário garantir que,

independentemente da integridade pessoal e intelectual do magistrado, sua apreciação não esteja, em concreto comprometida em virtude de algum juízo apriorístico.

Se a intenção é manter o juiz o mais distante possível de qualquer ato que possa contaminá-lo e comprometer sua imparcialidade, a solução, então, seria impedir que o juiz participasse ativamente da fase preliminar e de outras atribuições que possivelmente poderiam torna-lo parcial.

O juiz das garantias, não mais ficara prevento para uma futura ação penal, diferentemente do que ocorre no nosso sistema atual (art. 75, parágrafo único, e art. 83 do CPP).

O Senador Renato Casagrande (PSB-ES) em seu relatório, dá uma noção exata do que seja "juízo das garantias":

A ideia é garantir ao juiz do processo ampla liberdade crítica em relação ao material colhido na fase de investigação. O raciocínio é o seguinte: o juiz que atua no inquérito, seja mantendo o flagrante ou decretando a prisão preventiva do investigado, seja autorizando a quebra dos dados resguardados por sigilo constitucional, incluindo a interceptação das conversas telefônicas, seja permitindo técnicas invasivas como a infiltração de agentes, pois bem, esse juiz tende, cedo ou tarde, a assumir a perspectiva dos órgãos de persecução criminal (polícia e Ministério Público). Por isso, para que o processo tenha respeitado o equilíbrio de forças e assegurada a imparcialidade do magistrado, seria melhor, na ótica do PLS nº 156, de 2009, separar as duas funções. Além do mais, como teríamos um juiz voltado exclusivamente para a investigação, estima-se que isso se traduza em maior especialização e, portanto, ganho de celeridade. Com efeito, a competência do juiz das garantias cessa com a propositura da ação penal e alcança todas as infrações penais (art. 16), ressalvadas as de menor potencial ofensivo, que seguem o rito dos juizados especiais. Todavia, é preciso ter claro que o juiz das garantias difere do juiz das varas de inquérito policial, hoje instituídas em algumas capitais, como São Paulo e Belo Horizonte. É que o juiz das garantias deve ser compreendido na estrutura do modelo acusatório que se quer adotar. Por conseguinte, o juiz das garantias não será o gerente do inquérito policial, pois não lhe cabe requisitar a abertura da investigação tampouco solicitar diligências à autoridade policial. Ele agirá mediante provocação, isto é, a sua participação ficará limitada aos casos em que a investigação atinja direitos fundamentais da pessoa investigada. O inquérito tramitará diretamente entre polícia e Ministério Público. Quando houver necessidade, referidos órgão dirigir-se-ão ao juiz das garantias. Hoje, diferentemente, tudo passa pelo juiz da vara de inquéritos policiais.

Como se pode ver, o juiz das garantias não é o "juiz do inquérito", pois este terá sua tramitação normal, sem a interferência desse juiz, exceto para resguardar os direitos e garantias individuais.

Ele terá a responsabilidade de exercer as funções jurisdicionais relacionadas com a tutela imediata e direta dessas garantias.

A partir daí, que se conquista a distância do juiz de garantias do juiz que vai presidir o posterior processo criminal, para alcançar a tão almejada imparcialidade.

Dessa forma, passa-se a demonstrar quais são os princípios norteadores do "juízo de garantias" para os defensores desse instituto.

### **3.2.1. Princípio do juiz natural**

O princípio do juiz natural está consagrado pela Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, em seus incisos XXXVII e LIII, que veda os juízos de exceção e o julgamento por autoridade que não sejam competentes.

Para Aury Lopes Jr (2009 p.110), esse princípio possui um triplo significado para o "juiz natural", nesse sentido argumenta que:

a) somente os órgãos instituídos pela Constituição podem exercer jurisdição; b) ninguém poderá ser processado e julgado por órgão instituído após o fato; c) há uma ordem taxativa de competência entre os juízes pré-constituídos, excluindo-se qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.

Assim podemos entende-se que o princípio do juiz natural é de fato uma garantia ao acusado, que o permite conhecer quem será o juiz que irá para julgá-lo, quem será competente, ou qual tribunal irá fazê-lo.

Ou seja, com esse princípio fica já estabelecido o juízo competente para cada conduta típica mesmo antes do recebimento da denúncia.

Entende-se que os critérios de competência do delito devem ser prescritos e legalmente definidos, pois caso contrário, poderia ocasionar perseguições por parte de sujeitos processuais. Assim expõe Luigi Ferrajoli (2002 p.473):

O princípio do juiz natural impõe que seja a lei o que pré-constitua tais critérios de forma rígida e vinculante, de forma que seja excluída qualquer escolha *post factum* do juiz ou do colegiado a que as causas são confiadas; e exige além disto que tal pré-constituição se refira também aos órgãos do Ministério Público, de forma que nem mesmo as funções de acusação sejam manobradas ou de qualquer modo condicionadas por órgãos estranhos ao processo.

Ainda, no mesmo sentido, enfatiza Capez (2010, p. 54) afirmando 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*.

Pode-se concluir que com o princípio do juiz natural, e com a regulamentação de um juiz imparcial, criam-se bases para a implementação do juiz de garantias, que tem como principal função de “atuar como garantidor dos direitos e garantias fundamentais do acusado no processo”. Pois o que se propõe, é que compete a ele a extinguir as forças externas que possam prejudicar o devido processo legal e assegurar a ordem democrática do Estado de Direito.

### **3.2.2. Princípio do devido processo legal**

O Princípio do Devido Processo Legal, só foi aparecer expressamente no Brasil como direito e garantia fundamental, na Constituição Federal de 1988, embora esteja previsto tacitamente nas Constituições anteriores.

Além de direito e garantia, o devido processo legal é a alicerce para qualquer Estado Democrático de Direito. É a principal maneira de se conservar a legalidade e a justiça sobre o Estado. Não se idealiza um Estado Democrático de Direito sem o devido processo legal, assim como afirma 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.

Ainda neste mesmo sentido Humberto Ávila (2004, p. 88) considera o devido processo como um sobreprincípio, sendo um “fundamento formal e material para a instituição e atribuição de sentido a normas hierarquicamente inferiores”. Isso porque ele é tão elevado que guia outros princípios de forma que condiciona todo o esqueleto normativo de um Estado.

