



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

IVANA ROCHA COSTA

**JUIZ DAS GARANTIAS DE ACORDO COM O PROJETO DO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Fortaleza
2012

IVANA ROCHA COSTA

**JUIZ DAS GARANTIAS DE ACORDO COM O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial necessário à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. William Paiva Marques Júnior

Fortaleza
2012

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- C837j Costa, Ivana Rocha.
Juiz das garantias de acordo com o projeto do novo Código de Processo Penal / Ivana Rocha Costa. – 2012.
52 f.: enc.; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2012.
Área de Concentração: Direito Processual Penal.
Orientação: Prof. Me. William Paiva Marques Júnior.
1. Processo penal - Brasil. 2. Princípios gerais do direito. I. Marques Júnior, William Paiva (orient.). II. Universidade Federal do Ceará - Graduação em Direito. III. Título.

CDD 343.9

IVANA ROCHA COSTA

**JUIZ DAS GARANTIAS DE ACORDO COM O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de
Graduação em Direito da Universidade Federal do
Ceará como requisito parcial para a obtenção de
grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Me. Michel Mascarenhas Silva
Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestrando em Direito Eric de Moraes e Dantas
Universidade Federal do Ceará – UFC

*“Se o homem falhar em conciliar a justiça e
a liberdade, então falha em tudo”
Albert Camus*

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me dar forças e iluminar meu caminho.

Ao meu pai, por todo amor e dedicação. Pai amigo, batalhador, que, diariamente, renuncia seus anseios a fim de dar prioridade aos meus.

À minha mãe, por ser tão dedicada e amiga, pessoa que mais me apoia e acredita na minha capacidade.

Ao meu irmão Rafael, pelas conversas diárias e momentos de descontração, tornando meus dias mais alegres.

Ao meu mais que amigo Lucas Rosado, por todo o carinho doado nesses últimos anos e por ter sido peça fundamental na feitura do presente trabalho, desde a escolha do tema até a correção final do texto.

Aos meus amigos de faculdade, em especial Leylane, Yeline, Júlio, Alvanildo e Renata, pela paciência, estímulo e ajuda durante todo o curso.

Às minhas amigas de longa data: Marina, Daniely e Priscilla, que sempre se mostraram presentes e prestativas.

Ao professor Michel Mascarenhas e ao mestrando Eric Dantas, por terem aceitado participar da banca examinadora desta monografia.

A todos os professores da Faculdade de Direito, que contribuíram para minha formação, em especial ao professor William Marques, por ter de imediato aceitado a proposta de me orientar, pela dedicação dispensada e pelo auxílio prestado na concretização deste trabalho monográfico.

RESUMO

O Projeto de Lei do Senado Federal nº 156/2009, que reformula nosso Código de Processo Penal, traz uma inovação: a figura do juiz das garantias, que apesar de já presente em alguns países, é instituto inédito em nosso ordenamento jurídico. O tema é alvo de grandes discussões doutrinárias, e para analisar esse personagem, será feito, primeiramente, um estudo sobre os sistemas processuais, em especial o acusatório, o adotado em nosso país, partindo-se, posteriormente, para uma análise das características, benefícios, eficácia e viabilidade desse novo instituto.

Palavras-chave: Processo Penal. Sistemas Processuais Penais. Juiz das garantias.

ABSTRACT

The Senate bill nº 156/2009, which reformulates the Brazilian criminal procedure code, brings an innovation: the character called judge of guaranties, that, although already existent in some countries, is a brand new institute concerning to Brazilian legal system. This subject is aim of great doctrinaires discussions, and in order to analyze this personage, it is going to be done, in first place, a report about the procedure systems, specially the accusatory, adopted in Brazil. After that, it is going to be made an accurate analysis of the features, benefits, efficacy and viability of this new institute.

Key words: Criminal Procedure. Criminal Procedure Systems. Judge of Guaranties.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 FUNDAMENTOS DA IDEIA DO JUIZ DAS GARANTIAS	12
2.1 Aspectos gerais.....	12
2.2 Breve comparativo	13
2.2.1 Na Itália.....	13
2.2.2 Em Portugal	14
2.2.2 No Chile.....	15
2.3 Sistemas processuais.....	15
2.3.1 Sistema inquisitivo.....	16
2.3.2 Sistema acusatório.....	17
2.3.3 Sistema misto	19
2.4 Princípios do sistema processual acusatório	20
2.4.1 Princípio acusatório	20
2.4.2 Princípio da publicidade	21
2.4.3 Princípios do contraditório e da ampla defesa	22
2.4.4 Princípio da razoável duração do processo	24
2.4.5 Princípio da imparcialidade.....	26
3 O PAPEL DO JUIZ DAS GARANTIAS.....	28
3.1 Juiz das garantias e os direitos fundamentais	32
3.1.1 Presunção de inocência	33
3.1.2 Interceptação telefônica	34
3.1.3 Mandado de busca e apreensão	35
3.1.4 Direito à imagem	36

3.1.5 Uso de algemas	37
3.1.6 Liberdade	39
3.2 Juiz das garantias e o controle da investigação criminal.....	40
4 QUESTÕES DIVERSAS	42
4.1 Da dificuldade de implantação.....	42
4.2 Da celeridade	43
4.3 Da (in)constitucionalidade e da necessidade de previsão constitucio- nal	46
5 CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

1 INTRODUÇÃO

Nosso atual Código de Processo Penal - CPP data 1941. Foi promulgado sob égide do chamado Estado Novo, época em que estava vigente a Constituição de 1937, conhecida como Constituição Polaca, tendo em vista sua clara inspiração na Constituição fascista Polonesa, sem esquecer a forte influência das constituições autoritárias da Alemanha, Itália e Portugal.

Nesse período, fortaleceu-se o Executivo nacional, acabando-se com a autonomia dos estados e com o federalismo. Os poderes do Legislativo e do Judiciário foram enfraquecidos. Os direitos individuais foram diminuídos e extinguíram-se os partidos políticos.

Influenciado pelo contexto desse tempo, o Código mostra-se ultrapassado em alguns aspectos, podendo-se encontrar diversos dispositivos que vão de encontro com a atual Constituição Federal, classificada como a mais democrática das constituições já promulgadas em nosso país. Em busca de um CPP mais relacionado com o Estado Democrático de Direito, foi elaborado o projeto de lei nº 156/2009, com o fulcro de garantir os direitos fundamentais, pautado no sistema processual acusatório.

No momento em trâmite na Câmara dos Deputados, o projeto de lei do Senado Federal, que foi convertido no Projeto de Lei 8.045/10, traz em seu conteúdo uma inovação ao nosso ordenamento jurídico: a figura do juiz das garantias, um magistrado atuante apenas na fase investigativa. Ao atuar no inquérito policial, decretando uma medida cautelar, uma prisão preventiva, decidindo sobre uma interceptação telefônica ou, simplesmente, tomando conhecimento de uma abertura de inquérito, este juiz se tornaria impedido de atuar na fase processual.

O grande objetivo da introdução desse personagem no cenário processual do nosso país seria a salvaguarda dos direitos do investigado e a garantia da imparcialidade no momento do julgamento, já que a fase investigativa e a processual estariam a cargo de magistrados distintos.

Tema polêmico, alvo de muitas discussões tanto no tocante a sua viabilidade como a sua necessidade e a sua eficácia. O presente trabalho busca estudar o instituto, atendo-se a analisar o papel dessa figura e os pontos positivos e/ou negativos inerentes à matéria.

2 FUNDAMENTOS DA IDEIA DO JUIZ DAS GARANTIAS

2.1 Aspectos gerais

O Projeto de Lei nº 156/2009, ao dispor em seu artigo 4º que é “vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”, deixa claro que o sistema processual adotado é o acusatório, adiante comentado.

O atual Código de Processo Penal não faz qualquer restrição ao juiz que participa da fase investigativa e ao que venha atuar na fase processual. O que ocorre é justamente o oposto, aquele que participa da investigação é o mesmo que promove o julgamento.

Nosso CPP prima pela prevenção do juízo ao estabelecer, no artigo 83, que estará verificada a “competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c)”. Nestor Távora conceitua como preventivo o juízo que “[...] primeiro pratica atos do processo ou medidas relativas ao futuro processo, ainda que anteriores ao oferecimento da denúncia ou queixa”¹.

A ideia de prevenção do juízo vem sofrendo algumas críticas pelo fato de que o juiz, ao tomar medidas em âmbito do inquérito, perderia sua imparcialidade, formando, durante a fase investigativa, um pré-conceito acerca do acusado, ou seja, a partir do momento em que o magistrado atua no inquérito policial, estaria havendo uma mitigação do princípio da imparcialidade, princípio basilar de nosso processo penal.

