

CARLOS ALBERTO PEREIRA LEITÃO JUNIOR

**O JUIZ DAS GARANTIAS E A REFORMA DO PROCESSO  
PENAL: HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO - 2016

CARLOS ALBERTO PEREIRA LEITÃO JUNIOR

N. USP 4946527

**O JUIZ DAS GARANTIAS E A REFORMA DO PROCESSO  
PENAL: HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção de título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual, sob a orientação do Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO - 2016

LEITÃO JUNIOR, Carlos Alberto Pereira

Título: O juiz das garantias e a reforma do processo penal: homenagem ao princípio da imparcialidade / Carlos Alberto Pereira Leitão Junior; orientador José Raul Gavião de Almeida. – São Paulo, 2016. 261 f.: fig.; trab..

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito. Área de Concentração: Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São.

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

*Para Carlos Alberto e Ana Lúcia, meus pais, por tudo.*

*Para Luiz Felipe, melhor amigo e irmão.*

## RESUMO

LEITÃO JUNIOR, Carlos Alberto Pereira. *O juiz das garantias e a reforma do processo penal: homenagem ao princípio da imparcialidade*. 2016. 261 p. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

Esta dissertação tem como objetivo analisar o Projeto de Código de Processo Penal, em trâmite no Congresso Nacional, que se propõe a eliminar definitivamente resquícios inquisitórios, com o respeito dos direitos fundamentais, de maneira integral, em consonância com a Constituição Federal e com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos assumidos pelo Brasil, ao longo das últimas décadas, sempre de maneira eficiente, em nome do interesse público e da segurança pública, ou seja, com o respeito ao binômio da eficiência e do garantismo. A estruturação deste novo paradigma aposta, essencialmente, na criação do juiz das garantias, definindo, rigorosamente o papel de cada ator processual, em nome do princípio da imparcialidade e da consolidação de um modelo verdadeiramente acusatório. Para tanto, estuda-se criticamente o diploma projetado, apontando-se os acertos e os equívocos, assim como as experiências embrionárias já implementadas em nosso país, como forma de superação da crise vivenciada pela persecução preliminar e que culmina com o deslocamento do centro de gravidade do processo penal, da fase judicial para a fase da investigação preliminar, evitando-se que o mesmo magistrado que atuou na investigação seja o responsável pelo julgamento de mérito, como já ocorreu em diversos países da Europa e da América Latina.

**Palavras-chave:** Juiz das garantias; investigação preliminar; inquérito policial; eficiência e garantismo; direitos fundamentais; sistema acusatório; princípio da imparcialidade; projeto de novo código de processo penal.

## ABSTRACT

LEITÃO JUNIOR, Carlos Alberto Pereira. *The guarantee judge and the criminal procedure reform: homage to the principle of impartiality*. 2016. 261 p. Master Thesis – Faculty of Law of the University of São Paulo. São Paulo, 2016.

This dissertation [*master thesis*] is aimed to analyze the Criminal Procedure Code Bill presented before the National Congress, which seeks to definitely eliminate inquisitory remnants, thus respecting fundamental rights, broadly speaking, in consonance with the Federal Constitution and International Human Rights Treaties signed by Brazil over the past few decades, always in an efficient fashion, for the sake of public interest and public security, i.e., with due regard to the efficiency-guaranteeism binomial. The structuring of this new paradigm is essentially predicated on the establishment of the guarantee judge, rigorously defining the role of each procedural player in the name of the principle of impartiality and consolidation of a truly accusatory model. To that effect, the bill is critically approached, with its positive and negative aspects being pointed out, along with the embryonary experiences already implemented in our country as a means to overcome the crisis perceptible in the preliminary prosecution, and which ends up shifting the criminal procedure gravity center from the judicial phase to the phase of the preliminary inquiry, with the same judge that will have acted in the investigation being prevented from being in charge of deciding on the merits, as has already occurred in several European and Latin American countries.

**Keywords:** Guarantee judge; preliminary inquiry; police investigation; efficiency and guaranteeism; fundamental rights; accusatory system; principle of impartiality; Criminal Procedure Code Bill.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>CAPÍTULO I – PROCESSO PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>15</b>
1.1 – Estado democrático de direito e direitos fundamentais .....	15
1.2 – A interação entre processo e Estado .....	17
1.3 – Processo penal constitucional .....	20
1.4 – Eficiência e garantismo.....	22
<b>CAPÍTULO II – DA PERSECUÇÃO PRELIMINAR.....</b>	<b>26</b>
2.1 – Da necessidade da persecução penal preliminar e suas principais formas de atuação no direito brasileiro.....	26
2.2 – Características determinantes da persecução preliminar .....	33
2.3 – Função da persecução preliminar .....	35
2.4 – Principais órgãos encarregados pela persecução preliminar.....	37
2.4.1 – Investigação preliminar policial.....	37
2.4.2 – Investigação preliminar judicial .....	39
2.4.3 – Investigação preliminar pelo Ministério Público .....	43
2.5 – Do inquérito policial no código de processo penal.....	44
2.5.1 – Crise no inquérito policial e movimentos em prol de sua supressão e modificação.....	46
2.5.2 – Violação dos direitos fundamentais durante a persecução preliminar .....	51
2.5.2.1 – O Esquadrão da Morte: institucionalização da violação dos direitos fundamentais durante a investigação criminal.....	53
2.5.2.2 – Violação dos direitos fundamentais durante a persecução penal preliminar na atualidade e condenações do Brasil no sistema internacional de direitos humanos .....	58

### **CAPÍTULO III - O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE..... 65**

3.1	– Primeiras colocações.....	65
3.2	– Imparcialidade objetiva e imparcialidade subjetiva.....	70
3.3	– A legitimidade do juiz.....	73
3.4	– Impossibilidade de exercício de outro cargo ou função .....	79
3.5	– Impossibilidade de recebimento de custas ou participação em processo .....	82
3.6	– Impossibilidade de dedicação à atividade político-partidária.....	82
3.7	– Impossibilidade de receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei .....	84
3.8	– Impossibilidade de exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração .....	86
3.9	– Juiz Natural .....	87
3.10	– Exceção de impedimento e suspeição.....	89
3.11	– Código de Ética da Magistratura Nacional .....	93
3.12	– Desentranhamento das provas ilícitas.....	95
3.13	– Motivação das decisões .....	96
3.14	– Responsabilidade do magistrado .....	98
3.15	– Juiz das garantias .....	99

### **CAPÍTULO IV - O JUIZ DAS GARANTIAS E A ESTRUTURAÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA ..... 101**

4.1	– Crise do sistema processual e a mudança de paradigma .....	101
4.2	– Estrutura do novo paradigma.....	102
4.2.1	– A recusa do juiz como titular da fase de investigação .....	102
4.2.2	– Jurisdicionalização dos atos de restrição dos direitos fundamentais .....	104
4.2.3	– A diferenciação entre o juiz garante e o juiz do processo criminal .....	107
4.3	– O juiz das garantias na Europa e na América Latina .....	107
4.3.1	– Portugal .....	108

4.3.2	– Itália.....	113
4.3.3	– Paraguai .....	116
4.3.4	– Chile.....	119
4.3.5	– Argentina.....	123

## **CAPÍTULO V - A REFORMA DO PROCESSO PENAL E O JUIZ DAS GARANTIAS ..... 126**

5.1	– O Código de Processo Penal e a Constituição Federal de 1988 .....	126
5.2	– Tentativas de alteração legislativa do Código de Processo Penal de 1941.....	130
5.2.1	– O Anteprojeto Hélio Toranaghi .....	131
5.2.2	– O Anteprojeto José Frederico Marques.....	133
5.2.3	– O Projeto de Lei 1655/1983 .....	135
5.2.4	– O Anteprojeto Sálvio Figueiredo Teixeira.....	136
5.2.5	– Comissão Ada Pellegrini Grinover .....	137
5.2.6	– O novo Anteprojeto de Código de Processo Penal .....	141
5.3	– Visão geral do Código de Processo Penal em discussão no Congresso Nacional 143	
5.3.1	– A lógica da nova codificação .....	143
5.3.2	– A consolidação do modelo acusatório.....	155
5.3.2.1	– Críticas ao modelo proposto.....	158
5.3.3	– Procedimento e Prova na reforma do Código de Processo Penal .....	160
5.3.4	– Livro fechado .....	164

## **CAPÍTULO VI - O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ..... 167**

6.1	– Primeiras observações.....	167
6.2	– O juiz das garantias e a proteção dos direitos fundamentais durante a investigação preliminar.....	167
6.3	– A Exposição de Motivos e as justificativas para a instituição do juiz das garantias.....	169
6.3.1	– Distanciamento do juiz ao processo.....	169

6.3.2	– Homenagem ao princípio acusatório.....	171
6.3.3	– Otimização da atuação jurisdicional criminal.....	172
6.4	– Particularidades do projeto no tocante ao juiz das garantias .....	175
6.5	– Críticas ao projeto.....	184
6.5.1	– Improriedade da expressão juiz das garantias.....	185
6.5.2	– Decretação de medida cautelar durante o processo e imparcialidade .....	186
6.5.3	– Juiz das garantias e juizados especiais criminais? .....	189
6.5.4	– Juiz das garantias e a competência originária .....	191
6.5.5	– Juiz das garantias e o duplo grau de jurisdição .....	194
6.5.6	– Juiz das garantias e o recebimento da denúncia.....	196
6.5.8	– Juiz defensor.....	202
6.6	– Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária da Capital e audiências de custódia .....	206
6.6.1	– Audiência de custódia .....	207
6.6.1.1	– Carta internacional de direitos humanos e sistema interamericano de direitos humanos.....	208
6.6.1.2	– Breves considerações sobre a formação e incorporação dos tratados internacionais .....	212
6.6.1.3	– Prisão em flagrante delito e o direito de ser apresentado ao juiz .....	218
6.6.1.4	– A implementação da audiência de custódia no Brasil.....	223
6.6.1.5	– Projeto de lei 554/2011 .....	227
6.6.1.6	– O juiz das garantias e a audiência de custódia .....	228
	<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>230</b>
	<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>234</b>

## INTRODUÇÃO

A depender do modelo adotado, o magistrado assume diferentes funções no processo penal, em especial durante a persecução preliminar, sendo certo que por muitos séculos notou-se uma enorme confusão entre os papéis de acusar e de julgar.

Com passar do tempo, reconhece-se a necessidade de estruturação de um novo paradigma, calcado na premissa de uma crise na investigação preliminar, bem como da necessidade de concretização dos direitos fundamentais e no deslocamento do ponto nevrálgico do processo para a fase extrajudicial.

Sendo assim, diversos países rompem com o modelo de índole inquisitória, muitas vezes depois de hiatos antidemocráticos, em nome da estruturação de um novo paradigma, com respeito aos direitos fundamentais, separação das diferentes funções no processo penal, valorização do Ministério Público, homenagem à imparcialidade e atenção com a nova criminalidade, sempre com a preocupação de respeito ao binômio eficiência e garantismo.

Após diversas tentativas de reforma, global ou fracionada, o legislador brasileiro, ciente de suas responsabilidades assumidas tanto no plano interno, com a Constituição Federal de 1988, como no plano externo, com diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, resolve editar um novo Código de Processo Penal, preocupado com a consolidação do modelo acusatório e a proteção dos direitos fundamentais, sem se esquecer do combate à criminalidade organizada, com base no Projeto de Lei 156, de 2009, em discussão no Congresso Nacional.

No primeiro capítulo, por uma questão conceitual, analisou-se a intrínseca relação existente entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento, destacando-se o fundamental papel do Direito Processual Penal nesta tarefa, verdadeiro Direito Constitucional Aplicado, sempre pautado pela linha de

pesquisa do Departamento de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que não pode deixar de ponderar o interessar público, refletido no direito fundamental à segurança pública com as liberdades individuais daqueles que são investigados e, eventualmente, acusados.

No capítulo segundo, dissertou-se a respeito da persecução preliminar, da sua importância para a formação da *opinio delicti*, das principais formas de efetivação, dos diferentes sistemas de investigação preliminar e seus órgãos diretores, do inquérito policial como principal forma de apuração dos delitos no Brasil e suas principais críticas, dos principais movimentos por sua supressão e modificação, concluindo-se por um estado de crise, com constante violação dos direitos fundamentais por parte dos agentes estatais, que clama por uma mudança estrutural, em nome da finalidade do processo penal analisada no capítulo inicial.

Posteriormente, no capítulo terceiro, analisou-se o princípio da imparcialidade, seu conceito, seu fundamento jurídico, bem como a distinção entre imparcialidade objetiva e subjetiva e o atual estágio da jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, sustentando-se a necessidade de instituição do juiz das garantias para o aprimoramento da imparcialidade, um modelo em contínua construção e evolução.