Ao colocar, no artigo 5º, inciso LV, o contraditório e a ampla defesa como direito fundamental ao indiciado, a Constituição estabeleceu, decididamente, o sistema acusatório. Além disso, há outros diversos princípios constitucionais que estão fortemente incluídos ao sistema acusatório, como o princípio do juiz natural e a publicidade dos atos processuais.

Antônio Milton de Barros (2002, p.166) comenta 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 distingue 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.

Com a entrada do juiz de garantias, mais do que nunca será preservado integralmente o devido processo legal, pois cada ato será fiscalizado,

excluindo assim qualquer incidente que possibilitaria afrontar as garantias de um processo devido.

### 3.2.3. Princípio da verdade real

No Processo Penal brasileiro não se busca a verdade formal, mas sim a busca da verdade Real. A verdade não pode ser dividida, ou seja, algo que não é plenamente verdadeiro é falso.

Segundo o artigo 5º, LV e LVI, da CF/88, "*A verdade é levantada em sede probatória, regida pelo contraditório e ampla defesa. A colheita desta prova é perante o juízo e deve ser inadmissível a prova obtida por meios ilícitos*".

O professor Damásio de Jesus (1998, p.52) afirma que:

O processo criminal norteia-se pela busca da verdade real, alicerçando-se em regras como a do artigo 156, 2.º parte, do CPP, que retira o Juiz da posição de expectador inerte da produção da prova para conferir-lhe o ônus de determinar diligências ex officio, sempre que necessário para esclarecer ponto relevante do processo.

Com base neste raciocínio é pode-se entender que o juiz também tem a responsabilidade de buscar provas.

No entanto, há quem defenda que somente é possível alcançar a uma verdade formal, ou seja, uma verdade derivada das provas elaborada nos autos.

É importante diferenciar a verdade real da verdade formal. A verdade real pode ser chamada de verdade material, ela determina que não existe limites para a produção de provas. Este limite estaria somente limitado a lei.

O Processo Penal, por lidar com valores supremos, não se pode trabalhar com mera presunção dos fatos. Por este mesmo motivo, a revelia penal não causa a presunção de veracidade alegadas pela acusação, devendo ainda ter que provar.

Não basta aparentar ser verdade, deve-se aproximar o máximo da realidade no processo.

A respeito da verdade real, Mirabete (2002, p. 44) consagra que:

O princípio da verdade real exclui os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções ficções, transações etc., tão comuns no processo civil.

Por outro lado, a verdade formal é aquela conseguida através das provas produzidas e manifestações avocada pelas partes, e ainda neste caso o magistrado pouco busca dos fatos realmente relevantes para o processo.

Marco Antônio de Barros (2002, p. 31) defende que:

(...) diante da impossibilidade de alcance da verdade plena em todo processo, em determinados casos, por uma opção política, o Estado-juiz se contenta com a verdade produzida pelas partes, abreviando-se a solução dos conflitos de interesses, sem que tenha que fazer uso de toda sua energia no sentido de apurar ex officio a veracidade dos fatos.

Para os defensores do juiz de garantias, por mais que a verdade formal não alcance a plena realidade dos fatos, ela foi produzida com provas constada nos autos, logo é uma prova fundamenta.

A procura no Processo Penal pela Verdade Real possui certas limitações, logo não pode serem aceitas provas obtidas através de meio ilícito, igualmente como o os direitos considerados invioláveis pela Constituição Federal como: a intimidade, privacidade, liberdade etc. A Constituição visa proteger os Direitos Personalíssimos de qualquer abuso e a figura do “juiz de garantias” iria resguardar todos esses direitos.

Na verdade, o princípio da verdade real é a pilastra mestra do “juiz das garantias”, e a ideia de verdade real não é corroborar com impunidades, muito menos para justificar atos abusivos praticados pelo estado. A busca da verdade real não pode ocorrer de forma irresponsável e desrespeitosa, devendo, ter freios constitucionais.

### 3.2.4. Princípio da imparcialidade

O princípio da imparcialidade é a base dos princípios que motivaram a criação do juiz de garantias para os seus defensores.

Tal princípio tem tanta relevância que além da lei processual dar a condição que poderá ser arguida pelas partes quando o juiz for impedido ou suspeito não poderá participar do processo, como o próprio juiz deve fazê-lo.

Segundo Tourinho Filho (2009, p. 41) “... a imparcialidade exige, antes de mais nada, independência” .

O juiz da garantia entra no sistema processual com a finalidade de assegurar esta almejada imparcialidade do juiz que preferira a sentença, de forma que não haverá qualquer tipo de influência com o inquérito policial.

A mesma comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal (2009, p.16), admite que a relação do juiz do processo com o inquérito pode se tornar muito perigoso.

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 não tem poder para dar uma sentença final, ele apenas atua para assegurar que se houver o cometimento de abusos, estes não passem adiante no processo, e que estes abusos não contaminem a imparcialidade do juiz julgador do processo, evitando também a violação de direitos e garantias constitucionais.

De acordo com Sérgio Augusto Souza Brandani (2011, p.72):

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 o 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.

Por fim, o juiz de garantias tenta acabar com o que Franco Cordero (2009, p.75) denomina como “quadro mental paranoico”. Isso ocorre quando o juiz toma contato direto com inquérito, ficando convencido antes mesmo que o processo se inicie.

Contudo, o juiz de garantias vem para reforçar e concretizar o princípio da imparcialidade na jurisdição penal.

Diante dos princípios postos, tem-se que esta embasada em postulados normativos de peso. Contudo, a posição contrária também embasa sua em convicção em princípios importantes. Cabe agora analisá-los e, posteriormente, analisar a situação sob o enfoque da proporcionalidade e razoabilidade.

### **3.3 Posição Contrária a Implementação do Juízo das Garantias**

A criação do instituto do juiz de garantias, não traz somente ideias favoráveis. Há também muitas críticas sobre sua implementação, inclusive, há quem diga ser inconstitucional.

No dia 12 de janeiro de 2009 foi publicada uma matéria no jornal Estado de São Paulo dizendo sobre a finalidade do juízo das garantias seria:

[...] acabar com os problemas acarretados por magistrados de primeira instância que *se aliam a delegados de polícia* e passam a agir politicamente, perdendo a isenção e a imparcialidade para decidir o mérito de processos criminais.