A solução encontrada para se obter um julgamento mais justo, livre daquilo que podemos chamar de pré-julgamento, seria a criação da figura do juiz

¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. Ed. Salvador, 2011, p. 262.

das garantias, um magistrado atuante apenas em âmbito investigativo, protetor dos direitos individuais, fiscal da legalidade dos atos ocorridos na fase do inquérito e impedido de atuar na fase processual.

Ao tratar sobre o tema em questão, é imprescindível a análise de pontos essenciais que servirão de base para o desenvolvimento do raciocínio projetado.

2.2 Breve comparativo

A figura do juiz das garantias não é inédita no direito comparado, sendo já consolidada em alguns países, como na Itália, com o *giudice per le indagini preliminari*, no Chile, com o *juez de garantía*, e em Portugal, com o juiz de instrução. Esses exemplos, apesar de possuírem características próprias, baseiam-se na ideia de que é necessária uma especialização do juiz que atua na fase investigativa.

2.2.1 Na Itália

O antigo Código de Processo Penal italiano, conhecido como Código Rocco de 1930, era pautado em ideias fascistas e baseava-se no sistema processual misto. Em um primeiro momento, havia o juizado de instrução, com características inquisitivas, o qual colhia todas as provas para um posterior julgamento. Estas provas seriam apreciadas por outro juiz sem ao menos terem as partes tido contato, pois eram sigilosas, nesta segunda fase, estariam presentes a ampla defesa e o contraditório.

Com a edição do novo Código de Processo Penal (1988), foi extinto o juizado de instrução, e a solução do crime passou a ser dividida em três fases. Uma primeira, conhecida como investigações preliminares, conduzida pelo Ministério Público juntamente com a polícia judiciária, tendo como objetivo a coleta de provas para propositura da ação penal, devendo essas provas ser novamente produzidas

na fase de instrução. Caracteriza-se esta fase por ser sigilosa, ausentes o contraditório e a ampla defesa, muito semelhante ao nosso inquérito policial.

Na segunda, denominada de audiência preliminar, o juiz, baseado nas provas colhidas nas investigações, decidirá pelo recebimento ou não da ação penal proposta pelo Ministério Público. Esse magistrado será também o responsável por decretar qualquer medida em âmbito das investigações, tal como interceptação telefônica, medidas cautelares.

Recebida a ação penal, o juiz designará um outro para julgar o caso, que formará seu convencimento somente com as provas obtidas nesta fase, garantindo o contraditório e a ampla defesa, podendo valer-se de provas produzidas em momento anterior somente se produzidas com garantia do contraditório das partes, como as provas irrepetíveis.

2.2.2 Em Portugal

O processo penal português encontra-se sob o manto do sistema acusatório, sendo estruturado em três fases: uma preliminar e obrigatória, chamada de inquérito, que objetiva angariar provas e indícios de autoria, presidida pelo Ministério Público, uma segunda, facultativa, responsável pela apuração do delito e, por fim, uma terceira, na qual se dará o julgamento.

O Ministério Público após uma exaustiva investigação decidirá sobre submeter ou não o investigado a julgamento. Entre esta fase e o inquérito há uma intermediária, não-obrigatória, denominada de instrução, que tem por finalidade confirmar ou não a acusação, estando a cargo do juiz de instrução. É o que prescreve o art. 286 do Código de Processo Penal português:

Art. 286 – Finalidade e âmbito da instrução

1 - A instrução visa a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento.

2-A instrução tem carácter facultativo.

3 - Não há lugar a instrução nas formas de processo especiais

Uma outra característica desse Código português é que ele é guiado pela busca da verdade material, princípio presente em todas as fases, sendo por vezes mitigado pelo “princípio da necessidade”. A produção de uma prova somente será ordenada, de ofício ou a requerimento, se se mostrar necessária.

2.2.3 No Chile

O processo penal chileno conta com a presença da figura do *juez de garantía*, um magistrado que atua apenas no momento da fase investigativa, ficando o julgamento a cargo de outro magistrado. Muito semelhante à proposta do juiz das garantias do projeto do novo CPP brasileiro.

O *juez de garantía* atua quando uma diligência de investigação puder restringir, perturbar ou privar o indivíduo do exercício dos direitos que a Constituição assegura. Nesse caso, seu cumprimento só se dará com prévia autorização desse magistrado.

Saliente-se que, no Chile, em qualquer etapa do procedimento em que o *juez da garantía* valorar que o imputado não está em condições de exercer os direitos que lhe outorgam as garantias judiciais consagradas pela Constituição, pelas leis e pelos tratados internacionais ratificados e que se encontrem vigentes, este personagem poderá adotar, de ofício ou por provocação, as medidas necessárias que permitam o seu exercício.

A implantação desse novo instituto ocorreu, neste país, de forma progressiva, a se iniciar no interior indo em direção às capitais.

2.3 – Sistemas processuais

A depender do momento histórico, das regras e dos princípios que norteiam um ordenamento jurídico a aplicação do Direito Penal pode variar. Em se

tratando de um país autoritário, certamente as leis vigentes terão o condão de mitigar os direitos e garantias individuais, mas caso se trate de um Estado Democrático de Direito, há de se notar certa limitação do poder do Estado, preservando o indivíduo de qualquer arbítrio estatal. A esse conjunto de regras e princípios que indicam como deverão ser aplicadas as normas penais no caso concreto dá-se o nome de sistema de processo penal.

São três os sistemas processuais: acusatório, inquisitório e misto. A grande diferença entre os dois primeiros se encontra na titularidade referente ao órgão de acusação. Enquanto no sistema acusatório se têm órgãos distintos para acusar e julgar, no sistema inquisitório há a presença de uma única figura para exercer tais funções.

2.3.1 – Sistema inquisitivo

O sistema inquisitório predominou nos séculos XVI a XVIII, pautado pelo princípio inquisitivo, caracteriza-se por não levar em conta o contraditório e a ampla defesa, por procedimentos escritos e sigilosos e por uma mitigação dos direitos e garantias dos indivíduos. Aury Lopes Jr. afirma que esse sistema “[...] foi desacreditador – principalmente por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar.”².

O juiz é responsável pela apuração do delito e pelo julgamento. O réu é considerado mero objeto do processo, não estando garantido o direito de defesa, sendo sua confissão considerada a mais importante das provas, suficiente para o encerramento das investigações e para sua condenação, mesmo que obtida por meios ilegais. Nas palavras de Paulo Rangel: “No sistema inquisitivo, o juiz não forma seu convencimento diante das provas dos autos que lhes foram trazidas pelas

² LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. P. 68

partes, mas visa convencer as partes de sua íntima convicção, pois já emitiu, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação”.³

A justificativa dada à aplicação desse sistema é a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional, acredita-se que ao deixar a função de acusar a cargo do particular estaria sendo favorecida a impunidade, tendo em vista faculdade desta função. O sistema inquisitivo é típico de países totalitários, onde não são respeitados os direitos individuais.

2.3.2 Sistema acusatório

De forma diversa, no sistema acusatório, típico de estados democráticos, entendido majoritariamente como o adotado pelo Brasil, caracteriza-se por estarem presentes três personagens: o juiz, o autor e o réu, cada um com sua função bem definida, a saber: julgar, acusar e defender, respectivamente. Além disso, o processo prima pela publicidade, pelo contraditório e pela ampla defesa, atuando o juiz somente se provocado, de modo a julgar com base nas provas trazidas aos autos.

Aqui, não cabe mais ao juiz instaurar uma ação penal de ofício, como verificado no sistema processual penal inquisitório, sendo cabível tal função ao Ministério Público, como consta no art. 129, I⁴, Constituição Federal de 1988 – CF/88 ou ao autor/representante legal nos casos de ação penal privada ou de ação penal privada subsidiária da pública.

Deve-se destacar que em nosso país não há um sistema acusatório puro, até porque, além da imparcialidade, nosso ordenamento é pautado, também, pelo princípio da verdade real, ou seja, a busca pela verdade dos fatos, podendo o magistrado ordenar de ofício a produção de provas, mesmo que de forma limitada, visto que seu papel é apenas complementar, requerendo provas consideradas

³ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12^a, ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 46.

⁴ Art. 129, CF/88- São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

urgentes, dado periclitamento, na fase investigativa, ou até mesmo provas que possam ajudá-lo no seu convencimento, já no curso do processo. É o que traz o artigo 156 do CPP:

Art.156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

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; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Nesse sentido julgou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a saber:

HABEAS CORPUS. ANTECIPAÇÃO DE PROVAS. OITIVA DAS VÍTIMAS. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO E DESENTRANHAMENTO DA PROVA ORAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. HIPÓTESES. AFASTAMENTO DE MAGISTRADO. PARCIALIDADE. INADMISSÃO PARCIAL. MEIO INADEQUADO. TAXATIVIDADE DO ARTIGO 225 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REQUISITOS DO ARTIGO 156, INCISO I, CPP. AUSÊNCIA DE PROIBIÇÃO. RECOMENDAÇÃO N. 33 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. DENEGAÇÃO.

