

A BUSCA PELA ADEQUAÇÃO AOS PRECEITOS DO SISTEMA ACUSATÓRIO: O CONTROLE DA LEGALIDADE NO CURSO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO JUÍZO DAS GARANTIAS

THE SEARCH FOR THE ACCURACY OF THE ACCUSED SYSTEM: THE CONTROL OF LEGALITY IN THE COURSE OF CRIMINAL INVESTIGATION BY THE COURT OF WARRANTIES

Camila Sallum *

Resumo

O Projeto de Lei do Senado nº. 156 de 2009 busca inserir ao ordenamento jurídico brasileiro a figura do juiz das garantias, bem como delimitar suas competências, estabelecendo ser este “o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais”. Não raras vezes, há discrepâncias em relação à função jurisdicional e ao direito processual penal, posto que este último, usualmente, é visto, apenas, como ferramenta capaz de satisfazer a pretensão punitiva estatal. Nesse contexto, o estudo aqui proposto busca abordar a problemática da não observância dos preceitos do sistema acusatório, bem como analisar as principais divergências entre os procedimentos chileno e brasileiro, de modo a verificar se o juízo das garantias, já adotado no Chile, se amoldará ao processo penal do Brasil.

Palavras-chave: Investigação Criminal. Juiz das Garantias. PL n.º 156/2009. Sistema Acusatório.

Abstract

Senate Bill 156 of 2009 seeks to insert into the Brazilian legal system the role of the judge of guarantees, as well as to delimit its powers, establishing that it is "responsible for controlling the legality of criminal investigation and for safeguarding individual rights." Very often, there are discrepancies in relation to the jurisdictional function and the criminal procedural law, since the latter is usually only seen as a tool capable of satisfying the state's punitive claim. In this context, the study proposed here seeks to address the problem of non-compliance with the accusatory system's precepts, as well as to analyze the main differences between the Chilean and Brazilian procedures, in order to verify whether the guaranty judgment, already adopted in Chile, To criminal proceedings in Brazil.

Keywords: Criminal Investigation. Guarantee Judge. PL n.º 156/2009. Accusing System.

Artigo submetido em 10 de Fevereiro de 2018 e aprovado em 14 de Abril de 2018.

* Especialista em Ciências Penais e Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada Criminalista. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7677657772929555>. E-mail: camilasallum.adv@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Influenciado pelo Regime Ditatorial de Vargas, o Código de Processo Penal foi criado em 1941, alicerçado pela Constituição da República de 1937. Com o advento da Constituição de 1988, a legislação processual penal se manteve ultrapassada, possuindo, ainda, resquícios do período inquisitivo.

No intuito de reparar tais falhas e buscar a evolução do procedimento brasileiro, foi criado em 2009 o PLS n.º 156, recepcionado pela Câmara dos deputados em 2010 (PL n.º 8.045). Uma das inovações trazidas pelo CPP projetado foi o chamado juiz das garantias, já adotado no sistema chileno. A partir daí, tendo em vista o protagonismo exacerbado do magistrado no modelo brasileiro e a falta de observância às regras do sistema acusatório, adotado pela CR/88, optou-se por pesquisar quais as competências e formas de atuação dessa nova figura processual.

Para melhor ser compreendida, preliminarmente, se examinará os sistemas processuais penais e suas diversidades, bem como os sujeitos integrantes de uma relação jurídica e seus papéis frente à investigação preliminar. Em seguida, proceder-se-á ao estudo comparado entre os sistemas brasileiro e chileno. Subsequentemente tratará sobre as funções do juízo das garantias, dentro da perspectiva, de que “o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos na Constituição” (LOPES JR., 2014, p. 281).

Por fim, proporá determinadas mudanças ao PLS n.º 156, no que concerne aos capítulos I e II e responderá: a figura do juiz das garantias se adequará a realidade do Judiciário brasileiro?

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

É inviável analisar os sistemas processuais sem que antes se esclareça que no processo penal, sistema “é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político do Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto” (RANGEL, 2014, p. 46).

Em um Estado Democrático de Direito de Direito, o sistema acusatório é garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado. A contrário *sensu*, no Estado totalitário,

em que a repressão é a mola mestre e há supressão dos direitos e garantias individuais, o sistema inquisitivo encontra sua guarida (RANGEL, 2014, p. 47).