No capítulo quarto, discute-se propriamente a necessidade de estruturação de um novo paradigma e suas bases principais, analisando-se o exemplo de outros países da Europa e da América Latina, que romperam com regimes de exceção e adotaram vários dos pontos abordados como proposta de superação da crise.

No penúltimo capítulo, com base em tudo o que foi exposto anteriormente, aborda-se a necessidade de um novo Código de Processo Penal, em consonância com a Constituição Federal e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, bem como das tentativas de reforma fracassadas até a elaboração de Anteprojeto convertido no Projeto de Lei 156, de 2009.

Finalmente, no último capítulo, depois de uma visão geral do Projeto, analisou-se o instituto inovador, em solo brasileiro, do juiz das garantias,

suas diversas atribuições, erros e acertos do modelo proposto, experiências embrionárias em unidades da federação e o papel da audiência de custódia na estruturação do paradigma apresentado para as próximas gerações, sempre com a intenção de separar os diferentes atores do processo penal, em nome do princípio acusatório.

# CAPÍTULO I – PROCESSO PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

## 1.1 – Estado democrático de direito e direitos fundamentais

A Constituição Federal de 1988 representou muito mais do que uma simples transição democrática, uma vez que representa a criação de um novo Estado brasileiro e a respectiva institucionalização dos direitos fundamentais<sup>1 2</sup>, de maneira inovadora, avançada, pormenorizada e aberta ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos.

Já em seu preâmbulo, nota-se que Constituição Cidadã projeta a instituição de um Estado Democrático de Direito “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

E não foi uma simples questão topográfica, na medida em que também eleva tais direitos à condição de cláusula pétrea e dialoga, como nunca, com

---

<sup>1</sup> A despeito das diversas conceituações sobre o tema, inclusive no tocante à melhor forma de denominação, bastante interessante e didática é a definição de Konrad Hesse, traduzida por Paulo Bonavides, como sendo a criação e manutenção “dos pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam”. (Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. Brasil: Malheiros, 2004, p. 560)

<sup>2</sup> Os direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico estão definidos em normas, que podem ser subdivididas em princípios e regras. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação “no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente na dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidos. A distinção entre regras e princípios constitui, além disso a estrutura de uma teoria normativa material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e os limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”. (*Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85)

Tratados Internacionais, consagrando direitos e garantias fundamentais não apenas individuais, mas também sociais, com a mesma força normativa e importância: “o valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988 esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional”<sup>3</sup>.

Na mesma medida em que trouxe uma série de direitos e garantias fundamentais, a Carta Magna incumbiu ao novo Estado<sup>4</sup> a proteção e a defesa dos direitos fundamentais, que gozam de aplicabilidade imediata<sup>5 6 7</sup>.

---

<sup>3</sup> Flávia Piovesan. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2009, 328.

<sup>4</sup> Parte considerável da doutrina admite o elemento finalístico como sendo um dos elementos constitutivos do Estado, com destaque para a obra do Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Dalmo de Abreu Dallari, que sustenta ter o Estado, como sociedade política, “um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido este como conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana.” (*Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.107)

<sup>5</sup> Marco Antonio Marques da Silva. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 5-16.

<sup>6</sup> Já na década de setenta, Heleno Fragoso manifestava preocupação com a falta de efetividade dos direitos fundamentais, enfatizando que se achava ultrapassada a fase de declarações de direitos e liberdades fundamentais, constituindo preocupação universal a criação de um sistema jurídico que assegure a observância de tais direitos e a garantia de tais liberdades: “tem se feito mentir de tal forma às palavras mais verdadeiras, que para dar aos homens fé nos direitos do homem não bastariam as mais belas e solenes declarações. O que se reclama aos que subscrevem é que ponham em prática, é que encontrem a maneira de fazer respeitar efetivamente por parte dos Estados e por parte dos governos, os direitos do homem”. (*Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, p. 124-125).

<sup>7</sup> A aplicabilidade imediata determina que “toda e qualquer norma definidora de direitos e garantias fundamentais há de alcançar aplicação imediata e nesse sentido devem-se orientar os Poderes Públicos. Cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito constitucional definidor de direito e garantia fundamental. Impõe-se, assim, aos poderes constituídos, em seu âmbito próprio de competência, a tarefa de realizar a função prospectiva, dinamizadora e transformadora desse princípio”. (Flávia Piovesan. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 331)

Destarte, compete ao Estado legislador editar normas que não sejam incompatíveis com o novo texto, impedindo-se, por óbvio, qualquer retrocesso, sendo necessário que seja feito em tempo razoável, como analisaremos, quando do estudo do novo paradigma de Código de Processo Penal que está sendo analisado pelo Congresso Nacional.

Com relação ao Poder Executivo, nota-se uma importância fundamental na concretização dos mencionados direitos fundamentais, tanto no que se refere aos deveres negativos, quanto aos deveres positivos por parte do Estado <sup>8</sup>.

Por fim compete ao Estado juiz, especialmente, por meio do processo, a concretização dos direitos fundamentais, garantindo a sua aplicação imediata, sem retrocessos e de maneira ampla.

Fica nítido, assim, o importante papel do Direito Processual, especialmente o Direito Processual Penal para a realização do Estado Democrático de Direito idealizado pela Constituição Federal de 1988 e pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, razão pela qual, cumpre tecer algumas linhas sobre a interação entre o processo e o Estado, assim como o papel do Processo Penal Constitucional, antes de analisarmos a linha condutora deste trabalho e que diz respeito a criação do juiz das garantias, com base na premissa da eficiência e garantismo, linha de pesquisa do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito.

## **1.2 – A interação entre processo e Estado**

O Direito é um fenômeno essencialmente dinâmico, produto de seu tempo, reflexo maior de seu povo, de sua cultura e de suas particularidades. O Direito Processual Penal e o Direito Penal, expressões mais

---

<sup>8</sup> Luís Virgílio Afonso da Silva. *O Judiciário e as políticas públicas in Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 587-599.

candentes deste dinamismo, representam, com bastante precisão, o atual desenvolvimento do Estado, de sua cultura, das instituições e do papel do cidadão na sociedade<sup>9</sup>, sempre tendo em vista a dicotomia envolvendo segurança da coletividade e liberdade individual<sup>10</sup>.

Por esta razão, é correto afirmar que pelo fato de regulamentar o exercício da jurisdição, manifestação do poder estatal, o direito processual, em especial direito processual penal, é o que mais sofre a influência normativa da lei maior, ainda mais porque oferece aos cidadãos os imprescindíveis instrumentos e remédios para a concretização e defesa de tais direitos fundamentais<sup>11</sup>.

Como ensina Antonio Scarance Fernandes<sup>12</sup>, ao tratar do Direito Processual Penal, mais especificamente da interação entre processo e Estado, que “a forma como o direito é regulado representa o reflexo dos valores dominantes em determinado momento histórico. Sendo assim, as alterações políticas no tempo e a diversidade de ideologias em uma mesma época fazem com que haja diferentes tratamentos aos institutos processuais na evolução histórica e nos vários países. Em virtude disso, afirma-se que os conceitos dos institutos fundamentais do direito processual não são definitivos, mas relativos. Dependem, essencialmente, da predominância que se dê ao indivíduo em confronto com o Estado, ou, ao contrário ao Estado em face do indivíduo. A concepção dominante no Estado condiciona o tratamento dispensado aos direitos e às garantias do indivíduo”.

---

<sup>9</sup> Dirceu de Mello. *Princípios do Direito Penal*. São Paulo: Curso de Pós-Graduação *stricto sensu*, Mestrado e Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

<sup>10</sup> Afrânio Silva Jardim, em sua Tese de Livre Docência defendida na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, enfatiza que a referência à liberdade individual em face do poder estatal “é de suma importância para melhor compreensão histórica do Estado de Direito. Na sua origem, a concepção liberal – individualista da liberdade foi a ‘bandeira’ maior empunhada contra o absolutismo, contra o poder absoluto que a todos, ou melhor, a quase todos oprimia. Dentro de uma nova perspectiva, pode-se dizer que a questão da liberdade continua a ser ponto central que ainda justifica a estruturação sistemática do Estado de direito”. (*Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.4).

<sup>11</sup> José Frederico Marques. *O Processo Penal na atualidade in Processo Penal e Constituição Federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993, pp. 13-20.

<sup>12</sup> Antonio Scarance Fernandes. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 15.

Observamos, ainda, o despertar de um Estado há pouco criado, após severo hiato antidemocrático, em que se notou grande preponderância estatal em face do cidadão, com grande diminuição de garantias e direitos fundamentais, em nome da coletividade, em desrespeito à vontade popular, em um país governado por base de atos unilaterais autoritários.

Destarte, em consonância com o Estado imaginado e pactuado pela Constituição Federal de 1988, com a inserção do Brasil no cenário internacional com a assinatura de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, assim como a participação ativa em Organizações Internacionais e com a realidade imposta à população em geral, devemos, pelo menos por um espaço de tempo, vivenciar institutos jurídicos voltados para a solução e mitigação de problemas ainda não resolvidos, que merecem a atenção e análise mais aprofundadas, sendo certo que os institutos jurídicos previstos em legislação ordinária devem guardar correspondência com o espírito da Constituição Cidadã, seus princípios e garantias fundamentais, bem como de regras lá expressamente previstas.

É preciso uma mudança de cultura não apenas do legislador e do operador do Direito, mas também dos seus estudiosos, uma verdadeira abertura para preocupações éticas em relação à ordem processual, que resulta no crescimento e valorização do processo constitucional, uma ruptura com a análise puramente técnica do procedimento, exigindo-se uma leitura sistemática, que valorize e respeite o devido processo legal e seja garantido um julgamento justo e equo<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Nesse sentido, ensina o Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Cândido Rangel Dinamarco, que “enquanto os processualistas permanecessem no estudo puramente técnico-jurídico dos institutos e mecanismos processuais, confinando suas investigações ao âmbito interno do sistema, era natural que prosseguissem vendo nele mero instrumento técnico e houvessem por correta a afirmação de sua indiferença ética. Quando se volta ao confronto das normas e institutos do processo com as grandes matrizes político-constitucionais a que estão filiados, o estudioso passa naturalmente a sentir a necessidade da crítica ao sistema, inicialmente feita à luz dos princípios e garantias que a Constituição oferece e impõe – e com isso está aberto o caminho para as curiosidades metajurídicas decorrentes da conscientização dos valores residentes à base dessas exigências constitucionais.” (*Instituições de Direito Processual Civil, volume I*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.281).

### 1.3 – Processo penal constitucional

Por tudo o que foi dito, mesmo que brevemente no tópico anterior, nota-se, especialmente após a segunda metade do século XX<sup>14 15</sup>, uma maior preocupação dos estudiosos sobre as normas processuais de índole constitucional, quer insculpidas na forma de princípios, quer insculpidas na forma de regras.

E não se pense que foi uma construção fácil e que se trata de obra concluída, merecendo destacar o trabalho árduo e denso dos estudiosos da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco<sup>16</sup>, em especial de seu Departamento de Direito de Processual, que produzem farta bibliografia com esta preocupação constitucional<sup>17 18 19 20 21 22</sup>, em consonância com a mais moderna doutrina, mesmo em

---

<sup>14</sup> Trata-se de tendência surgida após a Segunda Guerra Mundial, o fenômeno da constitucionalização do processo, em especial das garantias processuais, como forma de reação e combate aos regimes totalitários, impedindo ou dificultando, que uma maioria ocasional altere a legislação infraconstitucional em detrimento do cidadão.

<sup>15</sup> O final dos anos sessenta marca o “advento de uma virtual renovação dos estudos do direito processual, quando se passa a enfatizar a consideração da origem constitucional dos institutos processuais básicos. Proliferam, então, as análises da conexão do processo com a constituição, ao ponto de se poder encarar o direito processual como uma espécie de ‘direito constitucional aplicado’, como certa feita formulou a Corte Constitucional alemã. Até o momento, porém, essas análises se limitaram a ensejar esforços no sentido de realizar adaptações da dogmática processual às exigências de compatibilidade aos ditames de nível constitucional, relacionados diretamente com o processo, isto é, aquelas garantias do chamado ‘devido processo legal’: a independência do órgão julgador, o direito de os interessados terem acesso ao juízo e serem tratados com igualdade, etc. Inexplorada permanece ainda a via que pode levar a uma completa reformulação do modo de conceber o processo ao se tentar estruturá-lo de acordo com os imperativos de um Estado de direito social e democrático, como atualmente se configuram as sociedades políticas ditas mais desenvolvidas, já que ele se forma modernamente sob o influxo das ideologias de cunho liberal, a partir do século passado, passando depois pela influência do autoritarismo predominantemente no segundo quartel em curso. (Willis Santiago Guerra Filho. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, pp. 24-25)

<sup>16</sup> “É por isso que os estudos constitucionais sobre o processo podem ser apontados entre as características mais salientes da atual fase científica do direito processual: Cappelletti, Denti, Vigoritti, Comoglio, Augusto Mario Morello, Roberto Berizonce, Buzaid, José Frederico Marques, Kazuo Watanabe são apenas alguns entre os nomes que vêm se destacando na análise do denominado processo constitucional. Seguem na esteira dos pensamentos pioneiros de Goldschmit, Calamandrei, Couture e Liebman”. (Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*. 20ªed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.79)

<sup>17</sup> Dinamarco observa que já no século XIX, na obra do Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, João Mendes Júnior, era possível identificar estudos do direito processual com

tempos de Atos Institucionais e Decretos Leis, como vivemos por diversas vezes no século XX.