1. A atuação de ofício pelo juiz decorre dos princípios da verdade real e do impulso oficial, ressaltando-se que no Processo Penal a busca da verdade real deve prevalecer na apuração do fato criminoso, cabendo ao magistrado, nessa perspectiva, determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis, provocando o andamento do feito até a decisão final.

2.O artigo 156, inciso I, do código de processo penal, incluído pela lei n. 11.690/2008, ampliou o poder do juiz de determinar a formação da prova, ao estabelecer a possibilidade de ordenar a produção antecipada das provas que considerar urgentes e relevantes, mesmo antes de iniciada a ação penal, mediante a observação da necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

3. Por prova urgente entende-se aquela que necessita ser produzida de imediato, sob pena de perda total ou parcial; e por relevante, aquela que possui grande valor para a apuração da verdade real no Processo Penal.

4. O artigo 225 do código de processo penal prevê hipóteses de produção antecipada de prova testemunhal.

5.Os artigos 156, inciso I, e 225, ambos do código de processo penal não proíbem a oitiva de crianças e adolescentes vítimas de abusos sexuais como medida de antecipação da prova.

7.A arguição de impedimento de magistrado não se mostra pertinente na estreita via do writ .

8.Habeas Corpus admitido parcialmente e, no mérito, ordem denegada. (59885020118070000 DF 0005988-50.2011.807.0000, Relator: LEILA ARLANCH, Data de Julgamento: 19/05/2011, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 31/05/2011, DJ-e Pág. 150)

Ainda quanto às provas requeridas pelo magistrado, não se pode esquecer de que elas deverão ser apreciadas pelas partes, fazendo valer o princípio do contraditório.

Por fim, apesar de o inquérito⁵ ser um procedimento administrativo de característica inquisitiva, ausente o contraditório e a ampla defesa, sigiloso, o sistema processual no Brasil continua a ter as características do acusatório, já que a fase investigativa é apenas pré-processual. Recebida a denúncia/queixa, o processo se torna público, de acordo com as regras constitucionais. Isso só confirma o já afirmado anteriormente, que o sistema acusatório não é o puro.

2.3.3 – Sistema misto

No terceiro e último sistema, chamado sistema misto ou acusatório formal, como o próprio nome sugere, há união ou mescla de outros sistemas, no caso, os acima mencionados. Pode ser dividido em duas fases distintas. Uma primeira, chamada de instrução preliminar, na qual prevalecem as características do sistema inquisitivo, e uma segunda denominada de judicial ou contraditória, em que se podem notar reflexos do sistema acusatório. Paulo Rangel critica o sistema misto afirmando que “não obstante ser um avanço frente ao sistema inquisitivo, não é o melhor sistema, pois ainda mantém o juiz na colheita de provas, mesmo que na fase preliminar da acusação”⁶.

Há ainda muita divergência acerca de qual sistema processual é o adotado em nosso país. O artigo 4º do projeto do novo Código de Processo Penal virá cessar discussões sobre esse assunto ao dispor que “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

⁵ “O inquérito policial é um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita de preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e da sua autoria” NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2.ed.rev, atual e ampliada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 206, p.126.

⁶ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**.13, ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 51.

2.4 Princípios do sistema processual acusatório

Neste tópico serão analisados os princípios que norteiam o sistema processual acusatório, sistema adotado por nosso ordenamento.

2.4.1 Princípio acusatório

Apesar de nomenclatura semelhante, princípio acusatório e sistema acusatório são institutos distintos, sendo este mais amplo, abarcando aquele e outros princípios, os quais serão comentados adiante.

O capítulo III da Exposição de Motivos do Anteprojeto do CPP traz expressamente o princípio ora em estudo ao dispor que “Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor”.

A definição do princípio acusatório está baseada na separação entre a figura do juiz, do órgão de defesa e do órgão acusador, papéis que devem ser atribuídos a pessoas diversas, não podendo uma assumir a função de outra, tendo como objetivo principal a busca pela imparcialidade.

Embora o sistema acusatório não esteja descrito expressamente na CF/88, o texto constitucional assegura aos indivíduos um julgamento feito por um órgão isento de qualquer tendência condenatória ou absolutória, além de uma divisão entre as funções de julgar, defender e acusar, representadas, respectivamente, pelo juiz, pelo defensor público ou advogado particular e pelo promotor, no caso de ação penal incondicionada ou condicionada à representação, ou advogado particular, no caso de ação penal privada.⁷

⁷ Art. 129, CF - São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Art. 133, CF - O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Não se deve compreender este princípio de forma isolada, mas sim de maneira complementar com os outros princípios que regem o nosso ordenamento, daí o porquê de analisarmos outros para melhor compreensão do tema a ser mais detalhado no próximo capítulo.

2.4.2 – Princípio da publicidade

A regra é a publicidade dos atos processuais, sendo o sigilo a exceção. É o que consta nos artigos 5º, LX, 37, caput, 93, IX da CF/88 e no artigo 792 do CPP.

Art. 5º, LX, CF - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Art. 37, caput, CF- A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Art.792, CPP- As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

Paulo Rangel relata que “a publicidade dos atos processuais integra o devido processo legal e representa uma das mais sólidas garantias do direito de defesa, pois a própria sociedade tem interesse em presenciar e/ou conhecer a realização da justiça”.⁸

Sua aplicação é garantida ao se facultar a presença de qualquer do povo em uma audiência, ao se conceder o acesso dos autos do processo a qualquer pessoa que, por qualquer razão queira inteirar-se de seu conteúdo, bem como ao se

Art. 134, CF- A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

⁸ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**.13, ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 51.

proporcionar a leitura dos andamentos processuais no diário oficial e, em alguns casos, até na internet.

Este princípio encontra-se presente no sistema processual acusatório, permitindo às partes informação sobre todos os atos do processo em curso. Verdade que não é absoluto, seja para preservação da privacidade das partes, seja para garantia das investigações, mas nem por estarem presentes algumas exceções podemos classificar nosso sistema como inquisitório, ou, até mesmo misto, como alguns autores defendem.⁹

2.4.3- Princípios do contraditório e da ampla defesa

Contemplados no artigo 5º, LV, da CF/88 estão os princípios do contraditório e da ampla defesa: “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”.

⁹ Guilherme Nucci se posiciona a favor do sistema processual misto: “o sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas, etc.) é regido por Código Específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo, como veremos a seguir). (...)”

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

Defender o contrário, classificando-o como acusatório é omitir que o juiz brasileiro produz prova de ofício, decreta a prisão do acusado de ofício, sem que nenhuma das partes tenha solicitado, bem como se vale, sem a menor preocupação, de elementos produzidos longe do contraditório, para formar sua convicção. Fosse o inquérito, como teoricamente se afirma, destinado unicamente para o órgão acusatório, visando a formação da sua *opinio delict* e não haveria de ser parte integrante dos autos do processo, permitindo-se ao magistrado que possa valer-se dele para a condenação de alguém” NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 104-105.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, de forma simples e clara, comentam sobre o tema da seguinte maneira:

Por contraditório, entende-se o direito que tem o indivíduo de tomar conhecimento e contraditar tudo o que é levado pela parte adversária ao processo. É o princípio constitucional do contraditório que impõe a conduta dialética do processo (par condition), significando que a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito de defesa de opor-se, de apresentar suas contra-razões, de levar ao juiz do feito uma interpretação jurídica diversa daquela apontada inicialmente pelo autor. O contraditório assegura, também, a igualdade das partes no processo, pois, ao garantir-se aos litigantes o contraditório, equipara-se no feito o direito de ação (da acusação) com o direito de contestação (da defesa).¹⁰

Tradicionalmente, considera-se ser o princípio do contraditório formado por dois elementos: informação e possibilidade de reação. Nessa perspectiva, as partes devem ser devidamente comunicadas sobre todos os atos processuais, abrindo-se a elas a oportunidade de reação como forma de garantir sua participação na defesa de seus interesses em juízo.

Tal conceito, no entanto, garante tão somente o aspecto formal da observância do princípio sob foco. É que, para ser substancialmente respeitado, não basta informar e permitir certa reação, mas se deve oportunizar que essa dita reação possua, no caso concreto, o real poder de influenciar o magistrado na formação de seu convencimento. Do contrário, haverá somente um texto dotado de pouca significância prática.

O princípio do contraditório parte do pressuposto que devam existir ao menos dois sujeitos com interesses opostos, podendo cada um valer-se dos diversos meios (princípio da ampla defesa) para convencer o juiz de sua inocência ou culpabilidade do outro.