A matéria ainda esclarece como seria o funcionamento de tal instituto:

Para pôr fim a esse problema e assegurar a imparcialidade dos julgamentos, a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal instalada pelo Senado quer que dois juízes passem a atuar nas ações criminais, a exemplo do que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos, na França, na Itália e no México. O primeiro atuaria na fase de inquérito como um "juiz de garantias", tendo competência para controlar as ações policiais, decretar prisões preventivas, autorizar buscas e apreensões e determinar quebra de sigilos. Concluídas as fases de investigação policial e de instrução do processo, o "juiz de garantias" seria substituído por um magistrado que não teve contato com a produção de provas. Ele teria competência para decidir a causa no mérito, julgando os fatos e decidindo com isenção e imparcialidade.

Ou seja, há quem observe o juiz das garantias por uma outra ótica, e entendem que por uma série de motivos tal instituto não alcançaria sua finalidade para qual será criado, e ainda acarretaria diversos problemas processuais conforme será demonstrado nos tópicos a seguir.

### **3.3.1. Extinção do inquérito policial e inconstitucionalidade por violação de clausula pétrea**

Há quem entenda que, na prática, o inquérito presidido pelo delegado seria extinto na medida em que o juiz das garantias fosse atuando controlando as investigações feitas pelos policiais.

Ou dizer em que, com a implementação do juízo das garantias, a fase que antecede a ação penal seria suprimida.

Nesse sentido afirmam que é indiscutível que o novo sistema de reforma do Código de Processo penal traz de forma implícita o Instituto do "juizado de instrução".

No entanto, apesar da proposta ter a intenção de manter a imparcialidade do magistrado, acredita-se que tal proposta pode enfrentar várias dificuldades para que seja aprovada pela comissão de constituição e justiça da

Câmara dos Deputados e do Senado, pois, este instituto em tese, estaria contaminado de inconstitucionalidade, na medida em que viola cláusula pétrea.

As cláusulas pétreas impedem de forma plena e absoluta, que seja revogado ou modificado determinados artigos que dizem respeito a matérias fundamentais.

Tais cláusulas estão previstas no artigo 60, § 4º, da Constituição federal.

**Artigo 60** - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

**§ 4º** - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

**I – a forma federativa de Estado;**

**II – o voto direto, secreto, universal e periódico;**

**III – a separação dos Poderes;**

**IV - os direitos e garantias individuais.**

Em especial, o inciso IV do parágrafo 4º diz que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir; os direitos e garantias individuais.”

Entende-se que ao investigar um crime por intermédio do inquérito policial, e pelas suas características procedimentais, o inquérito, se transformou em um direito individual.

O inquérito policial previsto no artigo 129, inciso VIII, recebeu este status por impedir a instauração de ação penal desnecessária ou precipitada, resguardando assim, o patrimônio material e moral dos indivíduos.

Ou seja, pode-se entender que, o inquérito policial que investiga e produz provas, passou a fazer parte do rol de direitos que integram o devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal:

**Art. 5º - ...**

**LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.**

Hoje, o devido processo legal é conhecido como um conjunto de direitos que assegura ao acusado, um julgamento justo com suas garantias. E dentro de um “julgamento justo” está contido implicitamente, a investigação e a instrução criminal.

Se o inquérito policial passou a ser um direito individual, logo, também passou a ser considerado como uma cláusula pétrea, então, tal prerrogativa não pode ser mitigada nem ao menos sequer através de emenda à Constituição.

Isso quer dizer que para substituir o inquérito policial pelo sistema do “juízo das garantias” ou pode-se dizer “juízo de instrução”, seria necessário uma nova assembleia constituinte para a manifestação de vontade do poder constituinte originário. Pois as cláusulas pétreas somente podem ser alteradas pelo poder constituinte originário.

Pode-se dividir em três características o poder constituinte originário: autônomo, inicial, e incondicional.

No entanto, o poder constituinte reformador também possui três características: derivado (por decorrer de um poder inicial), subordinado (pois está limitado às cláusulas pétreas), e é condicionado (está sujeito as condições de forma).

O constituinte originário estipulou limites para à reforma da constituição, na medida em que se não for respeitados tais limites, a alteração será considerada inconstitucional, mesmo que seja aprovado por emenda constitucional.

Os limites do poder reformador podem ser, circunstanciais, procedimentais, temporais ou materiais. Este último estão descritos no art. 60 paragrafo 4º (cláusulas pétreas). Dentre eles se destaca a “proibição de abolir os direitos e garantias individuais”.

O professor José Afonso da Silva (1992, p. 584) assim manifestou sobre as limitações de reforma constitucional.

É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: ‘fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado’, ‘fica abolido o voto direto...’, ‘passa a vigorar a concentração de Poderes’, ou ainda ‘fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação...’, ou o habeas corpus, o mandado de segurança...’. **A vedação atinge a pretensão de**

*modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, 'tenda' (emendas tendentes, diz o texto, para sua abolição*

Por fim, a proposta do novo Código de Processo Penal, para a posição contrária, a extinção do inquérito policial indiretamente, viola o princípio do devido processo legal, não sendo possível ser efetivado tal instituto ainda que por emenda constitucional.

### **3.3.2. Não funcionaria na prática**

Um importante argumento utilizado para os que não apoiam a criação do novo instituto, é que na prática, se o projeto for aprovado, não funcionaria.

Acredita-se que, para comarcas cujas varas são únicas, não haverá a possibilidade de aplicação deste instituto.

Para os defensores, seria facilmente resolvido este problema criando uma nova vara. Ocorre que o argumento contrário, se utilizando do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, não concorda, pois haveria um desperdício incalculável de verba pública para criação de novas varas desnecessárias, sendo que há outros interesses primários do estado.

Outra solução apontada pelos defensores da nova figura, é que para os casos das comarcas que tenha apenas um juiz, bastaria determinar ao juiz de alguma comarca próxima a atuação no processo, e estaria garantida a atuação do juiz de garantias.

No entanto ainda assim, este argumento não se sustentaria, tendo em vista que nos casos das comarcas de difícil acesso o processo poderia levar muito tempo acarretando diversos prejuízos, não só para a administração pública como para o próprio réu.