---

base no plano constitucional, em especial com relação à preservação dos direitos e garantias fundamentais. (*Instituições de Direito Processual Civil, volume I*. São Paulo: Malheiros, 2004, pp.281-282)

<sup>18</sup> Fundamental a contribuição para o tema do Professor Catedrático Joaquim Canuto Mendes de Almeida que desde a sua clássica Tese de Livre Docência apresentou preocupação com a efetivação das garantias fundamentais do devido processo legal, em especial o contraditório e o direito de defesa, previstos na Constituição e nos Pactos de Direitos Humanos, de maneira inovadora e única. (Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. *Bibliografia de J. Canuto Mendes de Almeida in Estudos em homenagem a Joaquim Canuto Mendes de Almeida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987)

<sup>19</sup> O Patrono da Escola Processual de São Paulo, Enrico Túlio Liebman, já sustentava em suas obras as garantias constitucionais e internacionais do processo: “a Constituição contém certas normas importantes, destinadas a garantir que o processo se realize de modo equo, isto é, tendo todos a possibilidade de defender suas razões, seja como autores, seja como réus. Com esse mesmo objetivo, em tempos recentes os próprios Estados concordaram em proclamar no plano internacional os direitos da pessoa humana e, entre estes, algumas garantias fundamentais relativas ao modo como se hão de fazer os processos judiciais, comprometendo-se os Estados contratantes a respeitá-las. O legislador ficou, assim, duplamente obrigado a instituir e regular os processos com observância dos princípios fixados na Constituição e nesses tratados internacionais”. (*Manual de Direito Processual civil, Volume I*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 25-26)

<sup>20</sup> Entre os principais discípulos do Professor Catedrático Luís Eulálio Bueno Vidigal, líder da Escola Processual de São Paulo juntamente com o Professor e Ministro Alfredo Buzaid, destaca-se o Desembargador e Professor Titular na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo José Frederico Marques, que conceituou o direito processual constitucional como a condensação metodológica dos princípios introdutórios do processo em geral e tratou do tema tanto no processo civil, como no processo penal. Para o magistrado, pela preeminência em que se “situa na taxinomia das normas legais, a Constituição não só traça preceitos que funcionam como fontes formais de diversos domínios da regulamentação jurídica, como ainda se apresenta com os predicados de fonte material em que o legislador vai abeberar-se para construir regras e mandamentos destinados a disciplinar legalmente relações de vida e fatos sociais submetidos aos incoercíveis imperativos da ordem estatal. No Direito brasileiro, como demonstrou Francisco Campos, a Constituição não é apenas um certo número de preceitos cristalizados em artigos ou parágrafos, e sim uma unidade estrutural, um valor de cultura, um conjunto orgânico e sistemático de caráter normativo sob a inspiração de um pensamento diretor. A Constituição não se caracteriza tão-só pelos traços formais que a distinguem no plano das fontes do Direito; e isto porque nela se condensam os valores políticos que lhe informam os textos particulares e respectiva orientação ideológica.” (*Elementos de Direito Processual Penal, volume I*. Campinas: Millennium, 2000, pp.76-77)

<sup>21</sup> Fundamental a contribuição dos Professores Titulares Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco que já na primeira edição do clássico *Teoria Geral do Processo*, em 1974, em plena vigência do AI-5, defendiam a *tutela constitucional do processo*: “o traço mais original da obra de Couture é a relação entre os institutos processuais e seus pressupostos políticos e constitucionais. Hoje acentua-se a ligação entre a Constituição e processo, no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, ensina Liebman, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade”. (*Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 47)

<sup>22</sup> Atualmente, merece grande destaque a obra do Professor Titular Antonio Scarance Fernandes sobre o tema, em consonância com disciplina específica na Graduação e linha de pesquisa própria no Curso de Pós-Graduação, fundamental para o desenvolvimento da matéria em todo país. (*Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005)

Entretanto, ainda existem grandes desafios, em especial, a existência de legislação infraconstitucional em dissonância com a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, assim como de sua aplicação prática. São desafios inquestionáveis, que reclamam posicionamento mais crítico, ainda mais com as reiteradas manifestações públicas de violação de direitos humanos durante a persecução penal e seguidas condenações do país no Sistema Internacional de Direitos Humanos.

#### 1.4 – Eficiência<sup>23</sup> e garantismo<sup>24</sup>

A partir das ideias iniciais apresentadas neste capítulo, fica evidente o papel do Estado na proteção e efetivação dos direitos fundamentais do cidadão, em especial o direito à liberdade, sem descuidar dos interesses da coletividade,

---

<sup>23</sup> Antes de qualquer manifestação a respeito do tema, cumpre pontuar, de maneira bem sintética, a diferença entre os vocábulos eficiência, efetividade e eficácia, que guardam certa relação com a palavra efeito (efeito a ser atingido) e são muito comuns nos estudos da Economia e da Administração, mas ainda com alguns questionamentos e dúvidas nos diversos campos do direito. Para parte da doutrina, eficiência seria gênero, do qual se desdobram a efetividade, relacionada ao procedimento, e a eficácia, relacionada aos direitos fundamentais. Por sua vez, Antonio Scarance Fernandes ensina que “conforme a etimologia dos vocábulos e consoante a definição a eles dada pelos dicionários, a eficiência expressa a capacidade, a força, o poder de algo que o leva a produzir um efeito. Portanto, o grau de eficiência é verificado pela maior ou menor qualidade do meio utilizado para que algo possa produzir um efeito, não pelo tipo de efeito por ele produzido. A eficácia é a qualidade do resultado produzido por algo. O grau de eficácia leva em conta o tipo de resultado atingido. Por fim, a efetividade é também a expressão do resultado produzido por algo, resultado esse que corresponde ao atingimento de determinadas finalidades. A efetividade é avaliada pelo sucesso em cotejo com os objetivos esperados.” (*Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal in Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 18.)

<sup>24</sup> O termo garantismo ganhou notoriedade a partir da obra do magistrado italiano Luigi Ferrajoli, *Direito e razão*, que baseou na doutrina iluminista e liberal para desenvolver sua teoria: *teoria do garantismo penal*, que apresenta três significados: a) Estado de direito: níveis de norma e níveis de perda da legitimação, como um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva; b) Teoria do direito e crítica do direito, como uma teoria da validade e da efetividade, destacando a divergência presente nos ordenamentos entre modelos normativos garantistas e as práticas operacionais antigarantistas; c) Filosofia do direito e crítica política, como “uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com vase nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem finalidade” (*Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 785-787). Propõe-se, a despeito dessa classificação, um conceito mais simples sobre o conceito de garantismo, como sendo a aplicação e o respeito dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e muitas vezes desrespeitados na prática.

mais especificamente o direito à segurança, muito combatida com a onda crescente de violência e com a consolidação do crime organizado<sup>25</sup>.

Trata-se, como vimos, de um verdadeiro desafio para o legislador e para o estudioso no tema, tendo em vista o forte influxo ideológico e político, que exige a acomodação desses dois grandes interesses, como bem ensina o Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Desembargador José Raul Gavião de Almeida em sua Tese de Doutorado: “com relação à ordem processual, revela a história a eterna luta entre os interesses da sociedade e do indivíduo, do que decorre a sua conexão com ideias políticas. Isto é, a concepção política dominante em certo país, em determinado tempo, leva a projetar o exagero de suas ideias sobre o processo, que passa a expressar categorias e regras, oral exaltadoras dos direitos do indivíduo, ora reduzindo-o a situação passiva em nome e em atenção quase exclusiva do interesse coletivo, com sacrifícios da dignidade e liberdade do homem. Assim, o Direito Processual recebe influxo ideológico do sistema político, estruturando-se ou sendo interpretado na conformidade dos valores vigentes no grupo societário. Ou, nas palavras de A. Velez Mariconde, o direito mais conexo com a ordem política de um país é o processo penal”<sup>26</sup>.

Preocupado com esta complexidade apresentada, o Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Antonio Scarance passou a investigar e pesquisar o tema, em primeiro lugar, em Tese apresentada para o Concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, “Procedimento no Processo Penal: noções, perspectivas simplificadoras e os rumos do direito brasileiro” e, depois, em textos e estudos específicos, tornando-se linha de pesquisa e pressuposto das disciplinas oferecidas em sede de Pós-Graduação.

Segundo Scarance Fernandes, como decorrência desses direitos fundamentais já mencionados no início do presente tópico, ambos previstos no

---

<sup>25</sup> No mesmo sentido, Douglas Fischer no artigo *O que é garantismo (penal) integral?* in *Garantismo penal integral*. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 30-77.

<sup>26</sup> José Raul Gavião de Almeida. *O interrogatório à distância*. São Paulo: 2000, pp. 74-75.

artigo 5º da Constituição Federal, “os indivíduos têm direito a que o Estado atue positivamente no sentido de estruturar órgãos e criar procedimentos que, ao mesmo tempo, lhes assegurem segurança e lhes garantam a liberdade. Dentro dessa ótica, o procedimento a ser instituído, para ser obtido um resultado justo, deve proporcionar a efetivação dos direitos à segurança e à liberdade dos indivíduos. Em outros termos, o direito ao procedimento processual penal consiste em direito a um sistema de princípios e regras que, para alcançar um resultado justo, faça atuar as normas do direito repressivo, necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança, e assegure ao acusado todos os mecanismos essenciais para a defesa de sua liberdade. De forma resumida, um sistema que assegure eficiência com garantismo, valores fundamentais do processo penal moderno”<sup>27</sup>.

Conclui-se, a partir daí, que não existe um procedimento ideal e que cada Estado e cada época exigem particularidades próprias, mas que o mencionado equilíbrio impõe um conjunto mínimo de regras e princípios mínimos, verdadeiras diretrizes fundamentais para a elaboração do procedimento específico, que constituirão o processo legal, falando Scarance em um direito a um procedimento processual penal, um direito a um sistema que garanta uma persecução penal eficaz e que assegure os direitos e garantias do devido processo legal<sup>28</sup>.

Em um primeiro momento, Scarance Fernandes, de maneira inovadora, limitou-se, como foi dito, ao procedimento visto como um todo, mas, agora, cumpre analisar de maneira detida, individualizada e aprofundada, os diferentes institutos jurídicos e, em especial, o objeto central do presente estudo, em consonância com a linha de pesquisa e das aulas ministradas, sempre preocupado com a eficiência e o garantismo<sup>29</sup>, no modelo de processo penal em tramitação no Congresso Nacional, que institui a figura do juiz das garantias.

---

<sup>27</sup> Antonio Scarance Fernandes. *Procedimento no processo penal: noções, perspectivas simplificadoras e os rumos do direito brasileiro*. São Paulo: 2004, pp. 34.

<sup>28</sup> Antonio Scarance Fernandes. *Procedimento no processo penal: noções, perspectivas simplificadoras e os rumos do direito brasileiro*. São Paulo: 2004, pp. 38-39.

<sup>29</sup> Didaticamente, o Professor Antonio Scarance Fernandes ensina que se adotou a ideia de que o garantismo no processo penal “representa a efetivação do devido processo legal nos prismas subjetivo e

Conclui-se, portanto, que o Estado brasileiro, em consonância com a Constituição Federal de 1988, bem como dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tem o dever garantir, de maneira ampla, a concretização dos direitos fundamentais, em especial por meio do processo penal, com eficiência e garantismo.

Feitas estas primeiras colocações, introdutórias, passa-se, agora, à análise da persecução preliminar e seus sistemas de investigação, com as devidas observações conceituais para análise do modelo proposto para o novo Código de Processo Penal.