Já no tocante ao princípio da ampla defesa, cabe mencionar que defesa pode ser dividida em duas: técnica e autodefesa. A primeira é obrigatória, podendo ocasionar nulidade do processo no caso de sua não-observância. É o que está disposto na Súmula 523 do STF: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo

¹⁰ PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3ª ed. Rio de Janeiro. 2010, p.74.

para o réu”. A segunda, cabe ao réu fazê-la ou não, podendo optar até mesmo em se manter inerte.

Tem-se que deixar claro que o princípio da ampla defesa não significa que pode ser trazida qualquer prova ao processo, pois continuam vedadas as provas consideradas ilícitas, violadoras do direito material ou dos princípios constitucionais; provas ilegítimas, as quais violam o direito processual; e provas irregulares, que são aquelas que embora “admitidas pela norma processual, foram colhidas com infringência das formalidades existentes”¹¹. Na verdade esta última classificação é decorrência das ditas ilegítimas, havendo autores que classificam as provas vedadas apenas como ilícitas ou ilegítimas.

2.4.4 Princípio da razoável duração do processo

Com a Emenda Constitucional 45/2004, o direito a um processo sem dilações indevidas foi expressamente alçado à categoria de direito fundamental, ainda que para parcela considerável da doutrina o art. 5º, LXXVII, da CF/88 só tenha vindo a consagrar realidade plenamente identificável no princípio do devido processo legal.

O mencionado inciso determina que é assegurado a todos “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, passando a duração do processo ser considerada um direito fundamental. O grande objetivo desse princípio é tornar efetiva a justiça, tendo em vista que, muitas vezes, embora solucionada a lide, esta se mostra ineficaz em face da demora no tramite processual.

A positivação do princípio da razoável duração do processo veio para atender a uma das exigências da sociedade brasileira, que se mostra insatisfeita com a atuação do Poder Judiciário, devido à grande morosidade. Atualmente, não resta dúvida acerca da condição de garantia fundamental do direito a um processo sem dilações desnecessárias.

¹¹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 417.

Sempre é feito nos livros de doutrina um paralelo entre a celeridade e justiça. Seria um processo mais célere aquele mais justo? Ao se exigir um tempo razoável para solução da lide se estaria promovendo a justiça ou isso feriria a busca pela verdade real?

Esses questionamentos sempre irão existir, o fato é que não se pode admitir que uma lide finde somente após longos anos, deixando a desejar no que se pode falar em eficácia, pois justiça só será feita se vier no tempo razoável, garantindo a utilidade do resultado da demanda.

A pouca aplicabilidade desse direito se deve ao fato de não estarem estabelecidos quais meios poderiam assegurar uma menor duração do processo ou mesmo sanção para o descumprimento das medidas estipuladas para aplicação do princípio.

Numa análise sobre o tema do presente trabalho, pode-se afirmar que o juiz das garantias tornará o processo mais célere? Esse é um questionamento que merece grande destaque. Há estudiosos que afirmam que sim, outros mantêm um posicionamento totalmente diverso.

Tendo em vista que o assunto será mais discutido nos próximos capítulos, a grande discussão sobre a celeridade na implantação dos juízes de garantias se dá pelo fato de não haver juízes suficientes para atuarem nos processos, tornando impossível o cumprimento dos prazos exigidos pelo CPP, por exemplo, o encaminhamento do auto de prisão para o juiz competente dentro de 24 horas. (art. 553, § 1º, PCPP).¹²

¹² Art. 553. na hipótese de representação da autoridade policial, o juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§1º A decisão que decretar a prisão temporária deverá ser prolatada dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.

2.4.5 – Princípio da imparcialidade

Por fim, o princípio da imparcialidade, considerado a grande justificativa para a implantação do juiz das garantias, prima por uma equidistância entre as partes, devendo o juiz atuar, como o próprio nome indica, de maneira imparcial, alheio a qualquer influência, julgando de acordo com as provas coletadas. Assim é o ensinamento de Marcos Alexandre Zilli:

Caracteriza-se pelo desinteresse subjetivo do juiz diante do caso posto a julgamento, ficando este impedido de servir aos interesses subjetivos de alguma das partes processuais. Deve, por consequência, atuar como um observador desapaixonado, exercendo o poder jurisdicional com isenção sem permitir que fatores alheios interfiram na condução da marcha processual e no conteúdo de sua decisão.¹³

O artigo 95 de nossa Constituição assegura aos magistrados algumas prerrogativas a fim de se ter um julgamento independente de influências, tais como a inamovibilidade, vitaliciedade e a irredutibilidade dos subsídios. Ao lado das prerrogativas, existem as vedações, que também contribuem para um julgamento isento de influências.

As causas de impedimento e suspeição encontram-se nos artigos 252, 253 e 254 do Código de Processo Penal¹⁴. Além dessas causas, o novo Código de

¹³ZILLI, Marcos Alexandre Coelho, **A iniciativa instrutória do Juiz do Processo Penal**, 2003, p. 140.

¹⁴ Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

Processo Penal, visando a garantir mais elevado grau de isenção do magistrado, prevê a criação do juiz das garantias, que participará apenas do inquérito policial, no intuito de conferir maior imparcialidade ao juiz atuante na fase processual, fazendo com que este não seja “contaminado” pelos atos ocorridos na fase pré-processual.

3 O PAPEL DO JUIZ DAS GARANTIAS

Em âmbito penal, muitas vezes, é necessária a ocorrência de duas fases para a solução do delito. Uma primeira, pré-processual, não obrigatória, dirigida pela autoridade policial, tem como principal fim a colheita de provas e indícios da autoria. Já em um segundo momento, há a fase processual, conduzida por um juiz, que ao analisar as provas e observar o contraditório, julgará o acusado.

A figura do juiz das garantias tem como principal escopo a consolidação da imparcialidade no processo. Acredita-se que o juiz, ao tomar decisões, como busca e apreensão, decretação de prisão cautelar, interceptação telefônica, ainda em âmbito do inquérito policial, viria a macular seu convencimento, atuando na fase processual com certa parcialidade.

Faz-se, assim, necessária a implantação de um juiz atuante apenas no inquérito, considerando que, mesmo com as regras de impedimento e suspeição, não se pode afirmar com absoluta certeza que a imparcialidade esteja garantida, pois esta vai além de critérios objetivos, entrando numa esfera subjetiva.

Vale mencionar o posicionamento de Prado sobre o tema: “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”.¹⁵

Mas por força do princípio da prevenção, já comentado em linhas passadas, atualmente, o juiz que intervier no inquérito será o responsável pelo o julgamento do suposto autor do delito, quebrando dessa forma o tão almejado princípio da imparcialidade.

Cabe aqui uma crítica ao critério da prevenção, tendo em vista que a imparcialidade fica debilitada, pois o juiz, ao precocemente entrar em contado com provas produzidas de forma unilateral, poderá ter seu convencimento formulado

¹⁵ PRADO, Geraldo. Sistema acusatório. **A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.p .110/111.

antes mesmo da fase processual, tendo o indiciado o que se poderia falar como sendo um julgamento antecipado. Assim aduz Cardoso ao falar que “o processo passa a ser um jogo de cartas marcadas, em que a defesa fará o papel de mero coadjuvante e legitimador de condenações, tendo em vista que teoricamente não pode existir processo sem contraditório e ampla defesa”¹⁶. Já o juiz das garantias não ficará prevento no caso de uma eventual ação penal, como ocorre atualmente, como se pode verificar no art. 75, § único e artigo 83 do CPP.

Vale deixar claro que o papel do juiz das garantias não é extinguir ou presidir o inquérito policial. O inquérito policial continuará a cargo o delegado de polícia, havendo, na verdade, apenas divisão de tarefas entre o juiz atuante no inquérito e o da fase processual, buscando garantir a imparcialidade e os direitos do acusado, visto que o inquérito, muitas vezes, assume importância tamanha para o desfecho da ação penal. Assim é o posicionamento de Amorim de Freitas:

A alteração legislativa é digna de aplauso, na medida em que promove a compatibilização entre as garantias dos acusados e a determinação judicial atinente às medidas investigatórias com a isenção e imparcialidade no que respeita ao julgamento da correspondente ação penal, purificando o processo de julgamento.¹⁷

Não se pode admitir que um juiz que tenha atuado no inquérito esteja isento de qualquer pré-conceito em relação ao acusado. Ao decidir sobre algo, há, ainda que mínima, certa “contaminação”. Analogicamente é o caso das provas ilícitas, em que sempre se afirmou que, mesmo desentranhadas do processo, o juiz ao ter contato com as mesmas estaria corrompido, já que, como se sabe, um convencimento não se pode apagar com uma borracha e esquecê-lo. Permanece sim no íntimo de quem teve contato com o fato.