Historicamente, os sistemas processuais penais são subdivididos em três modelos distintos: acusatório, inquisitório e misto.

Oriundo do Direito grego, o sistema acusatório é regido pelo princípio “*Nemo in iudicium tradetur sine accusatione*”, no qual ninguém pode ser levado a juízo sem uma acusação.

É caracterizado pela paridade de armas entre as partes, sendo “vedada qualquer iniciativa probatória do julgador, salvo se complementar” (ROSA, 2017, p. 288).

Em regra, o processo é público e deve respeitar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição da República). Nas palavras de Aury Lopes Júnior (2014):

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo.

O ato de “contradizer” a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petitoria) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética (LOPES JR., 2014, p. 220-221).

Nesse sentido, o contraditório decorre do princípio *audiatur et altera pars*, “pois obriga que a reconstrução da “pequena história do delito” seja feita com base na versão da acusação (vítima), mas também com base no alegado pelo sujeito passivo” (LOPES JR., 2014, p. 221).

Também fundada no artigo 5º, LV, da Constituição da República, a ampla defesa, segundo NUCCI (2007), concede ao acusado “o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação” (NUCCI, 2007, p. 78).

Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e de dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal (NUCCI, 2007, p. 78).

Em tese, é considerado o sistema adotado pelo Brasil.

Já “o Sistema Inquisitório aparece no âmbito da Igreja Católica e tem seu marco histórico (1215) em face do IV Concílio de Latrão” (COUTINHO, 2009, p.104). Os poderes se concentravam totalmente nas mãos do julgador, responsável por investigar, dirigir, acusar e julgar.

De caráter sigiloso e escrito, sem qualquer debate oral, tal procedimento é caracterizado pela ausência de isonomia entre os sujeitos ativo e passivo, bem como pela inobservância ao contraditório e à ampla defesa, já conceituados linhas retro.

Surgido logo após a Revolução Francesa, o Sistema Misto

uniu as virtudes dos dois anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório (NUCCI, 2012, p. 125).

Conforme Eugênio Pacelli (2014),

alguns alegam que a existência do inquérito policial na fase pré-processual já seria, por si só, indicativa de um sistema *misto* [...]. No que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema *processual* há de limitar-se ao exame do *processo*, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é *processo*, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação (PACELLI, 2014, p. 14).

3 O PAPEL DOS SUJEITOS PROCESSUAIS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Incumbida de fornecer justa causa para embasar a denúncia, a investigação criminal pode ser realizada em suas diversas formas, seja por meio de inquérito policial – procedimento de natureza inquisitorial, realizado pela polícia judiciária, ou pelas “Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), autoridades florestais, por agentes da Administração (sindicâncias e processos administrativos), pelo promotor de justiça, presidindo o inquérito civil, dentre outras” (NUCCI, 2012, p. 154).

Para que ocorra a constituição e desenvolvimento do processo, a relação jurídica entre partes e o juiz deve ser pública, havendo menor interferência estatal possível, de modo a promover maior interlocução elas.

3.1 O Juiz

Garantidor dos direitos fundamentais e da observância do sistema acusatório, o juiz não tem a missão de atuar para suprir necessidades do Estado, mas sim de “garantir as regras operacionais do jogo processual em face da imparcialidade (afastamento objetivo e subjetivo da estratégia dos jogadores)” (ROSA, 2017, p. 330).

Não pode o magistrado ir “atrás” de provas para produzi-las de ofício. Estas devem ser obtidas em contraditório e se colhidas na fase investigativa, renovadas durante a fase instrutória, conforme explana Tourinho Filho:

Valer-se de provas colhidas no inquérito e que não foram renovadas em juízo seria violentar a regra contida no art. 5º, LV, da Magna Carta. Por isso mesmo intercalou-se, no corpo do caput do art. 155 do CPP, uma oração gerundiva com valor coordenativo-alternativo “não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação...”, vale dizer, ele forma sua convicção com respaldo nas provas colhidas em contraditório judicial, não podendo fazê-lo com aquelas obtidas unilateralmente nas investigações; do contrário, o princípio do contraditório seria malferido (TOURINHO FILHO, 2013, p. 67-68).