---

objetivo, como garantia das partes, essencialmente do acusado, e como garantias do justo processo, Por outro lado, afirmou-se que o vocábulo ‘eficiência’ seria usado de forma ampla, sendo afastada, contudo a ideia de eficiência medida pelo número de condenações. Assim, considerou-se eficiente o procedimento que, em tempo razoável, permitir atingir um resultado justo, seja possibilitando aos órgãos da persecução penal agir para fazer atuar o direito punitivo, seja assegurando ao acusado as garantias do processo legal”. (*Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal in Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 16.). Em resumo, conclui que “o estudo da eficiência é um estudo dos meios, o da eficácia, de efeitos, e o da efetividade, de finalidade. É a partir da fixação da finalidade, com que se define a efetividade, que se pode analisar depois a eficiência e a eficácia do que é objeto do estudo”. (Antonio Scarance Fernandes. *Efetividade, processo penal e dignidade humana in Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp.540).

## CAPÍTULO II – DA PERSECUÇÃO PRELIMINAR

### 2.1 – Da necessidade da persecução penal preliminar e suas principais formas de atuação no direito brasileiro

De acordo com José Frederico Marques, lastreado nos ensinamentos de Belling, em sentido amplo, a persecução penal pode ser conceituada como a atividade estatal de proteção penal.

Depois de praticado o delito, o poder-dever de punir do Estado, que era uma mera abstração hipotética e em potencial, ganha concretude e passa a ser uma realidade, exigindo-se que o autor do fato seja submetido aos rigores de uma pena prevista na lei, ou seja, o Estado tem o direito de persecução penal<sup>30</sup> para que consiga dar concretude ao seu *jus puniendi*<sup>31 32</sup>.

Destas primeiras colocações surge, inevitavelmente, um questionamento a respeito da necessidade, em regra, de uma fase preliminar, durante a persecução penal, chamada de persecução preliminar ou prévia, anterior ao processo penal.

---

<sup>30</sup> Edgard de Magalhães Noronha destaca que mesmo depois de cometido o delito, “não se pode discricionariamente aplicar a sanção, isto é, a pena ou consequência do crime. Esta só tem lugar mediante processo e julgamento, pois a ação punitiva estatal atinge o *status libertatis* do indivíduo, donde a necessidade de obediência a outro princípio liberal: *nulla poena sine iudicio*. Consequentemente, deve o Estado, além do *jus puniendi*, dispor de outro direito que vai realizar aquele: é o *jus perseguendi* ou *jus persecutionis* (direito de ação), que, por assim dizer, realiza o *jus puniendi*. (*Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.3.)

<sup>31</sup> José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal, volume 1, 2ª edição*. Campinas: Millennium, p.137-139.

<sup>32</sup> No mesmo sentido, ensina Rogério Lauria Tucci que a indispensabilidade de jurisdicionalização da pena, “que se traduz, por um lado, na correlação entre duas regras consagradas pelo senso liberal dos países civilizados, onde impera o Estado de Direito: a correspondente ao vetusto e denominado ‘princípio da reserva legal’ – *nullum crimen nulla poena sine lege*, e aquela implicativa da necessidade do processo e julgamento para aplicação do mandamento sancionador contido em norma penal adequada ao cometimento de fato enquadrável num modelo legal – *nulla poena sine iudicio*; e, por outro lado, na assunção, juntamente com o direito de punir, do direito, também subjetivo, à sua realização. (*Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 18)

Sobre o tema, é preciso destacar que o processo penal, que só se instaura com a propositura da ação penal, é orientado para a busca da verdade juridicamente possível, como forma de realização da justiça. Entretanto, mesmo com a observância integral da lei e de todo o procedimento, é possível chegarmos a um resultado equivocado, condenando-se um inocente ou absolvendo-se um culpado. Por conta desta premissa, o Desembargador Sérgio Marcos de Moraes Pitombo advertia que “pensar o processo penal de conhecimento, de natureza condenatória, implica jamais lhe esquecer a imperfeição, a deficiência intrínseca. Importa admitir que não se consegue afastar por inteiro o risco da eventualidade do resultado justo”.<sup>33</sup>

Destarte, constata-se a necessidade, em regra, de instituo prévio antes do ajuizamento da ação penal condenatória, que respeite os direitos e garantias fundamentais, com eficiência e mecanismos de controle, garantindo-se, assim, a presença da justa causa<sup>34</sup> para a ação penal<sup>35</sup>: “daí que, para acusar, deve-se ter prova, obtida por meio de uma apuração preparatória ou prévia à ação penal de natureza condenatória que demonstre, com alguma certeza, a existência material do fato, aparentemente ilícito e típico, e ao menos indícios de autoria, co-autoria ou participação, sem esquecer os elementos de convicção quanto à provável culpabilidade do indiciado”.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. *Prefácio in Justa causa para a ação penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>34</sup> Maria Thereza Rocha de Assis Moura. *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>35</sup> No mesmo sentido, ensina Sérgio Marcos de Moraes Pitombo que “se existem, no processo penal de índole condenatória, a fatalidade de conjunto de circunstâncias que desvirtuam o escopo das normas jurídicas; se, além disso, eventual disfunção no procedimento só faz crescer o perigo; se o constrangimento, peculiar ao processo, deve mostrar estrita legalidade, então é indispensável a existência de mecanismos de controle, de verificação da justa causa, na base do ato judicial coercitivo.” (*Prefácio in Justa causa para a ação penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001)

<sup>36</sup> Marta Saad. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 22.

Por tudo o que foi exposto, podemos dizer que a persecução penal se desenvolve, costumeiramente, em duas fases, em dois instantes: persecução preliminar/extrajudicial e processo judicial<sup>37</sup>.

A forma em que se dará a persecução preliminar varia conforme o tempo e a organização judiciária, política e cultural de determinado Estado<sup>38</sup>, ostentando, no atual estágio legislativo brasileiro, perfil particular, não se limitando ao Poder Executivo, como ressalta o saudoso Professor Doutor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo em interessante artigo sobre o inquérito policial<sup>39</sup>.

Sempre que se fala em persecução preliminar, logo se vem à mente o seu exemplo mais característico, no ordenamento jurídico brasileiro, o inquérito policial, a cargo da Polícia Judiciária. Entretanto, é preciso, desde já, frisar que a persecução preliminar não se limita ao inquérito policial, como deixa claro o próprio artigo 4º do Código de Processo Penal em vigor em nosso país, ao estabelecer que “a competência definida nesse artigo não excluirá a de autoridade administrativa, a quem por lei seja cometida a mesma função”.

Dessa forma, podemos elencar, no atual estágio normativo, outras formas de persecução penal preliminar, a começar pelo inquérito policial militar, conduzido pela polícia judiciária militar, com o escopo investigar a prática de delito que deve ser processado perante a Justiça castrense.

Em segundo lugar, podemos citar, no âmbito da Administração, processos administrativos que podem, eventualmente, servir de substrato para uma ação penal condenatória, desde que estejam presentes os requisitos mínimos para tanto, como já pontuado, desde que estejam presentes indícios de autoria e prova da materialidade delitiva. São inúmeros exemplos no tocante ao modo abordado, valendo

---

<sup>37</sup> Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: Cejup, 1986, p.18.

<sup>38</sup> Sobre a persecução preliminar no Brasil, ao longo dos anos, destaca-se o profundo estudo realizado por Professora Doutora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Marta Saad, em sua dissertação de Mestrado, “O direito de defesa no inquérito policial”.

<sup>39</sup> Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. *Inquérito policial: exercício do direito de defesa*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 83, outubro de 1999.

citar, antes de mais nada, o processo administrativo disciplinar, o procedimento administrativo do Fisco, da Comissão de Valores Mobiliários, do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, do Banco Central do Brasil, no Sistema Nacional do Meio Ambiente, no Sistema Nacional de Proteção ao Consumidor, etc<sup>40</sup>.

Da mesma forma, o Inquérito Civil, procedimento administrativo presidido pelo Ministério Público para a investigação de eventual prática contrária aos interesses difusos e coletivos, em regra, pode, também funcionar como persecução preliminar, sem a necessidade do tradicional inquérito policial, como é bastante comum, em especial no tocante à improbidade administrativa, em que, usualmente, o mesmo ato gera repercussões no campo civil, administrativo e penal<sup>41</sup>. Imagine-se, por exemplo, uma investigação, em sede de inquérito civil para a apuração de ato de improbidade administrativa, em que servidores públicos fraudam, reiteradamente, dia após dia, o sistema de frequência de repartição, sendo o procedimento administrativo instruído com gravações, testemunhos, documentos relacionados às atividades particulares dos envolvidos durante o período em que deveriam prestar o serviço público. É evidente que toda essa investigação pode embasar o ajuizamento de ação penal condenatória, notando-se, que por excesso de zelo é comum a extração de cópias e o seu envio para a Polícia Judiciária com a respectiva requisição de instauração de inquérito policial, estando ele já praticamente concluído quando de sua portaria inicial.

---

<sup>40</sup> Marta Saad. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 104-107.

<sup>41</sup> O inquérito civil foi criado pela Lei de Ação Civil Pública e depois constitucionalizado, nos termos do inciso III, do artigo 129, sendo depois previsto em outros diplomas, como no Estatuto da Criança e Adolescente, no Estatuto do Idoso, etc. Trata-se de um procedimento administrativo, de natureza investigatória, que tem por finalidade, principal, a coleta de subsídios para a propositura de uma Ação Civil Pública pelo Ministério Público, de cunho inquisitivo, privativo do *parquet*. Entre as suas características principais, destaque-se ser instrumento dispensável, informal, público, com ausência de contraditório. Em sentido contrário, temos a posição, minoritária, de Lauria Tucci: “portanto, quando se trata de aproveitar, em juízo, a prova coligida nesse procedimento administrativo, é imprescindível a instauração do contraditório, sob pena de afronta à garantia constitucional anteriormente mencionada. E conforme anteriormente ressaltado, a exigência do contraditório, aí, não significa apenas que a parte possa defender-se em relação às provas contra ele apresentadas; exige-se que o interessado seja posto em condições de participar, assistindo à produção das mesmas enquanto ela se desenvolve”. (*Inquérito civil: princípio do contraditório*. Revista Forense, ano 95, n.346, abril-junho, 1999).

Ainda no âmbito do Ministério Público, detentor de poder de investigação criminal, podemos citar o *procedimento de investigação criminal*, PIC, bastante utilizado pelos grupos de combate ao crime organizado, com absoluto destaque para o GAECO, do Ministério Público de São Paulo, que faz trabalho de vanguarda por todo o Estado. Tal procedimento investigatório pode ser definido como o “instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal”, que não é “condição de procedibilidade ou pressuposto processual para o ajuizamento de ação penal e não exclui a possibilidade de formalização de investigação por outros órgãos legitimados da Administração Pública”<sup>42</sup>.

No âmbito do Poder Judiciário, existia, na antiga lei de falência, uma curiosa forma de persecução preliminar, o inquérito judicial, que era muito criticado pela doutrina (por representar violação clara ao sistema acusatório) e nada mais era do que procedimento administrativo presidido pelo juiz da falência, não sujeito ao contraditório, iniciado a pedido do síndico, ou de qualquer credor, e que tinha como escopo apurar a existência de crimes falimentares e subsidiar o Ministério Público, no caso de uma futura ação penal. A nova lei de falência, de 2005, não repetiu o mencionado instituto do inquérito judicial e, ao contrário, prescreveu expressamente, em seu artigo 187, que “intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial”.

Também no tocante à persecução preliminar realizada pelo Judiciário, cita-se, ainda, o disposto no Capítulo IV, do Título II, *Do processo e do julgamento dos crimes contra a propriedade imaterial*, em que traz procedimento específico para tais delitos, tanto de ação penal privada ou pública, quando da ocorrência de vestígios. Trata-se, na verdade, da formação judicial do corpo de delito, verdadeira condição de procedibilidade para o exercício da ação penal: “no caso de haver o crime

---

<sup>42</sup> Artigo 1º da Resolução 13 do Conselho Nacional do Ministério Público, de 2006.

deixado vestígio, a queixa ou a denúncia não será recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito”, conforme dispõe o artigo 525 do Código de Processo Penal vigente.

Para Marta Saad, embora destinada a comprovar a existência material do fato “que desenha ilícito e típico, a diligência preliminar de busca e apreensão e formação do corpo de delito, realizada judicialmente, pode trazer elementos que levem ao apontamento da autoria da infração. Daí a necessidade de se reconhecer o exercício do direito de defesa, tão logo finda a diligência, dando-lhe publicidade”<sup>43</sup>.

No âmbito do Poder Legislativo, a persecução preliminar se dá através das Comissões Parlamentares de Inquérito. O coração, o centro do Parlamento não é, como se pensa, o seu Plenário, mas as suas Comissões, pequenos grupos de trabalho, “organismos constituídos em cada Câmara, compostos de número geralmente restrito de membros, encarregados de estudar e examinar as propostas legislativas e apresentar pareceres”<sup>44</sup>, que têm como objetivo potencializar o trabalho dos congressistas, uma espécie de delegação interna de competências. Como as Comissões representam as respectivas Casas, elas devem simbolizar o mesmo equilíbrio de forças, devem representar a proporção de cada força política, uma verdadeira exigência da representação proporcional, nos termos do artigo 58, parágrafo primeiro da Constituição Federal. A Constituição traz uma série de dispositivos relacionados às Comissões e também remete aos respectivos Regimentos Internos, sendo subsidiário o espaço reservado à lei.