Ressalte-se o modo como Zanóide de Moraes se posiciona a respeito do tema:

¹⁶ CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. **O Juiz contaminado. A superação da prevenção como critério de fixação da competência**, disponível em http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10366, acessado em 31 de maio de 2012.

¹⁷ AMORIM DE FREITAS, Adrian Soares. **O juiz das garantias no projeto do novo Código de Processo Penal**, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/17821/o-juiz-das-garantias-no-projeto-do-novo-codigo-de-processo-penal>, acessado em 31 de maio de 2012.

Quem é capaz de negar que um magistrado atuante na fase de investigação já forme sua convicção desde esse primeiro instante, sendo, não raras vezes, irrelevante a fase judicial? Com a separação na atuação judicial, conforme projetado, garante-se de forma muito mais efetiva o devido processo legal, o contraditório, o direito à prova e a presunção de inocência. Tudo porque se criou um novo sistema que assegura uma maior imparcialidade judicial e, com isso, uma maior isenção psicológica do magistrado no momento de julgar a causa. Por isso se dizer que o juiz das garantias dá maior efetivação ao princípio acusatório determinado constitucionalmente. Porque o juiz que atua na fase da investigação, embora com funções distintas, psicologicamente muito se aproxima da figura do Ministério Público, órgão cuja função é, examinando o material investigativo, analisar se tem fundamento idôneo ou não para acusar. Necessário pararmos com uma clara violação da presunção de inocência, que, por determinação constitucional, deveria orientar o juiz no curso de toda a causa. Ao se impor, nessa nossa atual legislação, que ele atue tanto em fase investigativa quanto judicial, exige-se do magistrado um comportamento inumano. Exige-se que possua uma capacidade de abstrair suas experiências anteriores com a causa (fase de investigação), para analisar se aquilo que ele “ajudou” a produzir é idôneo para acusar e, em momento apenas cronologicamente posterior, é suficiente para condenar. Ao se determinar essa atuação dúplice ao juiz, estamos empurrando-o para uma (imperceptível e psicologicamente) inexorável presunção de culpa, porquanto o magistrado assim pensa: “entendi que havia elementos para investigar e para acusar legitimamente uma pessoa, portanto, a tendência em condená-lo somente será revertida se ele (ou a sua Defesa) demonstrar que eu errei ou que desconhecia elementos a serem apresentados em juízo, caso contrário (caso não prove sua inocência, aqui está a presunção de culpa), será mantida a convicção que já possuo e já formei desde o início”; convicção imutável que passa ao magistrado uma impressão (falsa) de coerência e que reforçará na sua psique o dito “encontro da verdade real” (que, para os mais religiosos, é um encontro com a “Verdade”).¹⁸

São basicamente dois os motivos que levaram à criação do juiz das garantias. Um primeiro seria a divisão de tarefas, trazendo agilidade e eficiência, razão que levou à implantação das varas de inquérito em algumas capitais do país, como São Paulo, Curitiba e Belo Horizonte. Daí se falar em uma aposta orientada pelos resultados. Segundo, porque estaria assegurada ao juiz a liberdade de crítica aos trabalhos realizados na fase investigativa, pelo fato de não ter decidido sobre nada no inquérito, o juiz que irá sentenciar ingressa no processo sem nenhuma tendência. Silveira nos remete a certo raciocínio:

Não tendo emitido juízo sobre a oportunidade e conveniência de diligências que invadem direitos fundamentais do investigado, tampouco sobre pedidos cautelares, o magistrado entra no processo sem o peso de ter decidido a favor ou contra uma das partes. (...) Como suas impressões digitais não foram deixadas no inquérito, é razoável supor que estará em melhores

¹⁸ ZANÓIDE DE MORAES, Maurício. **"Quem tem medo do 'Juiz das garantias'?"**, *In* Boletim IBCCRIM, Ano 18, Edição Especial, Agosto 2010, p. 21.

condições de avaliar crítica e imparcialmente o trabalho desenvolvido naquela fase.¹⁹

Ora, aquele que não decide por uma interceptação telefônica, por uma prisão preventiva, por manutenção de uma prisão em flagrante ingressa no processo sem convencimento algum.

Nada mais simples e claro que a literalidade da lei. Imprescindível torna-se trazer os artigos 14 a 16 do Projeto de Código de Processo Penal – PCPP, que delineiam o papel do juiz das garantias.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XI – decidir sobre os pedidos de:

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

b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

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

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

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

XIV – arquivar o inquérito policial;

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

¹⁹ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **O Código, as cautelares e o juiz das garantias**. Revista de informação legislativa. Brasília, ano 46, nº 183. Edição especial. Julho /setembro 2009.p.77-93.

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

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

Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.

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

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

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

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

Como se observa, o rol que poderia ser taxativo traz no seu inciso XVII uma hipótese ampla, tornando impedido aquele juiz que atue na fase investigativa, além disso, estará impedido o juiz que controle a legalidade da investigação com o objetivo de salvaguardar os direitos individuais. Ele agirá somente se provocado, não impulsionando o inquérito, cabendo-lhe garantir uma regular investigação. Tem competência para atuar no desenrolar todas as infrações, exceto nas de menor potencial ofensivo, que continuarão regulamentadas pela lei 9.099/95 e como traz o PCPP obedecerão ao rito sumaríssimo (art. 257, §1º, III), e até cessar a atividade investigativa, com a propositura da ação penal.

3.1 Juiz das garantias e os direitos fundamentais

Disposto está no artigo 14 que o juiz das garantias deverá zelar pelos direitos individuais. A preocupação primordial do novo CPP é garantir total imparcialidade do juiz ao julgar, impedindo-o de formar um convencimento antecipado em relação ao acusado.

Cabe aqui a discussão acerca da perda da imparcialidade do juiz ao decidir em sede de inquérito policial. O artigo 4º do projeto do novo CPP estabelece que será vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação, devendo permanecer inerte até ser provocado, não podendo o juiz atuar de ofício, ainda que seja para beneficiar o réu.

O grande objetivo é proteger os direitos fundamentais do investigado, partindo de um pressuposto de que não necessariamente este seja o culpado do fato de delituoso, devendo o juiz das garantias zelar por esses direitos.

Faz-se necessário, primeiramente, comentar o princípio da presunção de inocência, para só então partir para comentários acerca dos principais direitos a serem preservados, os quais envolvem tanto a liberdade pessoal como patrimonial e moral.

3.1.1 Presunção de inocência

O primeiro a ser mencionado é o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, contido no artigo 5º, LVII, da CF/88: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Antes desta, todos são considerados inocentes, cabendo a restrição da liberdade somente em casos excepcionais.

A liberdade é a regra, estando esse direito previsto no *caput* do artigo 5º da CF/88, desta forma, “toda restrição que venha a incidir sobre a liberdade deve ser rigorosamente justificada e necessária: porque a liberdade é a regra; sua supressão ou restrição é exceção.”²⁰

Partindo do pressuposto que o *status* de inocência só pode ser suprimido se advindo uma sentença penal condenatória transitada em julgado, somente poderá haver prisão cautelar em casos estritamente necessários, sendo as medidas cautelares decretadas em casos que o investigado possa prejudicar de alguma forma as investigações. Com a lei 12.403/2011, a prisão só deve ser decretada em último caso, quando já não se tornar eficaz alguma das medidas cautelares que não são “tão extremas quanto o cárcere, nem tão brandas quanto a mera manutenção da

²⁰ 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, p. 39.

liberdade do agente, até então condicionada ao mero comparecimento aos atos da persecução penal (antiga redação do art. 310, CPP)".²¹

Para a decretação de uma prisão cautelar, é necessária a presença de dois requisitos, a saber: *fumus comissi delicti*, baseado na existência do crime e indícios de autoria, e o *periculum libertatis*, o qual é o perigo de o investigado estar em liberdade. O contato do juiz com os elementos da investigação pode trazer sérios riscos ao sistema acusatório, podendo até mesmo falar em proximidade com o sistema inquisitório.

3.1.2 Interceptação telefônica

Como consta no artigo 5º, XII, da CF/88, "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". O sigilo da interceptação telefônica compreende o conteúdo de conversas, sons, dados e quaisquer outras informações transmitidas ou recebidas no curso das ligações telefônicas.

A quebra do sigilo telefônico é um meio eficaz de produção de prova, porém é um recurso insidioso de violação da intimidade, não só do indivíduo alvo de investigação, mas também de terceiros, que com aquele mantiveram contato. Por se tratar de instrumento que acarreta violação a diversos princípios, sua utilização deve ocorrer somente em casos excepcionais, determinados em lei.