Lima assevera que

Recai sobre o juiz, portanto, o poder-dever de aplicar o direito objetivo ao caso concreto, de maneira imparcial, substituindo-se à vontade das partes, pondo fim ao conflito entre a pretensão punitiva do Estado e o interesse do acusado na preservação de sua liberdade individual (LIMA, 2014, p. 1138).

Desse modo, devem ser observados, em qualquer fase do procedimento, os princípios do juiz natural e imparcial, de maneira a se garantir o equilíbrio da relação processual.

3.2 Ministério Público

É o órgão encarregado pelo controle externo e atuação requisitória, visando a formação da *opinio delicti*, devendo ser sua atuação impessoal. Nas palavras de Fernando Costa Tourinho Filho, a este compete “a defesa da ordem jurídica, a do regime democrático e a dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (TOURINHO FILHO, 2013, p. 419).

Muitas foram as discussões acerca da admissibilidade ou não da investigação criminal pelo órgão ministerial. No entanto, tal controvérsia

[...] restou superada pela decisão do STF no julgamento do REExt. 593.727, com repercussão geral e caráter obrigatório, segundo a qual, por maioria, a Corte fixou que o Ministério Público possui competência para promover, por si, em prazo razoável, investigações de qualquer natureza, inclusive penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observada a reserva da Jurisdição e as prerrogativas dos advogados, com controle jurisdicional dos atos praticados (ROSA, 2017, p. 420).

Assim, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, a investigação pelo Ministério Público é permitida, tendo em vista ser esta compatível com suas finalidades constitucionais.

3.3 Investigado e seu defensor

Estabelece o artigo 14 do CPP que o “ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade” (BRASIL, 1941).

O legislador é claro ao afirmar que o investigado e seu defensor podem se valer da investigação defensiva a fim de contribuir para o controle da legalidade, dos direitos fundamentais e aferição da lisura dos atos da investigação, sendo direito do advogado o acesso às provas já documentadas.

Nesse diapasão, inobstante ser o inquérito policial procedimento administrativo e sigiloso, não é defeso ao advogado consultar autos correspondentes à investigação. É o que leciona Guilherme de Souza Nucci (2012):

O sistema processual penal foi elaborado para apresentar-se equilibrado e harmônico, não devendo existir qualquer instituição superpoderosa. Note-se que, quando a polícia judiciária elabora e conduz a investigação criminal, é supervisionada pelo Ministério Público e pelo Juiz de Direito. Este, ao conduzir, a instrução criminal, tem a supervisão das partes – Ministério Público e advogados. **Logo, a permitir-se que o Ministério Público, por mais bem intencionado que seja, produza de per si investigação criminal, isolado de qualquer fiscalização, sem a participação do indiciado, que nem ouvido precisa ser, significaria quebrar a harmônica e garantista investigação de uma infração penal. Não é pelo fato de ser o inquérito naturalmente sigiloso que o acesso do advogado, por exemplo, é vedado. Ao contrário, trata-se de prerrogativa sua consultar quaisquer autos de inquérito, especialmente quando já há indiciado cliente seu** (NUCCI, 2012, p. 155) (grifos nosso).

Complementa, ainda, Alexandre Morais da Rosa (2017):

Diante da tendência democrática à paridade de armas (STF, HC, 83.225), pode-se defender que paralelamente a defesa está autorizada a inventariar e investigar os elementos materiais e testemunhais relevantes para o exercício pleno da ampla defesa,

inclusive evitando a instauração da ação penal por ausência de justa causa. Embora não possua o poder de requisição, nem os inerentes à função pública investigadora, o defensor, protagonista da investigação defensiva, pode utilizar a Lei de Acesso à Informação e requerer busca e apreensão. O levantamento preliminar defensivo pode auxiliar no requerimento de diligências a ser formulado perante a autoridade investigante, assim como o pedido de busca e apreensão defensivo. A apuração estará marcada pela unilateralidade, desprovida de eficácia probatória, mas poderá ser relevante para o contexto processual para maior profundidade da investigação, intervenção direta do investigado antes da instrução formal da ação penal e direcionamento da estratégia defensiva, além de apontar lacunas na investigação estatal, capazes de justificar a incidência da ‘perda de uma chance’ (ROSA, 2017, p. 427).