Dentre as Comissões Parlamentares, interessa para o tema da persecução preliminar a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), que se coaduna com uma das funções típicas do Poder Legislativo, qual seja, a fiscalização. De acordo com o artigo 58, parágrafo terceiro, a Comissão Parlamentar de Inquérito tem poder de investigação de “autoridade judicial”, além de outros previstos nos Regimentos Internos das respectivas Casas, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo as

---

<sup>43</sup> Marta Saad. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 130.

<sup>44</sup> José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiro, 2001, pp. 515-516.

suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, podendo ser criadas pela Câmara e pelo Senado, em conjunto ou separadamente.

Mas o que significaria, exatamente, a expressão poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias? Segundo a Professora Marta Saad, “no curso das investigações, as Comissões Parlamentares de Inquérito, responsáveis pelo inquérito parlamentar, podem, em verdade realizar, de forma legal, toda e qualquer diligência que um delegado de polícia realizaria, no curso do inquérito policial. Entre tais diligências indispensáveis, incluem-se a inquirição de autoridades, de indiciados e de testemunhas. Isso também significa, em vista da limitação dos poderes da Comissão Parlamentar aos de uma autoridade policial quando determinado direito fundamental está em jogo, tal como a liberdade ou a privacidade, somente a autoridade judicial poderá autorizar a sua restrição, explicitando o motivo e os fundamentos da medida”<sup>45 46</sup>.

A Lei 9099, de 1995, inovou profundamente no tema ao tratar dos Juizados Especiais Criminais, que significou verdadeira supressão parcial do inquérito policial ao criar o termo circunstanciado<sup>47</sup> para os delitos de menor potencial ofensivo.

---

<sup>45</sup> Marta Saad. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 120-122.

<sup>46</sup> Ainda sobre o tema, interessante observação foi feita pelo Procurador Regional da República Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, em sua Dissertação de Mestrado, segundo a qual, a questionada expressão é fruto de má tradução de diplomas estrangeiros, de países que contam com juízes de instrução. Para o ex Procurador Regional Eleitoral de São Paulo, é necessária uma interpretação que não inviabilize o texto constitucional e, assim, o texto deve ser lido como poder de instrução do juiz no processo criminal, na busca da verdade real, contudo, sem a possibilidade de propriamente investigar, deliberação que não seja uma decisão individual do seu presidente, mas, sim, de todo o colegiado. (*Poderes de investigação das comissões parlamentares de inquérito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001).

<sup>47</sup> Segundo Moraes Pitombo, “termo circunstanciado, ou termo de ocorrência, consiste em espécie do gênero notícia da infração, por motivo de seu teor. Pode servir de base à composição dos danos à proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade – restritiva de direitos ou multa, ao oferecimento de denúncia ou queixa orais, e, também, ao pedido de arquivamento (artigos 72, 76, *caput* e artigo 77§§ 1º e 3º). Assim, não convém equiparar tal peça ao boletim de ocorrência hoje existente. Necessita emergir mais completa, respondendo às conhecidas perguntas, o quanto possível: Quem?, Que meios?, O quê? Por quê?, Como? Onde? e Quando? O boletim de ocorrência contém informes; já o termo circunstanciado, informações.” (*Supressão parcial do inquérito policial: breves notas ao artigo 69 e parágrafo único da Lei 9099/95 in Juizados especiais criminais: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 82-83)

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho e Luiz Flávio Gomes sustentam que o termo circunstanciado nada mais é do que um boletim de ocorrência um pouco detalhado, em que existe um direito subjetivo de não ser investigado, no caso de preferir o autor do fato a transação penal, preenchidos os requisitos legais mínimos para tanto, devendo ser esgotadas as medidas despenalizadoras previstas na Lei 9099, de 1995<sup>48</sup>.

Feitas estas colocações introdutórias a respeito da necessidade e das principais formas para a realização de investigação preliminar, cumpre, agora, analisarmos as suas principais características, sempre tendo em mente que a persecução preliminar, no atual modelo, se dá, na grande maioria dos casos, por meio do inquérito policial, presidido pela Polícia Judiciária, que servirá de norte para as futuras observações.

## **2.2 – Características determinantes da persecução preliminar**

A despeito da defesa da importância da persecução preliminar realizada acima, o processo penal pode prescindir dela, enfatizando uma de suas facetas principais, qual seja, a sua autonomia.

Citam-se com frequência, por exemplo, os crimes contra a honra, praticados pela imprensa, em uma matéria jornalística assinada. Entretanto, pondera o Professor Doutor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Aury Lopes Junior, que é “importante frisar que ‘em teoria’ o processo pode não necessitar da investigação preliminar, inclusive porque pode ter o caráter facultativo. Sem embargo, na prática, quanto maior a gravidade do delito, mais será a importância da instrução, ao

---

<sup>48</sup> *Juizados especiais criminais: comentários à lei 9099/1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 116-120.

ponto de poder-se afirmar que, excetuando-se os delitos de menor potencial lesivo, nenhum Promotor ou Juiz prescinde dessa investigação prévia”<sup>49</sup>.

Aury Lopes Junior sustenta a autonomia pautada em três planos distintos, quais sejam: objeto, sujeitos e atos. Com relação ao objeto, destaca uma profunda diferença, na medida em que se o objeto do processo é a pretensão acusatória, na fase preliminar será a *notitia criminis*, com diferença de grau de cognição sobre a materialidade e autoria. No tocante aos sujeitos, ensina que não existem partes na investigação e que os que atuam na fase preliminar não são necessariamente os mesmos que atuarão na fase processual, sendo o conteúdo de sua atuação totalmente diverso, como ocorre com o investigado, que suporta os atos da investigação inicialmente e depois, como acusado, ostenta outro patamar como sujeito passivo do processo criminal, em que a sua presença e atuação são imprescindíveis e complexas: “nem os sujeitos do procedimento instrutório coincidem necessariamente em número e postura processual com os do período decisório, nem sequer existem na instrução aqueles que são imprescindíveis para o processo”<sup>50</sup>. Por fim, observa que os atos são profundamente diferentes, porque diferentes são os sujeitos e o objeto e também porque no processo os atos são praticados mediante contraditório e ampla defesa, sob a presidência de um juiz, que segue fielmente um procedimento previamente imposto pela lei, a depender do crime em análise.

Além da sua autonomia, outra característica fundamental da persecução preliminar diz respeito à sua instrumentalidade, na medida em que está a serviço do processo crime, que, por sua vez, serve ao direito material e, assim como as cautelares, é um instrumento do instrumento, sendo certo que o seu fim não é a realização da justiça, mas garantir o eficaz funcionamento da justiça, como ensina Aury Lopes Junior: a persecução preliminar serve como instrumento que viabiliza a acusação,

---

<sup>49</sup> Aury Lopes Junior. *Sistemas de investigação no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 40.

<sup>50</sup> Aury Lopes Junior. *Sistemas de investigação no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 41.

mas, da mesma forma, também serve instrumento que decide pela não realização do processo <sup>51</sup>.

### **2.3 – Função da persecução preliminar**

Ainda com base no caráter instrumental da persecução preliminar e retomando algumas ideias já neste capítulo lançadas, surgem finalidades que extrapolam o âmbito processual e representam verdadeiro fundamento de existência da investigação preliminar, sobretudo quando falamos de direitos e garantias fundamentais.

Por esta razão, a doutrina especializada aponta uma dupla função da persecução preliminar: preservadora e preparatória<sup>52</sup>.

O Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Joaquim Canuto Mendes de Almeida já ensinava em sua Tese de Titularidade, depois reeditada e ampliada sob outro nome, em meados dos anos cinquenta, que a persecução penal preliminar deveria prevenir a justiça contra acusações infundadas, elencando diversos nomes da doutrina estrangeira, em especial da Itália, com o mesmo posicionamento: “a função preventiva decorre da necessidade de fundamentar um juízo de acusação, quer para garantia da inocência contra a leviandade ou calúnia, quer para garantia do organismo jurisdicional contra os dispêndios inúteis e injustos de tempo e de trabalho” <sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Aury Lopes Junior. *Sistemas de investigação no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 42-44.

<sup>52</sup> Joaquim Canuto Mendes de Almeida. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

<sup>53</sup> Joaquim Canuto Mendes de Almeida. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 30.

A persecução preliminar, neste sentido, funciona como um verdadeiro filtro processual, que demonstra, ou não, se existe fundamento, justa causa para a ação penal, assim como exclui fontes e meios de provas inúteis, permanecendo apenas, em sede processual, os elementos de convicção que possam ter verdadeira influência no julgamento, ao final, quando da sentença.

Segundo Aury Lopes Junior, a função de evitar acusações infundadas “é o principal fundamento da instrução preliminar, pois em realidade evitar acusações infundadas significa esclarecer o fato oculto (juízo provisório e de probabilidade) e com isso também assegurar a sociedade de que não existirão abusos por parte do poder persecutório estatal. Se a impunidade causa uma grave intranquilidade social, não menos grave é o mal causado por processar um inocente” e acrescenta que a função de filtro processual se mostra plenamente concretizada quando levamos em conta três fatores que a justificam, quais sejam, o a) custo do processo; b) estado de prolongada ansia<sup>54</sup>; c) a estigmatização social e jurídica que gera<sup>55</sup>.

Sobre a função preparatória, o Ex-Procurador Geral da República Joaquim Canuto Mendes de Almeida ensina que ela se determina pela absoluta necessidade de produção, antes e fora da audiência, de meios de prova dificilmente realizáveis no tempo e no local de concentração do processo, evitando-se o seu desaparecimento com a passagem do tempo<sup>56</sup>.

Além das funções preservadoras e preparatórias, cumpre pontuar que a persecução preliminar também representa um importante papel fora do campo processual, qual seja, assegurar a paz e a tranquilidade da sociedade de que não existirá a impunidade e de que os cidadãos que praticaram delitos receberão a sanção

---

<sup>54</sup> Franz Kafka retrata, com precisão, no âmbito da literatura, em seu livro clássico a angústia e o sofrimento do cidadão que tem a sua situação indefinida por bastante tempo e as consequências de tal morosidade. (*O processo*. São Paulo: Brasiliense, 1993)

<sup>55</sup> Aury Lopes Junior. *Sistemas de investigação no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 52.

<sup>56</sup> Joaquim Canuto Mendes de Almeida. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 30.

prevista na lei, após o cumprimento das formalidades de um processo justo e equo, sendo certo, contudo, que a cifra negra, os arquivamentos das investigações fundamentados na ausência de autoria representam, em sentido contrário, um sentimento de insegurança e de pouca confiança nos agentes estatais, ocasionando, muitas vezes, a vingança privada, o que representa forte fator de instabilidade social.

Superadas estas colocações a respeito das principais funções da persecução preliminar, necessário analisar, agora, os principais órgãos encarregados da investigação preliminar.

## **2.4 – Principais órgãos encarregados pela persecução preliminar**

Neste tópico, descreveremos os sistemas de investigação preliminar tomando por base o sujeito incumbido para tal tarefa, limitando-se a estudar três modelos, quais sejam, a investigação preliminar liderada pela Polícia Judiciária, a investigação preliminar liderada pelo Juiz Instrutor e a investigação preliminar liderada pelo Ministério Público.

### **2.4.1 – Investigação preliminar policial**

A investigação preliminar policial, como o próprio nome já diz, é uma investigação presidida, liderada pela Polícia Judiciária, que estabelece qual será a linha de investigação e quais os elementos de convicção farão parte do procedimento administrativo, que, ao final, depois da manifestação da autoridade policial, serão enviados ao titular da ação penal que se manifestará sobre o ajuizamento da ação ou o arquivamento do feito.

A Autoridade Policial, como foi dito, é o presidente da investigação preliminar e não existe qualquer subordinação funcional em relação ao promotor e ao juiz, sendo os atos praticados de natureza administrativa, uma vez que a Polícia Judiciária, apesar da presente nomenclatura, faz parte do Poder Executivo, da Administração Pública. Evidentemente, em situações que impliquem a restrição de direitos fundamentais, exige-se a manifestação judicial, como ocorre, por exemplo, na decretação de uma medida cautelar.

No atual modelo brasileiro, bastante criticado, observamos exatamente tal situação, com a investigação preliminar sendo conduzida pela Autoridade Policial, por meio, em regra, de procedimento administrativo intitulado inquérito policial, como já citado anteriormente.