Somente poderá haver interceptação telefônica mediante ordem judicial, podendo o juiz agir de ofício, ou a requerimento do delegado, em sede de inquérito policial, ou do promotor, tanto no inquérito como na fase processual, sendo autorizada, de acordo com a lei 9296/96, se houver indícios razoáveis de autoria ou participação no delito, se o delito for punido com pena de reclusão e se não

²¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. Ed. Salvador, 2011, p. 656.

existirem outros meios probatórios através dos quais possam ser obtidas as mesmas informações.

O projeto do novo CPP, com a figura do juiz das garantias, traz uma inovação no que toca à quebra do sigilo determinada de ofício pelo juiz em sede de inquérito policial, pois, como já dito, o juiz das garantias agirá somente se provocado. Conforme previsto no art. 14, XI, a, do PCPP, caberá a ele: “decidir sobre os pedidos de interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação”. Tarefa, atualmente, atribuída ao juiz atuante no caso, passará a ser desempenhada, em âmbito da investigação, por um juiz específico.

No atual CPP, por se tornar preventivo, o juiz que atua no inquérito policial, será o mesmo que julgará o suposto criminoso. Impossível se afirmar que o juiz ao julgar não estará tocado pelo vício da parcialidade. Vale mencionar o ensinamento de Luiz Flávio Gomes: “o juiz que ‘busca a verdade dos fatos’, sobretudo na fase investigatória, perde completamente sua imparcialidade e, claro, não pode presidir a fase processual (propriamente dita), sob pena de nulidade absoluta”.²²

3.1.3 – Mandado de busca e apreensão

A busca e apreensão tem estreita relação com outros princípios constitucionais, como a privacidade, a intimidade da pessoa e inviolabilidade domiciliar (artigo 5º, X, XI, da CF/88).

O termo busca está relacionado à procura ou encontro de pessoas ou objetos, apreensão é sua consequência. Pode haver busca sem apreensão, sendo a recíproca verdadeira.

O mandado de busca e apreensão deve conter, de forma expressa, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo morador ou

²² GOMES, Luiz Flávio. **O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> . Acesso em 15 de maio de 2012.

proprietário, ou no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifique, devendo constar, ainda, o motivo e os fins da diligência. Se tiver de ser decretada prisão, também deverá estar presente na ordem judicial.²³

Nos casos de busca e apreensão domiciliar, o mandado somente será expedido por uma autoridade judicial, de maneira que se encontra presente, aqui, a cláusula de reserva judicial. Deve-se frisar que mesmo em se tratando de ordem expedida por juiz, o mandado de busca e apreensão deve ocorrer nos limites estabelecidos em nossa Constituição Federal, por ser “a casa asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo nela penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial”²⁴. Salvo nesta hipótese, outras autoridades poderão determinar esta medida, e como exemplo tem-se o art. 6º, II, do CPP, cujo texto afirma que a autoridade policial deverá “apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais”.

Se aprovado o projeto do novo CPP, o mandado de busca e apreensão expedido na fase investigativa ficará a cargo do juiz das garantias, o qual deverá emití-lo somente em caso de extrema necessidade, de forma a preservar a legalidade da prova a ser encontrada.

3.1.4 Direito à imagem

Classificado como direito fundamental²⁵ e da personalidade, é aquele que faculta à pessoa a possibilidade de uso de sua imagem. Contido está no artigo 20 do Código Civil, sendo proibida sua utilização caso traga algum prejuízo à honra, à boa fama ou à respeitabilidade, ou caso se destine a fins comerciais.²⁶

²³ Artigo 243, I, II, III, §1º, CPP.

²⁴ Artigo 5º, XI, CF/88.

²⁵ Artigo 5º, X, CF/88 - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

²⁶ Art. 20, CC - Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo

Pode-se fazer neste momento um paralelo entre dois direitos constitucionais: liberdade de imprensa e informação e direito à imagem. A verdade é que não se pode fazer uso da imagem de uma pessoa sem ao menos se ter uma acusação ou sentença condenatória, e o contrário é o que justamente ocorre nos programas televisivos, que tornam o noticiário um verdadeiro espetáculo, denegrindo a imagem de um indivíduo frente à sociedade, podendo trazer prejuízos imensuráveis ao suposto culpado. Há, de fato, uma verdadeira afronta ao princípio da presunção de inocência.

Não se pode negar a liberdade de imprensa, mas assim como muitos princípios, este não é absoluto, devendo ser respeitados seus limites.

3.1.5- Uso de algemas

O uso indevido de algemas tem relação direta com o direito à imagem, com constrangimento ilegal e com a integridade física, havendo mitigação de alguns princípios constitucionais, como a presunção de inocência e dignidade da pessoa humana.

Por falta de dispositivo legal, o Supremo Tribunal Federal – STF, através da Súmula Vinculante nº 11, procurou regular a utilização de algemas, afirmando ser admissível o uso, porém somente em casos excepcionais, quando houver resistência, fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a utilização ser justificada 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, conforme súmula vinculante 11 (STF). Nota-se, então, a nítida finalidade de eliminar abusos das autoridades.

da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Muitos afirmam ser a súmula inconstitucional, pelo fato de o tema não ter sido discutido em lei específica, visto que, conforme art. 22 da CF/88, cabe à União legislar sobre matéria penal e processual penal, não tendo o STF competência para tal. Haveria também confronto com o que dispõe o art. 103-A, caput, e §1º, a seguir prescrito, pelo fato de o assunto não ter sido alvo de reiteradas decisões, e pelo fato não dar validade, interpretação ou eficácia à norma alvo de confrontos entre os órgãos do Judiciário e da Administração Pública.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Apesar das críticas, há aqueles que veem com bons olhos a edição da Súmula Vinculante, como Luiz Flávio Gomes:

Os juízes e policiais radicais, amantes do Direito penal do inimigo, não podem cometer abusos nem contestar a prepotência do Estado de Polícia. Não se pode admitir a chamada Justiça penal da humilhação, que conduz a uma "anarquia institucionalizada".²⁷

O STF buscou, com a súmula, coibir qualquer abuso das autoridades no tocante ao uso de algemas. A utilização continua sendo permitida, vedando apenas seu uso indiscriminado, sem nenhuma justificativa. O que não pode ser admitido é o excesso, ferindo princípios constitucionais. O abuso na utilização das algemas cria uma situação de vexatória, de humilhação, inadmissível nos tempos atuais, quando tudo gira em torno da dignidade da pessoa humana. E será o juiz das garantias o grande responsável pela proteção dos direitos do investigado.

²⁷ GOMES, Luiz Flávio. Migálias. **Algemas: STF disciplina seu uso**. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI68509,31047-Algemas+STF+disciplina+seu+uso>. Acesso em 30.05.2012.

3.1.6 – Liberdade

O termo liberdade é bastante abrangente. Neste tópico, será tratada apenas a liberdade de locomoção, direito fundamental, que se encontra disposto no art. 5º, XV, da CF/88: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

O direito de locomoção abrange a liberdade de ir, vir e permanecer. Não é direito absoluto. Será garantido apenas em tempos de paz, podendo ser mitigado em caso de guerra, declarada ou iminente, ou de estado de sítio, como assegura o artigo 139, I, CF/88²⁸ e, por óbvio, quando for decretada a prisão, seja prisão pena, seja prisão cautelar. Aquela é decorrente de uma sentença penal transitada em julgado, esta, por sua vez, advém de uma discricionariedade do juiz ainda na fase investigativa ou no curso da ação penal, devendo ser decretada apenas em casos estritamente previstos em lei e quando estiver demonstrado o perigo que traz o investigado/acusado para a boa finalização do inquérito/ação penal.

O art. 5º, LXI, CF/88 dispõe que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Se aprovado o projeto de lei do novo CPP, o juiz responsável pelo recebimento do auto de prisão em flagrante, e análise da legalidade ou não da prisão, podendo conceder ou não a liberdade provisória, arbitrar fiança ou converter a prisão em uma medida cautelar e pela prisão da prisão provisória ainda na fase investigativa será o juiz das garantias, assim assegura os art. 14, I a V e art. 555 do PCPP²⁹.

²⁸ Artigo 139, I, CF/88 - Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I - obrigação de permanência em localidade determinada;

²⁹ Art. 555. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, deverá:

I – relaxar a prisão ilegal;

II – converter, fundamentadamente, a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os seus pressupostos legais;

III – arbitrar fiança ou aplicar outras medidas cautelares mais adequadas às circunstâncias do caso;

IV – conceder liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

3.2 Juiz das garantias e o controle da investigação criminal

Como traz o art. 14, *caput*, do projeto do novo CPP, o juiz das garantias é ainda responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal. Devendo ser comunicado imediatamente sobre qualquer prisão e abertura de inquérito policial (incisos I e IV do artigo supra). Essas comunicações dizem respeito, principalmente, aos prazos e conteúdos das investigações.