Por ser de suma importância, a investigação defensiva também é objeto de destaque no que concerne à reforma processual penal, posto que já é adotada nos Estados Unidos, na Itália e em outros países.

4 PROCEDIMENTO BRASILEIRO X PROCEDIMENTO CHILENO

Antes de proceder à análise acerca das divergências existentes entre os procedimentos brasileiro e chileno, preliminarmente se faz necessário esclarecer que o procedimento corresponde à sucessão de atos processuais destinados a um determinado fim. Traduz-se em direito fundamental que visa garantir a ampla defesa e o contraditório. “Os procedimentos constituem, assim, a forma de desenvolvimento do processo, delimitando os caminhos a serem seguidos na apuração judicial do caso penal” (PACELLI, 2014, p. 678).

Vicente Greco Filho explica que “para cada tipo de processo há uma variedade de procedimentos. Como o processo é instrumental, a lei prevê um procedimento adequando a determinadas espécies de questões de direito material” (GRECO FILHO, 1999, p. 394).

4.1 Procedimento Brasileiro

4.1.1 Fase Postulatória

Posterior à fase investigatória, a postulação nada mais é que a manifestação do órgão acusador através do oferecimento da denúncia (ação penal pública) ou mediante representação do ofendido, por meio da queixa (ação penal privada), nos termos do artigo 41 do CPP.

Nesse contexto, a ação penal é conceituada tecnicamente como

[...] o direito do Estado-acusação ou do ofendido de ingressar em juízo, solicitado a prestação jurisdicional, representada pela aplicação das normas de direito penal ao caso concreto. Através da ação, tendo em vista a existência de uma infração penal precedente, o Estado consegue realizar a sua pretensão de punir o infrator (NUCCI, 2012, p. 188-189).

Os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários se divergem quanto ao termo inicial da ação penal. O autor Guilherme de Souza Nucci afirma que esse se dá “pelo oferecimento da denúncia ou da queixa, independente do recebimento feito pelo juiz” (NUCCI, 2012, p. 192). Em contrapartida, Eugênio Pacelli de Oliveira e a jurisprudência dominante (STJ e STF), entendem que a ação penal tem seu marco inicial com o recebimento da peça acusatória.

Depois de ofertada a exordial acusatória, ocorre seu “recebimento”, seguido pela reação defensiva, traduzida em defesa preliminar. Subsequentemente há o juízo de admissibilidade da dita acusação, em que o magistrado ratificará ou não o ora recebimento. Assim, o juízo

de admissibilidade da acusação é também chamado de juízo de preliberação, ou seja, é o momento crucial onde o Estado-juiz irá dizer se existem ou não fundamentos para que o exercício da pretensão acusatória seja levado a diante pelo Ministério Público (RANGEL, 2014, p. 546).

4.1.2 Fase Instrutória

Elucida Aury Lopes Júnior (2014) que:

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, **reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico**. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime) (LOPES JR., 2014, p. 549) (grifos do autor).

A partir daí, depreende-se que a fase instrutória diz respeito à importância do procedimento no tocante à gestão probatória, realizada através da juntada de documentos, oitiva de testemunhas, requerimento de perícias, etc. A prova tem por objeto “a veracidade da imputação penal feita pelo Ministério Público em sua peça exordial, com todas as suas circunstâncias” (RANGEL, 2014, p. 464).

Assim, resta claro que tal etapa do procedimento processual penal tem por escopo a futura convicção do julgador, que será materializada na fase decisória, estudada a seguir.

4.1.3 Fase Decisória

É a etapa em que o juiz, após formar sua convicção, proferirá a sentença, que terá natureza condenatória, declaratória, constitutiva, mandamental ou mista, conforme leciona Guilherme de Souza Nucci:

Pode ser *condenatória*, quando julga procedente a pretensão punitiva do Estado, fixando exatamente a sanção penal devida, até então abstratamente prevista, a ser exigida pelo acusado.

Pode, ainda, ser declaratória, quando absolver ou julgar extinta a punibilidade. No caso da absolvição, consagra o estado de inocência, inerente a todo ser humano, desde o nascimento. Portanto, nada constitui, nenhum direito gera ou cria, mas apenas declara o natural, ainda que fundamentado em diversas razões.