Entre as vantagens apontadas da investigação preliminar a cargo da Autoridade Policial, costuma-se apontar a economia de recursos para o Estado, sem a necessidade de criação de outra figura, ou ampliação da estrutura de outra carreira, assim como se aponta a maior celeridade e a maior proximidade da população com o presidente da investigação.

Entre as principais críticas do modelo presidido pela Autoridade Policial cita-se, em primeiro lugar, a grande discricionariedade conferida à Autoridade Policial para selecionar as condutas que serão investigadas, sendo bastante comum, mesmo nos dias de hoje, a não instauração de inquéritos policiais e a utilização de folhas soltas, sem nenhuma organização, para evitar o controle externo da atividade policial, conforme previsto na Constituição Federal.

Em segundo lugar, critica-se a maior suscetibilidade da contaminação da polícia por parte da política, bem como dos meios de comunicação, muito em função da ausência das garantias conferidas aos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Em terceiro lugar, cita-se uma certa confusão entre a política de segurança pública e a função investigatória: “há nitidamente uma confusão entre a política de segurança pública e a função investigatória, que não raras vezes se

imiscuem no procedimento investigatório. A autoridade policial é levada a tratar o investigado como objeto de tutela da segurança pública, esquecendo-se de que durante o inquérito policial busca-se exclusivamente o apontamento de subsídios suficientes para, em juízo de probabilidade, superar a presunção de inocência e autorizar o juiz ao recebimento da denúncia. À autoridade policial não incumbe reforçar o sentimento de ‘segurança’ coletiva, seja tratando de obter provas a todo custo”<sup>57</sup>, ainda sendo bastante frequente a prática de tortura durante a investigação, o que exige uma resposta urgente, especialmente do Poder Judiciário e do Ministério Público, que devem exercer as suas prerrogativas na realização do controle externo da atividade policial, da investigação propriamente dita, não sendo meros chanceladores da atividade policial, o que representa, sem dúvida alguma, uma violação aos direitos fundamentais mais básicos do cidadão.

Mantida a investigação preliminar, em regra pela autoridade policial, por meio do inquérito policial, em especial, urge uma mudança de postura, como citado, mas também uma reformulação legislativa e é exatamente o que se discute hoje no Congresso Nacional, no Projeto de Novo Código de Processo Penal, que trata do juiz das garantias, preocupado com essa fase processual e com eventuais abusos, que devem ser imediatamente encerrados.

#### **2.4.2 – Investigação preliminar judicial**

No sistema de investigação preliminar em análise, o juiz instrutor é a máxima autoridade, que, em regra, a despeito de qualquer provocação, age por sua própria iniciativa, instaurando a investigação e conduzindo os seus trabalhos, sendo, para tanto, auxiliado pela Polícia Judiciária, que está diretamente subordinada no plano funcional, o que não ocorre no modelo anterior.

---

<sup>57</sup> Ricardo Jacobsen Gloeckner, e Aury Junior Lopes. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.132.

O juiz instrutor, dentro da investigação preliminar, é o verdadeiro protagonista e “detém todos os poderes para realizar as investigações e diligências que entenda necessárias para aportar elementos de convicção que permitam ao Ministério Público acusar, e a ele decidir, na fase intermediária, a admissão ou não da acusação. Não se pode afirmar que seja um sujeito ativo, pois a imparcialidade que lhe impõe a lei faz com que sua posição seja distinta daquela que ocupam os demais sujeitos. Será um sujeito imparcial, ainda que responsável por impulsionar e dirigir a investigação”<sup>58</sup>.

No tocante à origem histórica do modelo, destaca-se sua intrínseca relação com o sistema inquisitório, atuando o mencionado magistrado instrutor como uma parte, de maneira unilateral, investigando, acusando, instruindo e julgando, ou seja, não havia uma mínima delimitação e divisão de tarefas entre os sujeitos do processo, sendo certo que todas as atividades se concentravam e se confundiam na pessoa do juiz instrutor, em absoluta violação ao princípio da imparcialidade e com enorme prejuízo ao acusado.

Na atualidade, o sistema, em regra, ostenta uma configuração bem diferente, sendo certo que o juiz instrutor não será o responsável pelo julgamento da causa, assim como não será o responsável pela acusação, que fica a cargo do Ministério Público, na maioria dos casos. Entretanto, o juiz instrutor tem total iniciativa e gestão probatória e não está vinculado aos pedidos das partes, sendo até possível iniciar e concluir todo o procedimento a contragosto do Ministério Público, que será o responsável pela eventual e futura acusação, sendo possível, assim, o *parquet* não concordar com a linha investigativa ou até mesmo não vislumbrar justa causa para a futura ação penal e mesmo assim o juiz instrutor conduzir as investigações preliminares que em nada redundarão<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Ricardo Jacobsen Gloeckner, e Aury Junior Lopes. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.134.

<sup>59</sup> Ricardo Jacobsen Gloeckner, e Aury Junior Lopes citam interessantíssimo episódio sobre tal situação que ocorreu na Espanha, envolvendo o ditador chileno, Augusto Pinochet: o juiz instrutor Baltazar Gárzon conduziu investigação contra a opinião do *parquet*, que sustentava a incompetência da Espanha para tal julgamento, sendo certo que o então Procurador Geral interpôs recurso e alegou a mencionada incompetência e a falta de intimação do órgão acusador; ao final de toda a investigação do juiz instrutor, o

No tocante à investigação propriamente dita, nos tempos atuais, “a prova não é apenas produzida na presença do juiz instrutor, senão que é colhida e produzida por ele mesmo. Nessa atividade poderá atuar de ofício, isto é, independente de qualquer solicitação do MP ou do acusador privado. Entre outras diligências, poderá o juiz instrutor: a) proceder ao interrogatório do sujeito passivo; utilizar medidas cautelares pessoais ou reais; c) conceder a liberdade provisória; designar defensor para o sujeito passivo, caso não tenha feito; e) realizar inspeções judiciais e ordenar perícias; proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas, intimar e ouvir a vítima e testemunhas etc. Dessa forma, tomando conhecimento da prática de um delito (mediante *notitia criminis* ou qualquer outra fonte de informação), o juiz instrutor abrirá o procedimento e investigará por si mesmo ou ordenará que a Polícia Judiciária pratique aqueles atos que considera pertinentes para averiguar a materialidade e a autoria do fato. A participação do MP e da defesa será definida em cada sistema concreto, mas em geral, podem solicitar diligências, incumbindo ao juiz decidir sua realização”<sup>60</sup>.

Os defensores desse modelo de investigação preliminar destacam entre as suas vantagens, a existência de uma persecução conduzida por um órgão supra partes, que goza de grande respeitabilidade e credibilidade, que é imparcial e que não julgará o processo, ao final; possibilidade de recurso das decisões, o que não ocorreria em caso de investigação conduzida pela polícia ou pelo Ministério Público. Em suma, o grande argumento favorável ao modelo, na atualidade seria o controle do juiz sobre o inquérito policial, verdadeiro controle, supervisão da investigação, determinando as medidas restritivas de direitos fundamentais.

Entre as críticas ao mencionado modelo de investigação preliminar, em primeiro lugar, sustenta-se a não superação de sua índole inquisitiva, mesmo com a separação das funções e a não confusão dos atores processuais, na medida em que seria incompatível a mesma autoridade investigar e controlar a legalidade dos atos e preservar os direitos fundamentais em jogo, durante a fase inicial, destacando que

---

Ministério Público não acusou Pinochet. (*Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.136).

<sup>60</sup> Ricardo Jacobsen Gloeckner e Aury Junior Lopes. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.135.

muitas vezes os trabalhos da investigação preliminar são usados, ao final do processo de conhecimento, quando da sentença condenatória, apenas como ratificação, ao invés de uma produção da prova mediante contraditório e ampla defesa na presença do juiz natural para o caso.

Questiona-se, também, o aumento na demora da instrução preliminar, na medida em que o juiz não se contentaria com a mera probabilidade e buscaria a certeza para encerrar suas atividades, o que também geraria um aumento considerável nos custos, na medida em que os atos deveriam ser duplamente realizados na presença de um magistrado<sup>61</sup>.

Além disso, também se coloca em suspeição o limite da delegação do juiz instrutor à Polícia Judiciária e se deveriam estar previstos em lei, sob o risco de abusos e excessos por parte dos agentes estatais, com a validação judicial de atos administrativos.

Por fim, o sistema do juiz instrutor representaria uma grave violação ao princípio da igualdade, não garantindo um julgamento justo e equo, tendo em vista a falta de paridade de armas no processo penal<sup>62</sup>, porque privilegia uma atuação típica de parte, ao invés de funcionar com imparcialidade, supra partes.

---

<sup>61</sup> Félix Fischer e Ada Pellegrini Grinover. *Juizado de instrução, vantagens e inconvenientes. Exame de alternativas ajustadas à realidade brasileira* in *Seminário aspectos penais em 500 anos*. Série cadernos do Centro de Estudos Judiciários, volume 18, p. 22.

<sup>62</sup> Renato Stanzola Vieira destaca, em sua Dissertação de Mestrado, que com base na premissa da igualdade constitucional “é possível chegar à paridade de armas no processo penal. A ideia de paridade remonta à igualdade entre os sujeitos processuais e, por isso, o extrato constitucional da igualdade é indissociável do tratamento dado à paridade de armas no processo penal”. (*Paridade de armas no processo penal*. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2014, p.353)

### 2.4.3 – Investigação preliminar pelo Ministério Público

Em terceiro lugar, temos a investigação preliminar conduzida pelo Ministério Público, o que tem sido uma tendência em muitos países na atualidade, em especial na Europa em que o modelo do juiz instrutor vem perdendo terreno para tal modalidade, em nome de uma concretização do sistema acusatório e de uma homenagem ao princípio da imparcialidade.

Neste sistema, o membro do Ministério Público é o responsável pela investigação do delito, após recebimento da *notitia criminis* diretamente em seu gabinete de trabalho, ou indiretamente, através da Polícia Judiciária, que está subordinada funcionalmente ao *Parquet*, que a dirige, ainda cabível a investigação própria, praticando por si mesmo os atos necessários, para a formação da *opinio delicti*, denunciando ou arquivando o feito.

Em casos específicos, durante a investigação preliminar, em que ocorrer a restrição de direitos fundamentais, como ocorre na decretação da uma prisão preventiva, de uma interceptação telefônica, competirá a um magistrado a decisão sobre tais medidas: “caberá ao juiz da instrução (que não se confunde com a anterior figura do juiz instrutor) decidir sobre essas medidas. Esse juiz atua como um verdadeiro órgão suprapartes, pois não investiga, senão que intervém quando solicitado como um controlador da legalidade (e não da conveniência) dos atos da investigação levados a cabo pelo promotor. A essa figura denominamos juiz garante da investigação preliminar ou juiz de garantias”.<sup>63</sup>

Entre os defensores do mencionado modelo, surge, primeiramente, o argumento da homenagem à imparcialidade, exatamente a grande crítica feita ao sistema do juiz instrutor, como já analisado, não existindo muita lógica, efetivamente em um juiz instruir para que um promotor, depois, presentes os requisitos mínimos, acuse.

---

<sup>63</sup> Ricardo Jacobsen Gloeckner e Aury Junior Lopes. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 154-155.

Em segundo lugar, cita-se, como argumento favorável a celeridade, por conta da não reiteração dos atos judiciais, na medida em que os atos praticados são de natureza administrativa, concentrando os esforços para a prova produzida perante o juiz, mediante contraditório e ampla defesa.

Outro argumento favorável à investigação preliminar realizada pelo Ministério Público diz respeito ao fato de ser o Promotor de Justiça o titular da ação penal, ou seja, cumpre a ele decidir se deve, ou não, ajuizar a ação penal e em circunstâncias, razão pela qual a instrução deveria ser dirigida pelo membro do *parquet*.

## **2.5 – Do inquérito policial no código de processo penal**

Como observamos acima, a investigação preliminar está, em regra, sob a presidência da Autoridade Policial, por meio do inquérito policial, razão pela qual urge abordarmos algumas questões conceituais, bem como críticas e sugestões para a superação dos mencionados problemas.

Em linhas gerais, o inquérito origina-se da palavra inquirir que é o mesmo que perguntar, procurar, indagar, investigar, etc. Trata-se de procedimento administrativo<sup>64</sup>, que tem como objetivo principal a busca de indícios de autoria e prova da existência de um crime para embasar uma futura ação penal, como vimos.

Prevalece na doutrina que o inquérito policial tem estrutura inquisitiva<sup>65</sup>, na medida em que seria sigiloso<sup>66</sup>, sem contraditório<sup>67 68 69</sup>, de

---

<sup>64</sup> No HC 82354, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence enfatizou que o inquérito policial é um procedimento administrativo preparatório de um processo judicial, sem qualquer decisão, em que não há litigantes, mas apenas interessados.