Será o grande responsável pela observância do devido processo legal, fiscalizando o funcionamento da polícia judiciária, garantindo uma investigação isenta de qualquer irregularidade.

Os prazos da investigação serão determinados com base nas condições do investigado, a depender de como se encontrar o investigado, solto ou preso, sendo maior se solto, assim como ocorre no nosso CPP. No projeto, houve apenas uma ampliação³⁰.

Como determina o PCPP no seu artigo 14, VIII, caberá ao juiz das garantias decidir sobre requerimento, feito pela autoridade policial, de prorrogação do inquérito se o investigado estiver preso, sendo necessário ouvir membro do Ministério Público, a prorrogação ocorrerá apenas uma vez, sendo a prisão relaxada mesmo que a investigação não esteja concluída.

O artigo 31, § 1º, PCPP, ao tratar sobre a investigação não concluída no caso de o investigado encontrar-se solto, dispõe que “o delegado de polícia comunicará as razões ao Ministério Público com o detalhamento das diligências faltantes, permanecendo os autos principais ou complementares na polícia judiciária para continuidade da investigação, salvo se houver requisição do órgão ministerial”. Assim, se o Ministério Público entender por necessária continuidade das investigações, não será preciso autorização para que a autoridade policial prossiga com as investigações.

³⁰ Art. 31, PCPP - O inquérito policial deve ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias estando o investigado solto. § 3º Se o investigado estiver preso, o inquérito policial deve ser concluído no prazo de 15 (quinze) dias.

Deve-se ainda deixar claro que a atividade do juiz das garantias estará pautada na inércia, devendo agir somente se houver provocação. Cabe uma observação no que tange às medidas cautelares, podendo o juiz das garantias, independente de pedido do órgão de acusação ou do acusado, modificá-las por uma que considerar mais adequada, seja por descumprimento ou por entender mais conveniente a aplicação de outra, de acordo com o caso concreto.

4 QUESTÕES DIVERSAS

Apesar de muito se falar sobre os benefícios que poderão ser trazidos com a implantação do juiz das garantias, como um julgamento mais justo, longe da parcialidade ou de abusos cometidos, os quais podem levar à ocorrência de nulidade e um descrédito da justiça, essa figura é alvo de diversas críticas.

4.1 Da dificuldade de implantação

A primeira que cabe mencionar é a dificuldade de implantação desse instituto em nosso país, dada a grande extensão territorial.

O capítulo III da Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Penal traz que além do distanciamento do juiz para com as partes, o juiz das garantias virá para otimizar a atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional.

Alguns autores acreditam ser ineficaz essa especialização junto às comarcas de pequeno porte, podendo ocorrer justamente o oposto, qual seja, a negativa da otimização. Inúmeras são as comarcas providas de apenas uma vara judicial, por consequência, existindo apenas um único juiz. Há casos, não raros, em que somente um juiz responde por várias comarcas, do que dirá ter de haver dois atuando na solução de um crime.

Dados coletados pelo Conselho Nacional de Justiça indicam que o Brasil tem uma média de oito juízes para cada cem mil habitantes, possuindo cerca de 40% das comarcas apenas um juiz ³¹. Com isso, seria inviável a criação dessa nova

³¹ Nota Técnica nº 10. Publicada no DJ-e nº 160/2010, em 01/09/2010, p. 02-04 : “ O Projeto, preocupando-se com a consolidação de um modelo acusatório, institui a figura do ‘juiz das garantias’, que será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais, sob duas preocupações básicas, segundo a exposição de motivos, a saber: a de otimizar a atuação jurisdicional criminal e a de manter o distanciamento do juiz incumbido de julgar o processo. Contudo, a consolidação dessa ideia, sob o aspecto operacional, mostra-se incompatível com a atual estrutura das justiças estadual e federal. O levantamento efetuado pela

figura, pois o magistrado ao atuar no inquérito policial, tornar-se-ia impedido de atuar no processo, devendo ser chamado para atuar no processo outro, de outra comarca, tendo em vista a defasagem de juízes, isso, muita vezes, poderia ir de encontro com alguns princípios que regem o processo penal, como o da celeridade. Muito difícil, senão impossível, seria o cumprimento de prazos estabelecidos no Código.

A solução encontrada foi a criação da “regionalização do instituto do juiz das garantias”, mas logo veio a crítica no tocante a distância entre os juizados-polos e as comarcas, podendo a distância entre estes ser maior que entre comarcas vizinhas, não podendo ser solução do problema.

Devido a diversas críticas, o Senado optou por um prazo diferenciado para implantação desse instituto, sendo maior nas comarcas de pequeno porte. Constava no artigo 701 do Substitutivo 1 do projeto que a regra de impedimento do artigo 16 entraria em vigor no prazo de 3 (três) anos da publicação do Código, e em 6 (seis) anos, no caso de comarca com apenas 1(um) juiz. Apesar de ter recebido apoio no tocante ao estabelecimento de um prazo, a última redação do Projeto de Lei 156/2009 não continha mais um prazo determinado, o que, a meu ver, pode trazer uma maior demora a implantação do juiz das garantias, partindo do propósito que muitos prazos estabelecidos previamente não são cumpridos, o que dirá de prazo indeterminado. Isso poderia gerar uma faculdade na implantação. A justificativa dada foi a de que o prazo de três anos seria insuficiente, sendo melhor cada comarca procurar estabelecer essa inovação de acordo com suas dificuldades.

Apesar de toda dificuldade que gira em torno da implementação do juiz das garantias, são inegáveis os benefícios que serão gerados, fortalecendo a tão

Corregedoria Nacional de Justiça no sistema Justiça Aberta revela que 40% das varas da Justiça Estadual no Brasil constituem-se de comarca única, com apenas um magistrado encarregado da jurisdição. Assim, nesses locais, sempre que o único magistrado da comarca atuar na fase do inquérito, ficará automaticamente impedido de jurisdicionar no processo, impondo-se o deslocamento de outro magistrado de comarca distinta. Logo, a adoção de tal regramento acarretará ônus ao já minguado orçamento da maioria dos judiciários estaduais quanto ao aumento do quadro de juízes e servidores, limitados que estão pela Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como no que tange ao gasto com deslocamentos e diárias dos magistrados que deverão atender outras comarcas. Ademais, diante de tais dificuldades, com a eventual implementação de tal medida haverá riscos ao atendimento do princípio da razoável duração do processo, a par de um perigo iminente de prescrição de muitas ações penais. Também é necessário anotar que há outros motivos de afastamentos dos magistrados de suas unidades judiciais, como nos casos de licença, férias, convocações para Turmas Recursais ou para composição de Tribunais.

desacreditada justiça em nosso país. Merece destaque o comentário de Luiz Flávio Gomes:

Claro que alguns tribunais alegarão razões orçamentárias para não se implantar o juiz das garantias, mas quem acha que isso representa um alto custo é porque ainda não parou para quantificar o prejuízo que vem causando o sistema atual, que tem dado ensejo a muitos e exorbitantes abusos (que geram nulidades), sem contar o desprestígio para a própria justiça criminal (que é posto em relevo pela mídia, influenciando a percepção negativa da população quanto ao funcionamento da Justiça). Nada disso, evidentemente, contribui para o aprimoramento do nosso Estado constitucional e humanista de direito, fundado na legalidade, constitucionalidade e convencionalidade do seu ordenamento jurídico.³²

Há de se convir que a proposta é uma excelente inovação, não se podendo dificultá-la por causa das menores comarcas. Como diz Fabiano Silveira³³, a exceção viraria regra e a regra exceção, vista a possibilidade de viabilidade nas comarcas de grande porte, nas quais estão presentes a maioria dos litígios do país.

Não se pode negar a escassez de recursos do Judiciário, o número limitado de servidores e uma grande demanda de processos, mas nem por isso o tema em questão deve ser visto como impossível. Pensando dessa maneira nunca nossa justiça evoluirá, porque a falta recursos sempre existirá e sempre poderá ser arguída, tornando-se um obstáculo na evolução processual.

E vale ressaltar que a reserva do possível³⁴ não é mais aceita como impeditivo na implementação de políticas públicas estatais.

O Estado, muitas vezes, utiliza o argumento da falta de orçamento, insuficiência de recursos para não implantar políticas públicas, passando a não assegurar os direitos fundamentais sociais, agindo assim em desrespeito à Constituição mediante uma inércia governamental. Dessa forma entende o Ministro Celso de Melo no julgamento da ADPF 45:

³² GOMES, Luiz Flávio. Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. **O juiz das garantias projetado pelo novo CPP**. Disponível em: <http://www.ipclfg.com.br/novo-cpp-2/o-juiz-das-garantias-projetado-pelo-novo-cpp/>. Acesso em 15 de maio de 2012.