Há, também, as sentenças constitutivas, mais raras no processo penal, mas possíveis, como ocorre com a concessão de reabilitação, quando o Estado revê a situação do condenado, restituindo-lhe direitos perdidos, pela força da condenação definitiva.

Registremos, por fim, as sentenças *mandamentais*, que contêm uma ordem judicial, a ser imediatamente cumprida, sob pena de desobediência, encontradas no cenário do *habeas corpus* e do mandado de segurança. Julgamos possível haver sentenças de natureza mista, como ocorre com a concessiva de perdão judicial (NUCCI, 2012, p. 659-660).

Destarte, a fase decisória é a materialização da tutela jurisdicional do Estado, vinculada aos debates e provas colhidas sob o contraditório.

4.1.4 Fase Recursal

O sistema recursal está ligado à impugnação, voluntária, das decisões judiciais pelas partes, visando sua reforma. Nestor Távora conceitua recurso como o “remédio de combate a determinado provimento, dentro da mesma relação jurídica processual, propiciando a sua re-analise” (TÁVORA, 2012, p. 931).

No Brasil, o aludido sistema

é complexo e com grande número de oportunidades de recorrer, prevendo, em certas situações, até quatro instâncias, mas tal complexidade é inevitável tendo em vista o nosso sistema político e a importância do direito de liberdade, cuja tutela não pode sofrer restrições (GRECO FILHO, 1999, p. 348-349).

4.2 Procedimento Chileno

O sistema processual penal chileno segue um modelo acusatório formal oriundo da Revolução Francesa, tendo como característica principal a distribuição de poderes.

4.2.1 Fase Investigativa

O processo penal tem início quando a *fiscalía* decide investigar a suposta prática de um delito.

A investigação é conduzida pelo *parquet* com o auxílio da polícia, não existindo a discussão de quem preside o inquérito. Para a produção das provas, submete-se o pedido ao juiz de garantias, toda vez que encerrar-se uma medida restritiva (RAVAZZANO, 2016).

Esses magistrados são os responsáveis por controlar a legalidade das investigações.

4.2.2 Fase Intermediária

Encerrada a investigação, o fiscal optará, em audiência, por desistir de propor a ação penal (pelo fato de não reunir elementos probatórios necessários) ou por acusar o imputado, cujo caso passará para a etapa do júízo oral.

Dessa maneira, é adotado princípio da conveniência da ação penal: caso não haja elementos suficientes para o oferecimento da denúncia, as peças com conteúdo investigativo são arquivadas.

4.2.3 Júízo oral

É posterior à fase intermediária e também chamada de audiência de instrução. Nesta etapa atuam “os juízes da vara e não do processo, mesmo porque os magistrados não possuem acesso ao processo físico: tomam conhecimento da ação no momento da audiência buscando garantir o máximo de imparcialidade possível” (RAVAZZANO, 2016).

Os tribunais de júízo oral são encarregados de solucionar assuntos de maior complexidade, diferentemente do que compete ao juiz das garantias.

4.3 Principais pontos divergentes entre os dois sistemas

Após realizar um curso ofertado pelo CEJAS e acompanhar diretamente todas as etapas do procedimento chileno, Fernanda Ravazzano fez a seguinte comparação em relação ao procedimento vigente no Brasil:

Dentre as principais diferenças, destacamos a postura do Ministério Público, o funcionamento do juízo das garantias, a audiência intermediária e a postura do poder judiciário na fase do juízo oral, preservando-se a imparcialidade, o contraditório e a ampla defesa.

[...]

Assistimos, perplexos, a *fiscalía* (Ministério Público), partilhar com a defesa as provas produzidas se esconder o jogo, em postura aberta. Acompanhamos o réu ter voz e o juiz prestar atenção em sua fala. Percebemos que o *parquet* só oferecia a denúncia se, de fato, entendesse que poderia ter um resultado positivo (condenação) ao final do juízo oral e se somente tal postura pudesse ser adotada, pois o Chile adota-se o princípio não da obrigatoriedade da ação penal, como no Brasil, mas na conveniência. Se for possível resolver a demanda de outra forma, como a justiça restaurativa, ela será empregada.

[...]