Vale transcrever trecho de Nogueira (2011 p. 2), que evidencia tal ideia:

Há, em vários Estados tupiniquins, comarcas e sedes de seções e subseções judiciárias que se distanciam, das mais “próximas”, centenas de quilômetros (como no Amazonas, no Pará, no Acre, em Rondônia, em Tocantins, em Roraima, no Amapá, no Maranhão, no Piauí etc.), **muitas delas acessíveis apenas por barco, o que faz com que o envio de documentos de uma para outra dure às vezes até uma semana ou mais..** Imaginemos inquéritos policiais tramitando incessantemente entre comarcas (ou seções, ou subseções judiciárias) longínquas umas das outras, muitas vezes para que o juiz das garantias de uma delas decida sobre um pedido urgente, emanado da Polícia ou do Ministério Público de outra, de busca domiciliar, de prisão preventiva, de prisão temporária, de interceptação telefônica etc. **Evidentes as dificuldades logísticas, não somente nos locais anteriormente citados, como em praticamente todo o Brasil, inclusive no Estado de São Paulo, onde até a tramitação de cartas precatórias é problemática, ainda mais de inquéritos policiais.** (grifo nosso)

Corroborando com o entendimento de difícil aplicação prática do instituto para com os casos de comarcas de vara única, Vilian Bollmannuiz, juiz federal substituto da Vara Federal de Execuções Fiscais e Criminal de Blumenau – SC, afirma em seu artigo que:

Uma das principais críticas é de ordem prática: **nas comarcas do interior, que tenham poucos juízes, a novidade acabaria com as especializações de varas criminais ao obrigar que o juiz cível atue ou na investigação ou na ação penal, medida que, na realidade, atrasará mais ainda o processo.** Embora o projeto permita que, no começo, o instituto não se aplique às comarcas com apenas um juiz, ele prevê que, no futuro, de acordo com as regras locais, será aplicável. Isso tornará mais lenta a situação dos processos em que o juiz da comunidade não poderá presidir a ação, transferindo tudo para outra cidade, a depender de viagens e deslocamentos ou do juiz vizinho ou das testemunhas, vítima, advogados e réus para aquele outro local. Este fato já foi apontado pelo CNJ, que, em sua nota técnica 10, de 2010, observou que 40 % das comarcas do Brasil tem apenas uma única Vara [...].(grifei)

A inviabilidade do projeto é tamanha que, segundo dados anuais levantados pelo Conselho Nacional de Justiça, atualmente o Brasil possui em média 8 (oito) juízes para cada 100 (cem) mil habitantes.

Tais dados estão muito abaixo dos países chamado de primeiro mundo e que por sinal, alguns entre eles, adotam a figura semelhante do “juiz de garantias” tais como a França, Espanha, Portugal e Itália (países estes que caberiam dentro do Brasil se levarmos em conta suas dimensões.

Os mencionados países possuem uma média de 10 (dez) a 17 (dezesete) juízes para cada 100 mil habitantes. (TAMBURI, 2011).

COUTINHO (2011) em uma entrevista a Carta Forense, deu ênfase a este problema, vejamos:

a comissão, aqui, levou em consideração o fato de que em um CPP não se pode criar cargos, como é primário, mas dispondo sobre a competência é possível influenciar a que os tribunais saiam atrás de novos juízes (sic), o que é uma necessidade e uma demanda nacional. Com isso, ter-se-á novos magistrados, inclusive para as comarcas menores, mas não necessariamente com competência exclusiva de juiz das garantias, abrindo-se um espaço para uma maior repartição de trabalho.

Dessa forma, entram em choque dois princípios importantes, o da imparcialidade do juiz para criação de varas e cargos cuja comarca não tenha suporte e o desperdício de dinheiro público destinado a educação, saúde, segurança, etc., tidos como de interesse primário do estado.

E neste caso prevalece o interesse público primário, ante o enfoque da ponderação dos valores que estão em jogo.

### **3.3.2.1. Processos em andamento após a implementação do juiz de garantias**

Outro grande problema serão os casos dos processos que terão andamento depois de aprovado o anteprojeto cuja comarca seja de vara única, ou apenas uma vara penal e as demais cíveis, pois a eles não se aplicaria o juiz das garantias, pela impossibilidade prática.

Nesses casos, teria o réu o direito a nulidade do processo por não ter sido observado pelo juiz das garantias? Ou no caso do juiz do processo ter deferido ou indeferido alguma requisição feita pela polícia, como por exemplo, deferir um mandado de busca e apreensão, neste caso esta prova seria nula?

E nesta mesma hipótese, se pensarmos que o juiz decretou a prisão preventiva do acusado? Seria nula a prisão?

Para aqueles que são contra a implementação do juiz das garantias, entende-se que estes casos na prática ocasionariam grandes transtornos, e que a princípio não teria uma solução adequada sem acarretar algum prejuízo para a sociedade.

## 4 DIREITO COMPARADO E LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

A ideia de criar o Juiz das Garantias em nosso Código de Processo Penal refere-se ao de outros sistemas dispostos em Ordenamentos nos quais se difere o juiz da investigação preliminar do o juiz que vai efetivamente julgar o mérito do processo proferindo uma sentença final.

Estes sistemas funcionam basicamente como funcionará o nosso sistema caso o projeto adentre de fato em nosso ordenamento assim expõe Miguel Reale Júnior (2011, p.105).

Nestes sistemas há o juizado de instrução, com participação do Juiz na construção da prova na fase preliminar, de forma a efetivamente comprometer sua equidistância frente às partes do processo, seja no sentido da acusação ou da defesa. A atividade judicial do Juiz de Instrução realmente inviabiliza que possa ser o Magistrado dotado de imparcialidade exigível no sistema acusatório, de modo a se querer que não se confunda com o Magistrado a prolatar a sentença condenatória ou absolutória.

Deste modo cumpre analisar a legislação chilena e a italiana, pois em ambas legislações é proibido que o Juiz da investigação preliminar participe do processo posteriormente a essa fase.

### 4.1 Processo Penal Chileno

No Processo Penal Chileno o Juiz das Garantias basicamente apresenta uma atividade instrutória com a atribuição de solicitar arquivamentos feitos pelo Ministério Público conforme descrito no artigo 256 do Código de Processo chileno:

**Artículo 256.-** Facultades del juez respecto del sobreseimiento. El juez de garantía, al término de la audiencia a que se refiere el artículo 249, se pronunciará sobre la solicitud de sobreseimiento planteada por el fiscal. Podrá **acogerla, sustituirla, decretar un sobreseimiento distinto del**

**requerido o rechazarla, si no la considerare procedente.** En este último caso, dejará a salvo las atribuciones del ministerio público contempladas en las letras b) y c) del artículo 248. (grifei)

Ainda caso o superior hierárquico do MP não oferecer a ação penal, o Juiz da instrução pode outorgar à vítima o papel de acusador, até mesmo porque ele exercerá esta função nos exatos termos concedido ao Ministerio publico. Conforme diz o artigo 258:

**Artículo 258.-** Forzamiento de la acusación. Si el querellante particular se opusiere a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, el juez dispondrá que los antecedentes sean remitidos al fiscal regional, a objeto que éste revise la decisión del fiscal a cargo de la causa.