³³ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **O Código, as cautelares e o juiz das garantias**. Revista de informação legislativa. Brasília, ano 46, nº 183. Edição especial. Julho /setembro 2009.p.77-93.

³⁴ A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. (BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.236.)

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “*reserva do possível*” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (STF, RE 436.996/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 29.04.2004, DJ de 04.05.2004, p.8.)

Cabe ao Estado organizar-se a fim de garantir o cumprimento dos princípios estabelecidos na Constituição.

4.2 Da celeridade

Alguns afirmam³⁵ que a implantação do juiz das garantias trará maior morosidade ao desfecho de uma lide. Mas é totalmente impertinente esta afirmação. Havendo um magistrado responsável por resolver questões apenas na fase investigativa a tendência será trazer uma maior agilidade aos procedimentos.

Haverá uma verdadeira divisão de tarefas, em que um magistrado ficará responsável por decisões em âmbito investigativo, e outro decidirá somente após a instauração da ação penal. Assim, o juiz da fase processual não terá mais de interromper seu trabalho para analisar questões referentes ao inquérito, o que poderá torna mais célere o andamento dos processos.

A existência de um juiz especializado, responsável por decidir acerca das diligências em âmbito do inquérito policial e pelo controle da legalidade, nesta fase, impedindo a ocorrência de ilegalidades, que, muitas vezes, são causas da morosidade de nossa justiça, tornará o processo mais eficaz, justo e ágil.

³⁵ Mauro Fonseca de Andrade, Abel Fernandes Gomes, dentre outros.

4.3 Da (in)constitucionalidade e da necessidade de previsão constitucional

Há quem diga ser a figura do juiz das garantias inconstitucional³⁶, por ferir o art. 60, §4º, IV, CF/88³⁷, considerando que o inquérito é um direito fundamental e, por isso, cláusula pétrea. Esses críticos erram por não compreenderem a fundo o papel do juiz das garantias, acreditam que com a introdução desse personagem ao cenário jurídico brasileiro haveria como consequência a extinção do inquérito policial. Ocorre que essa ideia é equivocada. Como já se falou em linhas passadas, o juiz das garantias não irá presidir o inquérito, muito menos extingui-lo, terá a função simplesmente de preservar os direitos fundamentais do investigado, fiscalizar a legalidade dos atos, além de decidir sobre os procedimentos a serem realizados na fase investigativa.

Não há de se falar também em necessidade de previsão constitucional, pois não há a criação de nova competência, existindo apenas uma divisão de tarefas, é a chamada competência funcional, que pode ser classificada em: de acordo com as fases do procedimento, pelo grau de jurisdição e pelo objeto do juízo. O juiz das garantias encontra-se relacionado com a primeira classificação, é apenas um magistrado com funções específicas.

A Constituição Federal estabelece rigorosamente as competências do Poder Judiciário, mas dá ampla liberdade no tocante à organização judiciária, a qual diz respeito à estrutura e à distribuição dessa competência, conforme seus artigos 22, XVII, e 125, §1º.³⁸

³⁶ BARROS FILHO, Mário Leite de. Jus Navegandi. **Da inconstitucionalidade do juiz de garantias**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12302>>. Acesso em: 8 jun. 2012

³⁷ Art. 60, §4º, IV, CF/88 - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

³⁸ Art. 22, CF/88 - Compete privativamente à União legislar sobre: XVII - organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes;

Art. 125, CF/88 - Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

A criação do Juiz das Garantias se firma nessa liberdade estrutural do Judiciário, não havendo desrespeito algum à Constituição Federal no que atine à competência, sendo apenas alteração organizacional.

5 CONCLUSÃO

Considerando, primeiramente, que o sistema processual penal acusatório exige uma separação de funções: acusar, defender e julgar, e tem como escopo um julgamento isento de qualquer influência, primado na imparcialidade, foi proposta a criação, pelo Projeto de Lei nº 156/2009, de iniciativa do Senado Federal, como forma de consagração desse sistema, da figura do juiz das garantias, um magistrado atuante apenas na fase pré-processual, protetor dos direitos do investigado e fiscal da legalidade dos procedimentos na fase investigativa. Cabe destacar que, ao participar do inquérito policial, este magistrado estará impedido de atuar em fase posterior, a processual.

O juiz das garantias pretende ao separar as figuras do magistrado que atua na fase investigativa daquele que instrui e julga o processo favorecer a imparcialidade dos magistrados, tão cara à estrutura do Estado Democrático de Direito. Tal instituto encontra-se delineado nos arts. 14 a 16 do Projeto do novo Código de Processo Penal.

Além disso, ao se criar juízes especializados, cuja atuação esteja concentrada nos atos jurisdicionais e em decisões relativas ao inquérito policial, a razoável duração do processo é favorecida, ante a divisão do trabalho.

O instituto apesar de inédito em nosso país, já foi implantado em vários outros, como Chile, Portugal, Paraguai, Colômbia, Itália, tendo se mostrado bastante eficaz nesses países, ao consagrar princípios basilares de uma democracia. No próprio Brasil, em alguns estados, São Paulo, Minas Gerais e Paraná, há as chamadas varas de inquérito, bastante semelhantes à proposta do novo Código de Processo Penal. Daí se falar em uma aposta orientada pelos resultados, visto que tais varas em muito têm contribuído no andamento dos processos.

Apesar das dificuldades de implantação do referido instituto, tendo em vista a grande extensão territorial e o imenso número de comarcas com apenas um magistrado, havendo, até mesmo, comarca sem juiz algum, a introdução desse novo personagem ao ordenamento jurídico nacional se mostra como uma boa opção para

consagração de princípios que norteiam o sistema processual acusatório e, por consequência, o Estado Democrático de Direito.

A falta de recursos sempre é usada como justificativa para a negativa de avanços em nossa sociedade, assim como ocorre com a inexistência de Defensoria Pública em alguns estados da federação e com a superlotação dos presídios. A verdade é que em nosso país, muitas vezes, o dinheiro destinado a fins sociais é desviado, assim o grande empecilho estar não na falta de recursos, mas na maneira errônea como eles estão sendo utilizados. É necessária uma reorganização orçamentária, não só relacionada ao Poder Judiciário, mas a todos os poderes, com intenso combate à corrupção.

Não se pode admitir que as imperfeições estruturais do nosso Poder Judiciário venham trazer sua estagnação. Há de se abrir espaço às inovações a fim de tornar nosso processo cada vez mais democrático. Lógico que a implantação desse instituto não deve ocorrer de imediato, mas sim de forma progressiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. Curitiba. Juruá Editora. 2011.

AMORIM DE FREITAS, Adrian Soares. **O juiz das garantias no projeto do novo Código de Processo Penal**, disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/17821/o-juiz-das-garantias-no-projeto-do-novo-codigo-de-processo-penal>>, acessado em 31 de maio de 2012.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS. Marcos Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

BARROS FILHO, Mário Leite de. Jus Navegandi. **Da inconstitucionalidade do juiz de garantias**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12302>>. Acesso em 8 de junho de 2012.

CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. **O Juiz contaminado. A superação da prevenção como critério de fixação da competência**, disponível em <http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10366>, acessado em 31 de maio de 2012.

GOMES, Abel Fernandes. **“JUIZ DAS GARANTIAS”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010

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.

GOMES, Luiz Flávio. **O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> . Acesso em 15 de maio de 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Migálias. **Algemas: STF disciplina seu uso**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em 30.05.2012.

LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

MAYA, André Machado. **O juiz das garantias no projeto de reforma do Código de Processo Penal**. Boletim IBCRIM. Ano 17. Nº 204. Novembro. 2009.

MAYA, André Machado. **Outra vez sobre o juiz de garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural**. Boletim IBCCRIM nº 215 - Outubro / 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso De Processo Penal**. 16ª Edição. Ed. Atlas. 2012.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo; **Direito Constitucional Descomplicado**. 3ª ed. Rio de Janeiro. 2010

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório. **A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.p .110/111.

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

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**.13, ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **O Código, as cautelares e o juiz das garantias**. Revista de informação legislativa. Brasília, ano 46, nº 183. Edição especial. Julho /setembro 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. Ed. Salvador, 2011.

ZANÓIDE DE MORAES, Maurício. **"Quem tem medo do "Juiz das garantias"?"**, In Boletim IBCCRIM, Ano 18, Edição Especial, Agosto 2010.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho, **A iniciativa instrutória do Juiz do Processo Penal**, 2003.

CHILE. **CODIGO PROCESAL PENAL**. Ley nº 19.696. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>. Acesso em: 09 de junho de 2012.

PORTUGAL. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=199&pagina=1&tabela=leis&nversao=>>. Acesso em 09 de junho de 2012.