Outrossim, merece destaque o respeito e preocupação com a vítima e as testemunhas. Se elas não se sentem seguras e confortáveis para falar diante do imputado, protege-se sua intimidade no momento da audiência, sem se descuidar das garantias do réu. Explico: a promotoria providencia o uso de biombos ou disfarces da vítima/testemunhas para preservá-las e garantir que o imputado/acusado acompanhe integralmente seu depoimento (RAVAZZANO, 2016) (grifos nosso).

Em que pese o modelo chileno também ser passível de reparos (como no tocante ao interrogatório do réu, que se dá no início da audiência), este se sobressai positivamente em detrimento do Brasil, por ser visto com modelo autenticamente acusatório, sem exacerbados “ranços” inquisitórios.

Como citado linhas retro, tal sistema se destaca: no tocante à adoção do princípio da conveniência; quanto ao fato de as partes não serem surpreendidas em relação às provas, posto que são partilhadas entre elas e produzidas durante as audiências; em relação à precaução e cuidado para com o ofendido; no que tange à genuína atenção despendida ao réu, etc.

A partir de então, vê-se quanto o Brasil é “atrasado” em relação ao modelo chileno, visto que tais práticas são inusitadamente ou nunca adotadas pelo procedimento aqui vigente.

5 O JUIZ DAS GARANTIAS NO PLS N.º 156/09

5.1 Atuação e competência

Alicerçado por outros sistemas processuais e objetivando cabalmente a modificação do CPP brasileiro, o PLS n.º 156/09, também conhecido como PL n.º 8.045/10, “abraçou a ideia da criação de um órgão jurisdicional específico para zelar pelos direitos fundamentais e pela regularidade da tramitação da investigação” (CHOUKR, 2015).

Já adotado pelo modelo chileno, o pretense juiz das garantias busca reduzir o protagonismo do magistrado e evitar sua contaminação ideológica, de maneira a afastar o julgador do mérito, dos fatos anteriores à propositura da ação penal. É incumbido a este a atuação na fase de investigação preliminar, não podendo ser o responsável pelo processo, haja vista que sua imparcialidade poderá ser comprometida. Acerca disso, Eugênio Pacelli pontua que se no Brasil

a investigação fosse realizada diretamente perante o juízo (como ocorre no Juizado de Instrução francês, por exemplo) seria possível vislumbrar a contaminação do sistema, e, mais ainda, e, sobretudo quando ao mesmo juiz da fase de investigação se reservasse a função de julgamento (PACELLI, 2014, p. 14).

Com efeito, é de relevância destacar que, embora seja responsável por atuar na fase do inquérito policial, não cabe ao juiz das garantias a função de presidir o mesmo, sendo competência esta da polícia judiciária.

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior (2014) sustenta que “o juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito e sua atuação não é política, mas constitucional”. Ao atuar no inquérito policial deve o mesmo funcionar “como garante dos direitos fundamentais” (LOPES JR., 2014, p. 281).

Complementa o autor, que:

A atuação do juiz na fase pré-processual (seja ela no inquérito policial, investigação pelo MP, etc.) É e deve ser muito limitada. **O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como garantiuador do respeito aos direitos fundamentais** do sujeito passivo. É também a posição mais adequada aos princípios que orientam o sistema acusatório e a própria estrutura dialética do processo penal (LOPES JR., 2014, p. 281-282, grifo do autor).

Fauzi Hassan Choukr ainda pondera:

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 (CHOUKR, Fauzi Hassan apud CASAGRANDE, Renato, 2015).

Em suma, a “atuação judicial na fase de inquérito há de ser para fins exclusivos de tutela das liberdades públicas” (PACELLI, 2014, p. 14), devendo esta, ser voltada ao acompanhamento de diligências e ao zelo pela observância de direitos e garantias fundamentais.

5.2 Propostas de alterações ao PL

Apesar de o Projeto de Lei do Senado n.º 156/09 ser uma inovação legislativa que favoreça a adequação do processo penal brasileiro aos preceitos do sistema acusatório, merece este alguns reparos.

De início, vislumbra-se uma gritante incongruência presente nos Títulos I e II do PL. Estabelece seu artigo 3º que “todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, **garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais**” (BRASIL, 2009, grifo nosso).