Si el fiscal regional, dentro de los tres días siguientes, decidiere que el ministerio público formulará acusación, dispondrá simultáneamente si el caso habrá de continuar a cargo del fiscal que hasta el momento lo hubiere conducido, o si designará uno distinto. En dicho evento, la acusación del ministerio público deberá ser formulada dentro de los diez días siguientes, de conformidad a las reglas generales.

Por el contrario, si el fiscal regional, dentro del plazo de tres días de recibidos los antecedentes, ratificare la decisión del fiscal a cargo del caso, el juez podrá disponer que la acusación correspondiente sea formulada por el querellante, quien la habrá de sostener en lo sucesivo en los mismos términos que este Código lo establece para el ministerio público, o bien procederá a decretar el sobreseimiento correspondiente.

En caso de que el fiscal hubiere comunicado la decisión a que se refiere la letra c) del artículo 248, el querellante podrá solicitar al juez que lo faculte para ejercer los derechos a que se refiere el inciso anterior. (...)

Muito mais além, o Juiz da Instrução pode realizar uma audiência na qual se solicita que determinados fatos sejam dados por certos, podendo nesta matéria o juiz formular proposições a respeito.

Ao final da audiência, o juiz de garantias fixará o objeto do processo, as provas a serem produzidas em juízo, os fatos a serem já tidos como comprovados bem como o juiz competente para julgar o processo.

## 4.2 Processo Penal Italiano

O Código de Processo Penal italiano de 1988 apresenta o denominado *Giudice dele indagini preliminar*. O juiz de instrução, ou Juiz das investigações

preliminares, possui igualmente poderes de interferência efetiva no desenvolvimento da colheita de prova e mesmo na determinação de oferta da ação penal. (Miguel Reale Júnior, 2011, p. 107).

Deste modo, pode-se averiguar que, em concordância com o disposto no art 409, o Juiz, ao negar o pedido de arquivamento feito pelo MP, pode determinar que seja realizadas diligências ou, ordenar que seja estabelecida a ação penal se for o caso.

409. Ordens judiciais sobre o pedido de demissão.

1. Exceto para os casos em que a oposição tem sido feita nos termos do artigo 410, o tribunal, se aceita o pedido de demissão, a decisão de despacho fundamentado, e devolver os documentos para o Ministério Público. A medida que tem o armazenamento é notificada à pessoa sob investigação, se durante o procedimento foi aplicada a ele a medida de prisão preventiva (1).
2. Se você não aceitar o pedido, o juiz fixa a data da audiência na câmara e torna a notificar o Ministério Público, a pessoa sob investigação e que a vítima do crime. O procedimento é realizado na forma prevista no artigo 127<sup>o</sup>. Até o dia da audiência, os documentos são apresentados ao secretário do defensor com o direito de tirar cópias de (2).
3. Da audiência, o tribunal deve notificar o procurador-geral também no tribunal de recurso [CPP 412, n<sup>o</sup> 2].
4. Após a audiência, o tribunal, se considerar mais investigação é necessária, os meios, por ordem do Ministério Público, o prazo necessário para cumprir.
5. Fora do caso previsto no n<sup>o</sup> 4, quando o juiz não aceitar o pedido de demissão, tem por fim, no prazo de dez dias, o Ministério Público deve entregar o cargo [CPP 405]. Dentro de dois dias de formulação da acusação, o tribunal deve determinar por decreto, a audiência preliminar. São observadas, no que couber, as disposições dos artigos 418 e 419.
6. A ordem de armazenamento é ricorribile para cpp [Supremo Tribunal Federal 606] apenas em casos de nulidade prevista no parágrafo do artigo 127 5. (...) (tradução livre)<sup>1</sup>

<sup>1</sup> 409. Provvedimenti del giudice sulla richiesta di archiviazione.

1. Fuori dei casi in cui sia stata presentata l'opposizione prevista dall'articolo 410, il giudice, se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato e restituisce gli atti al pubblico ministero. Il provvedimento che dispone l'archiviazione è notificato alla persona sottoposta alle indagini se nel corso del procedimento è stata applicata nei suoi confronti la misura della custodia cautelare (1).
2. Se non accoglie la richiesta, il giudice fissa la data dell'udienza in camera di consiglio e ne fa dare avviso al pubblico ministero, alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa dal reato. Il procedimento si svolge nelle forme previste dall'articolo 127. Fino al giorno dell'udienza gli atti restano depositati in cancelleria con facoltà del difensore di estrarne copia (2).
3. Della fissazione dell'udienza il giudice dà inoltre comunicazione al procuratore generale presso la corte di appello [c.p.p. 412, comma 2].
4. A seguito dell'udienza, il giudice, se ritiene necessarie ulteriori indagini, le indica con ordinanza al pubblico ministero, fissando il termine indispensabile per il compimento di esse.
5. Fuori del caso previsto dal comma 4, il giudice, quando non accoglie la richiesta di archiviazione, dispone con ordinanza che, entro dieci giorni, il pubblico ministero formuli l'imputazione [c.p.p. 405].

Na ideia de o delito ser, conforme o MP, de autoria desconhecida, o juiz tem a opção de rejeitar o pedido de arquivamento se convencido de que é autor do fato determinada pessoa, cujo nome requer que seja inscrito como autor do crime, conforme dita o artigo 415 do Código de Processo Penal Italiano:

Art. 415. Delitos cometidos por pessoas desconhecidas.

1. Quando o desconhecido eo infrator o Ministério Público, no prazo de seis meses a partir da data de registro do crime, o juiz pediu a demissão ou a permissão para continuar a investigação.
2. Quando aprovado o pedido de armazenamento ou permissão para continuar a investigação, o juiz pronuncia fundamentado decreto e devolver os documentos ao Ministério Público. Se a Comissão considerar que o delito é atribuível a pessoa já identificou que o nome desta ordem é registrado no registro de relatos de crimes. (tradução livre)<sup>2</sup>

Na audiência preliminar, realiza-se debate entre as partes e, no final, se o juiz entender ser impossível decidir no estado do processo lhe é autorizado pelo art. 421<sup>3</sup> *bis* determinar a realização de provas.