<sup>65</sup> Sérgio Marcos de Moraes Pitombo critica, com base a lição de Canuto Mendes de Almeida, essa insistência em conceituar o inquérito policial como inquisitivo, na medida em que, segundo ele, a inquisitividade está presente em toda a persecução penal, tanto na fase preliminar, como na fase judicial:

instauração obrigatória, com discricionariedade para as diligências e sem a possibilidade do indiciado requerer qualquer diligência.

A doutrina cita, com frequência, as seguintes características principais, além daquelas já mencionadas: a) atividade administrativa de caráter investigatório; b) preparatório e informativo; c) obrigatório para a Autoridade Policial e disponível para o titular da ação penal; d) indispensável para a Autoridade Policial; e) escrito.

O inquérito policial pode ter início pelas seguintes formas, a saber: a) de ofício, por meio de uma portaria da Autoridade Policial; b) por requisição do juiz ou do membro do Ministério Público; c) por meio de representação; d) por meio de requerimento; e) pelo auto de prisão em flagrante.

Após a realização de todas as diligências necessárias, nos termos do artigo 10 do Código de Processo Penal, a Autoridade Policial deve apresentar um Relatório Final a respeito dos trabalhos realizados, sem espaço para juízo de valor, cabendo ao titular da ação penal, depois da intermediação do Poder Judiciário, requer diligências, arquivar o feito ou ajuizar a ação penal.

---

“a inquisitividade, maior ou menor, acha-se, sempre, em qualquer sistema processual penal. No processo penal brasileiro, encontra-se em ambos os instantes da persecução penal – extrajudicial e judicial – , sem esquecer do processo de execução. Varia, tão só, a intensidade da pesquisa, conforme a natureza do provimento jurisdicional intentado. Parece desútil repetir, a todo tempo, que se não confundem poder-dever inquisitivo do Delegado de Polícia e do Juiz penal, com procedimento inquisitório, extinto durante o século XIX”. (*Inquérito policial: exercício do direito de defesa*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 83, outubro de 1999)

<sup>66</sup> Não pode ser oposto sigilo ao juiz e ao membro do Ministério Público, sendo certo, outrossim, nos termos da Súmula Vinculante nº 14 que existe amplo acesso à defesa técnica no tocante aos elementos de prova documentados no procedimento investigatório.

<sup>67</sup> Em sentido contrário, por todos, cita-se a obra de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, já citada em outras oportunidades, que reproduz sua Tese apresentada em 1937, sob o título de “A contrariedade na instrução criminal”.

<sup>68</sup> Cita-se, por todos, a posição de José Frederico Marques, de que o inquérito policial é uma mera peça administrativa, meramente informativa, que exhibe apenas atos de investigação, sendo possível apresentar os seguintes argumentos apresentados pela doutrina majoritária: a) não há que se falar em contraditório, porque existe mera investigação, sem uma acusação; b) seria uma antecipação ao investigado dos trabalhos da Polícia Judiciária; c) a admissão do contraditório no inquérito policial significaria uma autorização para condenar o acusado sem provas durante a instrução judicial; e) se existe contraditório, deveria ter o Ministério Público atuando como parte e não como fiscal da lei; f) nenhum investigado tem interesse em cooperar com as investigações.

### **2.5.1 – Crise no inquérito policial e movimentos em prol de sua supressão e modificação**

São inúmeras as críticas ao modelo de investigação preliminar presidido pela Autoridade Policial, razão pela qual se faz necessária a elaboração de item próprio para análise e reconhecimento de sua crise e para discussão de algumas propostas de sua supressão e modificação.

Em interessante passagem de seu curso de Direito Processual Penal, Aury Lopes Junior sintetiza as principais razões para a crise no inquérito policial brasileiro, além daquelas já elencadas quando do estudo das formas de investigação e os órgãos que são responsáveis por sua condução: a) ausência de um efetivo controle externo da atividade policial; b) duração exagerada da investigação, sem a fixação de limites e com ilimitadas prorrogações; c) ausência de definição a respeito da situação jurídica do investigado e as consequências do indiciamento; d) papel do juiz na persecução preliminar e a sua prevenção.<sup>70</sup>

Por conta desta situação de crise bastante discutida, surgem diversos movimentos para a sua supressão ou modificação. No Brasil, como ensina o saudoso Professor Catedrático Manoel Pedro Pimentel, a crítica ao inquérito policial é recorrente e se originou desde os tempos de independência, dos primeiros diplomas legislativos e das primeiras Escolas Jurídicas (XI de Agosto de 1827): “os estudiosos do Direito Processual Penal têm divergido quanto à necessidade e à utilidade do inquérito policial. Pensam mitos que essa colheita de provas, tal como feita entre nós, é defeituosa, parcial e enseja oportunidades para a fraude. Julgam inútil a tomada de depoimentos na fase policial do processo, porque as mesmas testemunhas deverão ser ouvidas em Juízo, sob o crivo do contraditório. Aconselham a supressão do inquérito, que deveria ser reduzido à formação da prova pericial e à indicação das testemunhas ouvidas pela autoridade policial, sem terem os seus depoimentos reduzidos a termo,

---

<sup>70</sup> Aury Lopes Junior. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 344-347.

constando do relatório final do inquérito apenas um resumo do que foi por elas informado”<sup>71</sup>.

Uma das primeiras grandes movimentações para a crítica e supressão do inquérito policial e da atual forma de condução da investigação preliminar ocorreu durante o governo de Getúlio Vargas, quando da promulgação da Carta Constitucional de 1934, que restabeleceu a unidade processual, exigindo-se a legislação por parte da União no tocante à matéria processual.

Os trabalhos legislativos transcorreram normalmente e o Projeto de Código de Processo Penal ficou conhecido como Projeto Vicente Ráo, então Ministro da Justiça e Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, grande centro de oposição ao regime<sup>72</sup>.

A grande modificação apresentada pelo Projeto Vicente Ráo dizia respeito à supressão do inquérito policial e a criação do juizado de instrução, como preconizava a Exposição de Motivos, que o sistema vigente causava um duplo prejuízo para a sociedade e para o acusado, que o processo penal nada mais era do que uma mera repetição de tudo o que havia sido produzido em sede policial, bastante demorado, que o inquérito causava prejuízo à sociedade na medida em que não tinha valor probatório e em muitas oportunidades o que nele é produzido não se repete em juízo, sendo certo que o longo tempo dificultava a realização da prova em contraditório, perante a autoridade judicial: “para evitar os males expostos, o Projeto, fiel aos princípios fundamentais que o ditaram, procura atender a um interesse legítimo e outro, isto é, ao da sociedade e ao do acusado, harmonizando-os, fundindo-os num interesse só, que é o do respeito à lei. Estabelece normas mais severas, mais seguras, para evitar a

---

<sup>71</sup> Manoel Pedro Pimentel. *Advocacia criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 1.

<sup>72</sup> Getúlio Vargas, de maneira muito hábil, fez questão de buscar apoio dos bacharéis oriundos da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, mesmo com toda a oposição registrada pelos estudantes do Centro Acadêmico XI de Agosto e de muitos professores, sendo atribuída a ele frase de que “seria impossível governar sem essa gente”. Como ensina o Professor Dirceu de Mello, a escolha de tais juristas não foi coincidência e serviu como aproximação, uma verdadeira jogada política a ida de Vicente Ráo para o Ministério e de Alcântara Machado para liderar os trabalhos de elaboração do Código Penal (*História do Direito Penal Positivo*. Curso de Pós-Graduação *stricto sensu*, Mestrado e Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2006).

impunidade do crime, mas também faculta ao criminoso, ou a quem é reputado tal, meios honestos, cercados de igual segurança, para a produção de sua defesa. Separa, efetivamente, a investigação da formação do processo. Reconduz a polícia à função que lhe é peculiar e restitue à Justiça a plenitude de sua real competência”<sup>73</sup>.

Conforme a crítica de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, “o sistema do projeto, ao contrário do que anuncia o governo, não suprime o inquérito policial, nem as funções judiciais da Polícia, mas, apenas, denomina o inquérito de ‘diligências policiais’, reduzindo teoricamente a respectiva autoridade a fazer exames, vistorias, buscas, apreensões, avaliações, e a ‘conduzir à presença do juiz as pessoas cuja audiência seja útil à averiguação da verdade’. Praticamente, porém terá essa autoridade de ouvir testemunhas, porque não poderá adivinhar-lhes a ciência que tenham dos fatos interessantes à elucidação da verdade”<sup>74</sup>.

O Projeto Vicente Ráo não chegou a ser aprovado pelo Congresso Nacional e poucos anos depois foi editado o Código de Processo Penal de 1941, sem as inovações ali debatidas e propostas, mas rotineiramente o tema volta ao centro dos debates, sempre com defensores da introdução deste modelo do juizado de instrução em nosso país<sup>75</sup>.

Neste contexto de crise e de uma série de críticas ao modelo atual, cita-se, também, o Projeto de Lei 4209, de 2001, da Comissão Ada Pellegrini Grinover<sup>76</sup>, que tratou, especificamente, da investigação criminal e reflete

---

<sup>73</sup> Exposição de Motivos do Projeto de Código de Processo Penal da República dos Estados Unidos do Brasil, 1935.

<sup>74</sup> Joaquim Canuto Mendes de Almeida. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, pp.154-155.

<sup>75</sup> Entre 29 e 30 de maio de 2003, durante o Seminário “Propostas para um novo Brasil”, realizado no Auditório do Superior Tribunal de Justiça, discutiu-se e redigiu-se Anteprojeto sobre o tema do juizado de instrução: “na esteira de várias tentativas anteriores, todas elas frustradas por diversificados motivos, e que, certamente, aqui e agora, não vêm a pelo, iniciou-se, há algum tempo, no seio do Superior Tribunal de Justiça, movimento tendente à elaboração de Anteprojeto de Lei referente à adoção, em nosso processo penal, do Juizado de Instrução”. (Rogério Lauria Tucci. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.123)

<sup>76</sup> Em capítulo próprio deste trabalho analisa-se movimentação legislativa pela reformulação processual penal, com as devidas observações sobre a Comissão Ada Pellegrini Grinover e os seus trabalhos, avanços e críticas.

muitas das críticas já mencionadas, sem, contudo, suprimi-lo. No tocante ao inquérito policial, projeta-se uma maior simplicidade e uma maior celeridade na atuação da Polícia Judiciária, estabelecendo prazos e a impossibilidade de prorrogação de prazo, que segundo Tucci significa “um interminável e inaceitável burocratização da *informatio delicti*, em benefício (o que é pior...) da impunidade”<sup>77</sup>.

Ainda sobre a investigação, o Projeto prevê a necessidade da formalização do indiciamento, que deverá emergir configurado em ato formal de polícia judiciária, conforme já defendia Pitombo desde a década de oitenta<sup>78</sup>: “reunidos os elementos informativos tidos como suficientes, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de indiciado, com as garantias dela decorrentes”<sup>79</sup>, sendo ele interrogado com observância dos direitos e garantias fundamentais, identificado datiloscopicamente, nas hipóteses previstas em lei, prestar informações sobre a vida pregressa e informar a importância do endereço fornecido para efeito de citação e intimação e o dever de comunicar qualquer mudança de endereço. Destaca-se, ainda no tocante à persecução preliminar, a preocupação da Comissão Ada Pellegrini com a figura do ofendido também nesse momento processual, muito influenciado pelos estudos do Professor Antonio Scarance Fernandes, exigindo-se a intimação do ofendido para o reconhecimento de pessoas ou coisas, assim como para a reprodução simulada dos fatos, admitindo-se a possibilidade de pedido de diligência para esclarecimento da verdade.

O Projeto Ada Pellegrini Grinover, destarte, não defende a criação de novo modelo, mas, sim, um aprimoramento do que já existe, para que perca o

---

<sup>77</sup> Rogério Lauria Tucci. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 95.

<sup>78</sup> Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1986, pp. 44-45.

<sup>79</sup> Artigo 8º do Projeto de Lei 4209, de 2001.

caráter burocrático e cartorial de hoje, com a coordenação do Ministério Público, em trabalho conjunto com a Polícia Judiciária<sup>80</sup>.