Em contrapartida, dispõe o artigo 11 “é garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a **todo material já produzido** na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento” (BRASIL, 2009, grifo nosso).

Ora, não teria razão de ser deste último, senão na contramão do contraditório e da ampla defesa. Indaga-se: o investigado e seu defensor terão acesso ao material depois que este já foi produzido?

A redação do artigo 11 é extremamente confusa e equivocada, posto que cerceia o direito de defesa e fere de morte o contraditório, devendo, assim, ser reparada ou até mesmo suprimida.

Noutro giro, extrai-se do capítulo II, o seguinte:

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

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

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

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

IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal; V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;

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

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

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

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

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

XI – decidir sobre os pedidos de:

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

b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

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

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

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

XIV – arquivar o inquérito policial;

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

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

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

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada. Art. 15. **A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.**

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

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

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

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

Art. 17. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal (BRASIL, 2009, grifos nossos).

Infere-se do fragmento legislativo que, em tese, tecnicamente mais correto seria a intitulação do capítulo como “Do juiz das investigações”, uma vez que “das garantias” todos os juízes são.

Fazendo uma simples análise do artigo 14, que prevê as competências do juiz das garantias, depreende-se que o inciso III contradiz o disposto no artigo 7º, item 5, do Pacto de São José da Costa Rica, que determina:

Toda pessoa detida ou retida **deve** ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (CADH, 1969, grifo nosso).

É dever a condução imediata do preso à presença do magistrado e não mera faculdade. O legislador não agiu com acerto ao se valer da expressão “podendo”, razão pela qual seria correto o uso da palavra “devendo”, conforme disposto no aludido pacto, do qual o Brasil é signatário.

Há, ainda, uma disparidade quanto à forma como foi proposta a prorrogação do inquérito policial, no que diz respeito ao inciso VIII. A delonga para a conclusão do IP, estando o investigado preso, certamente ocasionaria um irreparável prejuízo à sua liberdade. Assim, tal inciso deveria ser objeto de revogação como medida a se evitar inquéritos *ad eternum*.

Em seguida, o inciso IX assegura que o juiz poderá determinar o trancamento do IP. Tal trecho se remete ao artigo 38, que exprime: “O órgão do Ministério Público poderá requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, seja por insuficiência de elementos de convicção, seja por outras razões de direito” (BRASIL, 2009).

Como já dito, o juiz das garantias não é presidente do inquérito, sua função é tão somente garantir a devida aplicação dos direitos do investigado. Dessa maneira, o reportado inciso extrapola a competência desse magistrado, ao passo que parece estimular o oferecimento da denúncia ministerial.

Ao apontar que o juiz pode requisitar documentos acerca do andamento da investigação criminal, o inciso X do artigo 14 quebra sua imparcialidade, haja vista que é seu dever manter-se equidistante das partes. Impende destacar que não é papel do magistrado produzir provas e muito menos ir “atrás” destas.

Lado outro, ressalta-se que deveria ser acrescida ao inciso XI, a alínea *f*, de modo a esclarecer que compete ao juiz das garantias decidir acerca do pedido de trancamento da ação/inquérito policial.

Outra escandalosa incongruência está no que contém o inciso XV. Diz esta passagem legal que as garantias previstas nos artigos 11 e 37 (ampla defesa e contraditório) serão observadas quando se fizerem necessárias. É um verdadeiro absurdo, pois que, essas garantias constitucionais sempre são necessárias e imprescindíveis (at. 5º, LV, CR/88). Ademais, essa passagem legislativa flexibiliza o direito previsto na Súmula Vinculante n.º 14, do STF, que diz:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa (Brasil, Supremo Tribunal Federal).

Mais à frente, o artigo 15 disciplina que a competência do juiz das garantias não alcança as infrações de menor potencial ofensivo. Entende-se ser o magistrado responsável pelas garantias independente do procedimento, devendo, tal competência se estender a todas as espécies de infrações penais.

Em seu parágrafo 2º, o mesmo artigo afirmar que decisões tomadas pelo juiz das garantias acerca de medidas cautelares poderão ser reexaminadas. Daí tem-se “dois pesos e duas medidas”, visto que um juiz concede e o outro retira.