Artigo 421-bis. Para integrar a investigação DELE.  
1. Quando não prestar em conformidade com o parágrafo 4<sup>o</sup> do artigo 421, o tribunal, se a investigação preliminar é incompleta, indica uma

---

Entro due giorni dalla formulazione dell'imputazione, il giudice fissa con decreto l'udienza preliminare. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 418 e 419.

6. L'ordinanza di archiviazione è ricorribile per cassazione [c.p.p. 606] solo nei casi di nullità previsti dall'articolo 127 comma 5. (...)

<sup>2</sup> **Art. 415. Reato commesso da persone ignote.**

1. Quando è ignoto l'autore del reato il pubblico ministero, entro sei mesi dalla data della registrazione della notizia di reato, presenta al giudice richiesta di archiviazione ovvero di autorizzazione a proseguire le indagini.

2. Quando accoglie la richiesta di archiviazione ovvero di autorizzazione a proseguire le indagini, il giudice pronuncia decreto motivato e restituisce gli atti al pubblico ministero. Se ritiene che il reato sia da attribuire a persona già individuata ordina che il nome di questa sia iscritto nel registro delle notizie di reato.

<sup>3</sup> **Art. 421-bis. Ordinanza per l'integrazione dele indagini.**

1. Quando non provvede a norma del comma 4 dell'articolo 421, il giudice, se le indagini preliminari sono incomplete, indica le ulteriori indagini, fissando il termine per il loro compimento e la data della nuova udienza preliminare. Del provvedimento è data comunicazione al procuratore generale presso la corte d'appello.

2. Il procuratore generale presso la corte d'appello può disporre con decreto motivato l'avocazione delle indagini a seguito della comunicazione prevista dal comma 1. Si applica, in quanto compatibile, la disposizione dell'articolo 412, comma 1.

investigação mais aprofundada, com um prazo para a sua conclusão, bem como a data da nova audiência preliminar. Do pedido é comunicada ao Ministério Público junto do Tribunal de Recurso.

2. O promotor de Justiça do Tribunal de Recurso pode emitir um despacho fundamentado do confisco da investigação na sequência da notificação prevista no n.º 1. Aplica-se, mutatis mutandis, o disposto no artigo 412, parágrafo 1. (tradução livre)

E conforme preceitua o art. 422<sup>4</sup>:

O artigo 422. Atividades de novas provas pelo juiz.

1. Quando não prestar em conformidade com o parágrafo 4.º do artigo 421, ou de acordo com o artigo 421bis, o Tribunal pode determinar, de ofício, a obtenção de provas de que existe uma determinação clara para o seu julgamento não procede a prosseguir.

2. O juiz, se você não pode prosseguir imediatamente a obtenção de provas, fixou a data da próxima audiência e tem a convocação de testemunhas, peritos, consultores técnicos das pessoas referidas no artigo 210 dos quais foram admitidos a audiência ou interrogatório.

3. A audiência e as pessoas interrogatòriodelle referidas no n.º 2 será realizada pelo juiz. O promotor ea defesa podem fazer perguntas, pelo tribunal, na ordem prevista no artigo 421, parágrafo 2. Posteriormente, o Ministério Público e os defensores formular e explicar suas conclusões.

4. Em qualquer caso, o réu pode pedir para ser sujeito a interrogatório, para o qual as disposições dos artigos 64 e 65. A pedido de uma das partes, o giudicedispone o interrogatório é feito na forma prevista nos artigos 498 e 499 (tradução livre)

Acerca da atividade probatória do magistrado “ex officio, a obtenção de provas de que há uma determinação clara para o julgamento de desistência”.

---

<sup>4</sup> **Art. 422. Attività di integrazione probatória del giudice.**

1. Quando non provvede a norma del comma 4 dell'articolo 421, ovvero a norma dell'articolo 421bis, il giudice può disporre, anche d'ufficio, l'assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere.

2. Il giudice, se non è possibile procedere immediatamente all'assunzione delle prove, fissa la data della nuova udienza e dispone la citazione dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici delle persone indicate nell'articolo 210 di cui siano stati ammessi l'audizione o l'interrogatorio.

3. L'audizione e l'interrogatòriodelle persone indicate nel comma 2 sono condotti dal giudice. Il pubblico ministero e i difensori possono porre domande, a mezzo del giudice, nell'ordine previsto dall'articolo 421, comma 2. Successivamente, il pubblico ministero e i difensori formulano e illustrano le rispettive conclusioni.

4. In ogni caso l'imputato può chiedere di essere sottoposto all'interrogatorio, per il quale si applicano le disposizioni degli articoli 64 e 65. Su richiesta di parte, il giudicedispone che l'interrogatorio sia reso nelle forme previste dagli articoli 498 e 499

### 4.3 Semelhanças entre a legislação internacional com a realidade nacional

É possível averiguar que no processo penal chileno e italiano existe um juizado de instrução, que concede ao juiz um grande poder de intervenção na determinação de produção de provas, bem como na indicação da propositura da ação penal, como se verifica no art 258<sup>5</sup> do CPP do Chile e no art. 409 do CPP da Itália.

Neste sentido Miguel Reale (2011 p.109) Júnior aduz que:

(...) muito distantes são os sistemas que adotam o juizado de instrução, em que existe um juiz para as investigações preliminares concebido de atribuições de buscar provas e até a proposição da própria ação penal, do sistema do nosso ordenamento, em que, se o juiz hoje, durante o processo, no curso da instrução (art. 156, inciso II), pode de ofício determinar a realização de prova, todavia, não tem qualquer iniciativa no decorrer do inquérito policial, a não ser atender motivadamente pedidos de medidas cautelares solicitadas pela autoridade policial e pelo MP.

No projeto, o poder de, na instrução, vir o juiz a determinar, de ofício, a realização de provas para combater possíveis dúvidas que apareçam deixa de existir, o que garante ainda mais o seu descomprometimento.

Por outro lado, hoje, na hipótese de pedido de arquivamento, é possível ao juiz do processo rejeitar o pedido, mas a propositura ou não de denuncia, neste caso, ficará ao encargo do Procurador Geral do MP, cujo parecer final prevalece sobre a opinião do magistrado.

---

<sup>5</sup> Artículo 258: **Forzamiento de la acusación.**

Si el querellante particular se opusiere a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, el juez dispondrá que los antecedentes sean remitidos al fiscal regional, a objeto que éste revise la decisión del fiscal a cargo de la causa.

Si el fiscal regional, dentro de los tres días siguientes, decidiere que el ministerio público formulará acusación, dispondrá simultáneamente si el caso habrá de continuar a cargo del fiscal que hasta el momento lo hubiere conducido, o si designará uno distinto. En dicho evento, la acusación del ministerio público deberá ser formulada dentro de los diez días siguientes, de conformidad a las reglas generales.

Por el contrario, si el fiscal regional, dentro del plazo de tres días de recibidos los antecedentes, ratificare la decisión del fiscal a cargo del caso, el juez podrá disponer que la acusación correspondiente sea formulada por el querellante, quien la habrá de sostener en lo sucesivo en los mismos términos que este Código lo establece para el ministerio público, o bien procederá a decretar el sobreseimiento correspondiente.

En caso de que el fiscal hubiere comunicado la decisión a que se refiere la letra c) del artículo 248, el querellante podrá solicitar al juez que lo faculte para ejercer los derechos a que se refiere el inciso anterior.(...)

Observa-se que pelo projeto, o pedido de arquivamento é apresentado ao juiz das garantias, que este poderá rejeita-lo, ficando também sujeita a propositura de ação penal ao crivo do procurador geral do MP.

Não existe no processo penal brasileiro audiência preliminar com debates e discussão relativa às provas para serem admitidas e nem a fixação dos fatos a serem aceitos pelo magistrado.

Por fim, as atribuições do juiz de instrução na legislação estrangeira, são mais extensas e intervêm na proposição e na produção da prova de forma que pode comprometer a convicção do juiz, retirando-lhe as condições necessárias para preservar a imparcialidade, pois assume posições e forma opinião antecipada ao avaliar a prova existente, sugerir novas provas e impor a constituição da ação penal.

## 5 EVOLUÇÃO DA APROVAÇÃO DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Novo Código de Processo Penal começou a se desenvolver em 2008 no Senado, quando uma comissão de juristas passou analisar o tema e o apresentou.

O projeto aborda as normas processuais de natureza penal e recomenda diversas modificações no decreto anterior, que tem aproximadamente 70 anos.

O projeto de lei do novo Código de Processo penal foi aprovado pelo Senado, em primeira votação, segundo informações da Agência Senado.

No entanto a matéria será ainda votada em turno suplementar, quando será posto mais uma vez em discussão onde poderá sofrer emendas dos parlamentares, para que posteriormente a proposta seja analisada pela Câmara dos Deputados.

Segundo a Coordenadoria de Editoria e Imprensa do site do JusBrasil publicou (Acesso em 10 de outubro de 2010) que:

O Plenário do Senado acaba de aprovar o texto do novo Código de Processo Penal (CPP). Proveniente do anteprojeto formulado uma comissão especial de juristas, que funcionou no âmbito do Senado, o texto (PLS 156/09), aprovado em turno suplementar, teve a relatoria do senador Renato Casagrande (PSB-ES), e segue agora para a Câmara dos Deputados.

O site Terra.com (Acesso em 10 de outubro de 2010) noticiou que Casagrande argumentou que o atual Código de Processo Penal de 1941, por ser um documento feito no período do fascismo, induz a impunidade. Afirmou ainda que o novo CPP combaterá de forma acentuada a criminalidade.

O projeto de lei do novo Código de Processo penal teve início no Senado em 2008 após o tema ser analisado e apresentado por uma comissão de juristas.

A ideia do projeto é tratar de regras de natureza penal que por sua vez traz várias alterações no decreto anterior.

Desta forma a Coordenadoria de Editoria e imprensa do site JusBrasil aduziu (Acesso em 10 de outubro de 2010) que:

A aprovação concluiu um processo iniciado em 2008, quando a convite do presidente da Casa, José Sarney (PMDB-AP), foi constituída a comissão de juristas. Seu objetivo era reunir sugestões de modificação do código vigente, considerado ultrapassado. Para tanto, a comissão realizou 17 audiências públicas em várias capitais brasileiras. O trabalho culminou na entrega do anteprojeto do novo código, convertido em projeto de lei do Senado (PLS).

Dentre as varias mudanças significativas que o projeto traz para o direito penal, além do juízo das garantias, estão incorporados ao anteprojeto temas polêmicos tais como a; descriminalização do plantio, porte e a compra de drogas para uso próprio, a criminalização da homofobia e a ampliação das regras para a realização do aborto sem que a pratica seja considerada crime

## 6 CONCLUSÃO

É clara a ideia que Anteprojeto visa proteger a fase inquisitória e a produção de provas, mantendo estas longe do juiz que proferirá a sentença, tanto é que o projeto afasta o magistrado da fase inquisitiva, colocando uma nova figura para tomar decisões perante os pedidos do Ministério Público e da Autoridade Policia.

Ante a análise adotada pela Constituição o Sistema Acusatório, foi imprescindível abordar a aplicação dos direitos e garantias que são essenciais a nossa forma processual adotada, já que é evidente que existem certos dispositivos infraconstitucionais que violam os direitos fundamentais do acusado, bem como, as demais garantias asseguradas pela Constituição federal.

Deste modo, como forma evitar a “contaminação” da imparcialidade do magistrado e a interferência dele na relação processual, foi criada a figura do juízo da garantias.

A principio o projeto não traz novidades quanto a atividade persecutória, mas somente uma divisão de atribuições que hoje é desenvolvida unicamente pelo juiz da vara criminal.

Ainda que não pareça muito relevante tal divisão de atribuições, estas geram grandes mudanças no processo, algumas consideradas um avanço no processo penal, e outras consideradas um grande problema.

Uma das principais atribuições impostas ao juiz garante é conceder medidas cautelares, entre outras atribuições, isso tudo com a finalidade de manter, o máximo de imparcialidade possível o juiz que julgará o processo.

É de se elogiar as idéias trazidas pelo Projeto visando o bom andamento do processo e resguardar princípios e garantias constitucionais.

Porém, a ideia de manter o juiz equidistante do inquérito e retirar a sua competência para ser alcançada a pretendida imparcialidade, a meu ver, talvez não seja a maneira mais eficaz para a solução do problema.