Por fim, o artigo 16 disciplina que o juiz que funcionar na fase investigativa será impedido de atuar no processo, nos termos do artigo 748, que assim declara:

O impedimento previsto no art. 16 **não** se aplicará:

I – às comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas 1 (um) juiz, enquanto a respectiva lei de organização judiciária não dispuser sobre criação de cargo ou formas de substituição;

II – aos processos em andamento no início da vigência deste Código. Parágrafo único. O impedimento de que trata o inciso I do art. 314 não se aplicará à hipótese prevista no inciso II do caput deste artigo (BRASIL, 2009, grifos nossos).

Questiona-se: o magistrado que atua em comarca de vara única se manifestará tanto na fase pré-processual quanto na fase processual? Dessa maneira, a cultura inquisitorial nunca terá fim.

Para solucionar tal problemática, novos cargos de juízes deveriam ser criados, de modo a intercalar funções entre eles.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa elegeu como objeto de análise o segundo capítulo do PLS n.º 156/09, em tramitação no Senado, que dispõe acerca do juiz das garantias.

Ao realizar-se um estudo comparado entre os modelos brasileiro e chileno, percebeu-se, nitidamente, que o primeiro não é, exatamente, acusatório. Um sistema para assim ser caracterizado deve estribar-se em alguns “pressupostos básicos: processo pautado na oralidade, paridade de armas, exercício pleno do contraditório e ampla defesa, juízo imparcial e estado de inocência” (RAVAZZANO, 2016).

Destarte, em termos de Brasil, um dos principais problemas que se enfrenta é a ausência de celeridade processual. Assim, é de grande valia ressaltar que se não houver mudanças culturais, de modo a se empregar a oralidade, jamais terá fim a inquisitorialidade. Nesse *ínterim*, o procedimento chileno é um paradigma a ser seguido, vez que a adoção do juízo oral tem tornado o processo mais eficaz e célere. Para Leonel González Postigo a oralidade é utilizada “*como metodología para adoptar decisiones judiciales, constituyó un camino para romper con la cerrada tradición inquisitiva*” (GONZÁLEZ, 2015).

Não raras vezes, o artigo 5º da CR de 1988 e a CADH são feridos de morte, o que evidencia, salvo melhor juízo, ser a lei processual penal uma ficção legislativa. Desse modo, o Estado não possui estruturas jurídicas para atender as exigências contidas na proposta do PL, visto por muitos como “natimorto”, ao passo que se tem, simultaneamente, a tentativa de reforma do Código de Processo Penal e uma estrutura de Estado que, ainda, não tem condições de aplicar a nova lei e, conseqüentemente, adotar a figura do juiz das garantias em seu ordenamento. Ao defender o emprego de tal juízo, Paulo Rangel propõe que o Poder Judiciário deveria criar

varas criminais para os procedimentos administrativos de investigação criminal com o escopo, único e exclusivo, de atuar antes da fase de propositura da ação penal, preservando, assim, ao máximo, a imparcialidade do juiz que atuaria no processo (RANGEL, 2014, p. 62).

Ante todo o exposto, conclui-se acerca do Projeto de Lei analisado que: nenhuma norma pode alcançar os seus objetivos sem antes haver um plano e um programa de projeto que viabilizem a aplicação do seu conteúdo.

REFERÊNCIAS

BONADIMAN, Daniela. **A inconstitucionalidade e a ilegalidade da alta programada**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, nov./2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/principal.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13746>. Acesso em 10 de outubro 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Salvador: JusPodvim, 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**– 19. ed.- Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**- 11. ed.- Salvador: JusPODIVM, 2014.

KUKINA, Sérgio. **Primeira Turma Considera ilegal alta programada para segurados do INSS**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Turma-considera-ilegal-alta-programada-para-segurados-do-INSS>. Acesso em 09 de outubro de 2017.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 6. ed.- São Paulo: LTr, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 34. Ed.- São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário**. 10. ed.- São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA JUNIOR, João Silvestre da. Alta Programada Previdenciária: Repercussão social de gestão de benefício auxílio-doença. **Revista Laborativa**, vol. 3, n. 1, abril. / 2014. Disponível em: <<http://ojs.unesp.br/index.php/rlaborativa>>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 7. ed.- São Paulo: Atlas, 2014.