Com todos os argumentos citados contra a sua implementação, posso concluir que o juiz das garantias é desnecessário, arbitrário e inviável ao nosso ordenamento jurídico.

O fato de o “juiz das garantias” ser criado como um “fiscal” das garantias e legalidade das investigações, como uma espécie de protetor somente dos direitos do suspeito ou indiciado, já o transforma em verdadeiro “juiz de defesa”, o que afeta sua tão desejável imparcialidade.

Parece-me que a ideia de proteger a todo custo os direitos e garantias do acusado sôa como uma certa impunidade, onde se cria tanto obstáculo para a persecução penal chegando em um ponto que não se pode mais sequer fazer uma investigação sem esbarrar nas garantias do acusado. Garantias estas que sempre são invocadas pelos réus como forma de defesa dos seus crimes e em muitas vezes gerando impunidade.

Não quero dizer que garantias individuais não devem ser respeitadas, ou que devem ser admissíveis provas ilícitas, pelo contrario, estas devem ser evitadas e punidas quando produzidas. Mas a ideia de colocar uma figura entre o inquérito e o juiz do processo parece não ser a melhor maneira, mas sim deveria o próprio magistrado manter-se distante de seus preconceitos em geral, para que não interfiram em sua imparcialidade.

Em resumo, os argumentos contrários comprovam que a inovação do “Juiz das Garantias” é uma medida totalmente dispensável e que, além das críticas políticas, práticas e contrária ao ordenamento, ignora conceitos básicos da dialética do Direito.

Ao final, será totalmente inútil, e gerando incontáveis discussões jurídicas com nulidades nos processos que nada tem a ver com o mérito, gastando esforços, tempo e dinheiro com oque poderiam estar sendo investido naquilo que realmente fosse necessário.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do ministério público no processo penal de partes.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

BARROS, Marco Antônio. **Cf. A busca da verdade no processo penal.** Disponível em: [http://jus.com.br/revista/texto/11160/a-verdade-no-processo-penal-brasileiro\\_](http://jus.com.br/revista/texto/11160/a-verdade-no-processo-penal-brasileiro_)  
Acesso em: 16/8/12

BOLLMANNUIZ, Vilian. **Críticas lógicas-jurídicas contra o juiz de garantias.** 2011. Disponível em: <http://promotordejusica.blogspot.com.br/2011/11/criticas-logico-juridicas-contra-o-juiz.html> acesso em 02/10/12.

BRANDANI, Sérgio Augusto Souza. **O juiz das garantias previsão do anteprojeto de código de processo penal.** Monografia de conclusão de graduação das faculdades integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente 2011.

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: 20/9/12.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 17ª ed., 2011.

CASAGRANDE, Renato. Relatório disponível em **O juiz das garantias projetado pelo novo CPP de Luiz Flávio Gomes**, <<http://jus.com.br/revista/texto/18508>>. Acesso em 02/08/12.

COUTINHO, Jacintho Nelson de Miranda. Entrevista dada a Tablóide Carta Forense. Setembro de 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-06/sistema-juiz-garantias-cpp-arbitrario-inviavel?pagina=2>. Acesso em 03/10/12.

FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* p. 473. Martins, Fernanda. **Os poderes instrutórios do juiz no processo penal brasileiro.** Revista Jus Navigandi, disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18472/os-poderes-instrutorios-do-juiz-no-processo-penal-brasileiro/2>. Acesso em 05/09/12.

GOMES, Luiz Flávio. **O juiz das garantias projetado pelo novo CPP.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2786, 16 fev. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18508>>. Acesso em: 28 set. 2012.

JESUS, Damásio de. **Princípios do Processo Penal**. Blog WordPress.com, 17 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://antonildooliveira.wordpress.com/>. Acesso em: 10/10/2012

JÚNIOR, Miguel Reale. **O juiz de garantias**. Revista do Advogado – AASP, n 113, ISSN-0101-7497, 2011.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. **Sistemas Processuais Penais**. Minas Gerais. Disponível em: [http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art\\_30005.pdf](http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_30005.pdf). Acesso em: 12/10/2012.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2009. Volume I. p. 110

LOPES JÚNIOR, LAURY. **A crise no inquérito policial e a investigação controlada pelo Ministério Público**. Revista *Âmbito Jurídico*. Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5828](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5828). Acesso em 09/08/12.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (Fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22659/o-principio-da-imparcialidade-do-juiz-penal-como-decorrencia-da-adocao-do-sistema-acusatorio-pela-constituicao-federal/3>. Acesso em 12/8/12

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Juiz das garantias do novo CPP é arbitrário**. Consultor Jurídico. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-06/sistema-juiz-garantias-cpp-arbitrario-inviavel>. Acesso em: 03/10/12.

\_\_\_\_\_. **Juiz das Garantias do novo CPP é arbitrário**. TAMBURI, Paulo. *Consultor Jurídico* de 14 de fevereiro de 2011 e revelados pelo Conselheiro Paulo Tamburini, do CNJ.

**NOVO Código de Processo Penal é Aprovado no Plenário do Senado Federal**. Site JusBrasil, disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2501799/novo-codigo-de-processo-penal-e-aprovado-no-plenario-do-senado-federal>. Acesso em: 10/10/2012.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. cap.2. p. 53-54.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**, parte geral. 6. Ed Rio de Janeiro: lúmen Juris, 2010/

PITOMBO, Antônio Sergio Artieli de Moraes. **Juiz é fiscal dos atos do MP, e não defensor deles**. Revista Consultor Jurídico, 29 de dezembro de 2009. Disponível

em: <http://jus.com.br/revista/texto/18508/o-juiz-das-garantias-projetado-pelo-novo-cpp#ixzz21abMWE9G>, acesso em 10/07/12.

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

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

**SENADO Aprova em 1º Turno Projeto do Novo Código de Processo Penal**. Notícias.Terra.com, 09 de novembro de 2010. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI4783335-EI7896,00-Senado+aprova+em+turno+projeto+do+novo+Codigo+de+Processo+Penal.html>.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 10 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 8ª edição, 1992, página 584.

SOARES, Clara Dias. Mirabete. **A verdade No Processo Penal Brasileiro**. Revista Jus Navigandi. 07/2007. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11160/a-verdade-no-processo-penal-brasileiro>. Acesso em: 16/8/2012.