Crítica contundente ao atual perfil do inquérito policial foi realizada por Marta Saad, em sua Dissertação de Mestrado, em que sustentou, muito influenciada pelos estudos de Pitombo, Tucci e Canuto, que não se trata de peça meramente informativa, mas, sim, verdadeiro ato de investigação e de instrução, sendo que em muitas situações com caráter definitivo, “que não mais se repetem e podem dar ensejo, ainda no curso do próprio inquérito policial, à decretação de medidas restritivas de direitos individuais do acusado, que exigem, por consequência, a pronta participação do acusado e de seu defensor. Além disso, o inquérito é inquisitivo tal como toda a persecução penal, e a atividade inquisitiva, seja do delegado de polícia, ou do juiz de direito, não afasta a participação da defesa, posto que todos trabalham em busca da verdade atingível, ou possível”.<sup>81</sup>

Ao sustentar uma interpretação da lei processual à luz da Constituição Federal, Saad sustenta o direito de defesa no inquérito policial e fala em exercício endógeno e exercício exógeno: o exercício endógeno se manifestaria em três situações bem particulares, quais sejam, a) ciência da imputação (nota de culpa, ciência da existência de investigação em andamento e seu conteúdo por meio de notificação, para comparecimento, comunicação da prisão ao juiz e à sua família); autodefesa (interrogatório, direito ao silêncio, direito de não declarar a verdade, direito de assistência de curador ao menor, direito de não participar de reconhecimento, acareação, reprodução simulada, nem de fornecer material para perícia ou ser compelido a exibir documento); c) defesa técnica (ciência do acusado do direito à assistência por defensor, direito de escolher o seu próprio defensor e ser por ele assistido, impossibilidade de extensão da decretação do sigilo do inquérito policial para o acusado e seu defensor, livre comunicação entre acusado e defensor, proposição, admissão e produção de meios

---

<sup>80</sup> Félix Fischer e Ada Pellegrini Grinover. *Juizado de instrução, vantagens e inconvenientes. Exame de alternativas ajustadas à realidade brasileira* in *Seminário aspectos penais em 500 anos*. Série cadernos do Centro de Estudos Judiciários, volume 18, p. 24.

<sup>81</sup> Marta Saad. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 373-374.

de prova e direito a um intérprete); o direito exógeno, por sua vez, pode ser brevemente exemplificado por meios das ações constitucionais do mandado de segurança e do habeas corpus, assim como o direito de peticionar à autoridade judiciária competente.

Em seus estudos, Rogério Lauria Tucci passou a defender, de maneira crítica e com base no devido processo legal, “a garantia do devido processo penal em todo desenrolar da *persecutio criminis* e na execução, de sorte a estabelecer-se a contrariedade, também, na investigação criminal, posicionamento mais recentemente reforçado pelo disposto nos incisos LV e LXIII do artigo 5º da Carta Magna de nossa República Federativa, editada em 05-10-1988”<sup>82</sup>.

As críticas e as sugestões são as mais diversas, mas em linhas gerais, nota-se, em regra, uma grande preocupação com a carência e a violação dos direitos fundamentais, sendo certo que a atual discussão a respeito da criação do juiz das garantias também reflete tão preocupação e precisa ser seriamente discutida no Congresso Nacional.

### **2.5.2 – Violação dos direitos fundamentais durante a persecução preliminar**

A mencionada crise tem como uma das principais causas, se não a principal, as seguidas denúncias de violação dos direitos fundamentais durante a fase de investigação criminal (gênero), em especial, durante o inquérito policial (espécie)<sup>83</sup>, não sendo raro, em sede judicial, denúncias de irregularidades, maus tratos, extorsões, torturas e até mesmo homicídios durante tal fase preliminar.

---

<sup>82</sup> Rogério Lauria Tucci. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 92.

<sup>83</sup> As principais violações aos direitos humanos, segundo a Professora Flávia Piovesan estão divididas em oito diferentes grupos: a) violência contra a mulher; b) discriminação racial; c) violação de direitos das crianças e dos adolescentes; d) violência rural; e) violência contra povos indígenas f) violência contra os defensores dos direitos humanos g) detenção arbitrária, tortura e homicídios cometidos durante a ditadura militar; f) violência policial.

Segundo Maurício Zanoide de Moraes, “basear uma crítica na atual falta de recursos, como se essa realidade isentasse de obrigação ou de responsabilidade de cumprir o prometido na Constituição a curto ou a médio prazos (não esqueçamos que a Constituição já tem mais de 20 anos), não serve sequer para oferecer desculpas aos cidadãos pela continuidade desse caos no sistema criminal atual. Também não será argumento razoável ou aceitável pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos ou pela Comunidade Internacional se continuarmos a ser condenados politicamente por esses organismos”<sup>84</sup>.

A crítica acima transcrita é precisa e chama o estudioso do processo penal a uma interessante reflexão: o que precisa ser feito para que o Brasil não seja, seguidas vezes, condenado em diversas instâncias internacionais de proteção aos direitos humanos? Nos últimos anos, desde a redemocratização e desde o fim da censura, as principais violações de direitos humanos passaram a ser divulgadas e questionadas, com maior alarde, mesmo que a resposta estatal não seja satisfatória e seja preciso buscar uma resposta em instâncias internacionais.

Em um passado não muito distante, tudo permanecia em sigilo e a omissão era a palavra de ordem entre as autoridades.

Fala-se, sobre o tema, em um “legado” do regime militar em que o emprego de abusos pelas forças de segurança era “política oficial aprovada e, como tal, sua prática tornou-se institucionalizada. Um exemplo desse fato foi o manual ‘confidencial’ de técnicas de interrogatório produzido pelo gabinete central do Ministério do Exército e seu respectivo Centro de Informações (CIEEx) em 1971, descoberto mais tarde em um arquivo de segurança da polícia no Estado do Paraná: ‘disso se conclui que o objetivo de um interrogatório de subversivos não é fornecer dados para a justiça criminal processá-los; seu objetivo real (é) obter o máximo possível

---

<sup>84</sup> Maurício Zanoide de Moraes, *Quem tem medo do juiz das garantias?*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, edição especial sobre o novo Código de Processo Penal, agosto de 2010.

de informações. Para conseguir isso será necessário, frequentemente, recorrer a métodos de interrogatório que, legalmente, constituem violência’ ”<sup>85</sup>.

Não podemos deixar, neste momento, de mencionar o caso mais dramático e mais emblemático de violação de direitos humanos cometido por agentes estatais durante a ditadura militar<sup>86</sup>, que assolou o Brasil entre as décadas de sessenta e oitenta e que ficou vulgarmente conhecido como “Esquadrão da Morte” e que envolveu parcela significativa da burocracia estatal. É preciso tecer algumas linhas sobre este triste episódio de nossa história, para que o atual momento do nosso País seja melhor compreendido.

### **2.5.2.1 – O Esquadrão da Morte: institucionalização da violação dos direitos fundamentais durante a investigação criminal**

Em plena vigência do Ato Institucional nº5, no auge das repressões por parte do Estado, surgiu um grupo organizado, muito influenciado pela Scuderie Detetive Le Cocq, organização criminosa fundada no Estado do Rio de Janeiro, no começo da década de sessenta.

Por incrível que pareça, o denominado Esquadrão da Morte recebeu enorme aprovação da população que via numa “faxina” dos criminosos

---

<sup>85</sup>ANISTIA INTERNACIONAL. *Tortura e maus tratos no Brasil: desumanização e impunidade no sistema de justiça criminal*. Brasil: Amnesty International Publications, 2001, pp. 12-13.

<sup>86</sup> De acordo com a lição da Professora Flávia Piovesan, há uma relação indissociável entre democracia, direitos humanos e desenvolvimento e todos os instrumentos de direitos humanos pressupõem um Estado Democrático de Direito como condição para o exercício de direitos humanos. No tocante à América Latina e as ditaduras que assolaram o continente na segunda metade do século XX, destaca-se o papel da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: “atente-se que a comissão exerceu um extraordinário papel na realização de investigações *in loco*, denunciando, por meio de relatórios, graves e maciças violações de direitos durante regimes ditatoriais na América Latina, especialmente na década de 70. A título de exemplo, cite-se o impacto de importantes relatórios sobre a repressão no Chile (1973) e desaparecimentos forçados na Argentina (1979). A Comissão tem sido um relevante ator no processo de democratização das Américas. Contudo, a partir da redemocratização na região, a Comissão tem tido uma função cada vez mais jurídica e não política, se comparada com a sua marcada atuação política no período dos regimes militares na América Latina”. (*Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49)

pela polícia como uma alternativa para a violência crescente no Estado de São Paulo, desde o fim da década de cinquenta<sup>87</sup>.

Além da aprovação expressiva da população, o Esquadrão da Morte contou com nefasto incentivo e odiosa omissão da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo e de outras tantas autoridades.

Como disse, certa vez, o Padre Antônio Vieira, no sermão da Condenação, "pelo que fizeram, se não-de condenar muitos, pelo que não fizeram, todos.... a omissão é o pecado que se faz não fazendo". E omissão foi a palavra de ordem em toda a sociedade brasileira até que o então Procurador de Justiça Hélio Pereira Bicudo denunciou aquilo que estava acontecendo no interior do Presídio Tiradentes e no Departamento Estadual de Investigações Criminais (DEIC)<sup>88</sup>, nas periferias de todo o Estado de São Paulo, nas valas das estradas, os famosos "presuntos".

---

<sup>87</sup> Segundo o Ex-Presidente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Hélio Bicudo, "cientes de que estávamos sozinhos e de que sozinhos teríamos que executar o nosso trabalho, cuidamos de submeter a profundo exame as sindicâncias que corriam pela Vara da Corregedoria dos Presídios e da Polícia Judiciária. Precisávamos qualquer coisa, rapidamente, para desmentir com fatos a impressão de que nada se apuraria contra os intocáveis da Polícia. A leitura das sindicâncias revelou que era exata a ideia de que o Esquadrão da Morte, institucionalizado na Polícia, deixara de obedecer às intenções que tinham aparentemente presidido à sua formação. Se, logo de início, parecia que ele tomava a simpática atitude de defender as pessoas e os bens da população desta cidade, eliminando bandidos, não tardou a impor-se-nos a conclusão de que semelhante instrumento também servia para favorecer quadrilhas de traficantes de drogas em cumprimento de outras, assegurar a prostituição organizada e vender proteção, pura e simplesmente, a exemplo do que fazia e ainda faz nos Estados Unidos, a Máfia". (Hélio Pereira Bicudo, *Meu depoimento sobre o Esquadrão da Morte*. São Paulo, Pontifícia Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, 1978, pp. 26-27)

<sup>88</sup> Sobre o *modus operandi* do Esquadrão da Morte, é preciso destacar que dezenas de mortes seguiram o mesmo roteiro: a Polícia realizava uma prisão irregular, levava ao Presídio Tirantes ou ao DEIC, eram torturados e, depois, eram retirados, no meio da noite e apareciam, no outro dia, em uma vala de uma estrada qualquer, que era comunicada pelo porta-voz da quadrilha, o Lírio Branco: "no contato diário com os presos, começou a desvendar-se aos seus olhos todo o mecanismo do Esquadrão da Morte e toda a miséria do velho casarão da Avenida Tiradentes. Alguns detentos o procuravam para avisá-lo de que iam ser mortos. E isso vinha a acontecer. Por vezes, a informação lhe chegava num dia e no outro sucediam as mortes. Procurou ele conhecer o mecanismo usado pela polícia para as detenções ilegais a que procedia no Presídio Tiradentes. Foi pelas palavras desse padre que eu soube da existência de um documento designado pelo nome de grade, no qual constavam o nome dos presos e a data da prisão. Ele conseguiu que as grades lhe fossem entregues diariamente e, graças a isso, pôde reconstituir em muitos casos a vida dos marginais no cárcere e comprovar o momento em que eles eram retirados para o encontro com a morte nas estradas. Infelizmente, já não tinha consigo senão alguns exemplares. Mas talvez fosse possível encontrar outros no próprio Presídio, porque a auto-convicção da impunidade induzia os policiais à imprudência. O memorial de espancamentos, torturas e negociatas que o bom frade beneditino nos fez era de arrepiar os cabelos. Havia um delegado, por exemplo, que obrigava os presos a circularem à noite inteiramente despidos, repetindo sem pausa o 'Padre Nosso' em torno do pátio da cadeia. Outro delegado,

Após um longo período de inatividade, o Procurador de Justiça Hélio Bicudo redigiu uma representação à chefia de sua instituição, na qual solicitava a intervenção e a investigação dos crimes cometidos; em resposta à representação, o Procurador Geral de Justiça, Dario de Abreu Pereira a encaminhou à Secretaria de Segurança Pública, na época dirigida pelo magistrado aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Hely Lopes Meireles, o que gerou uma imediata reação do Governador do Estado de São Paulo, Roberto Costa de Abreu Sodré que foi aos jornais e fez uma declaração deselegante e injuriosa com relação à honra (inabalável) do Procurador de Justiça Hélio Bicudo, negando, ao final, o massacre cometido pelos policiais, denunciado anteriormente<sup>89</sup>.

Depois de um aparente intervalo, o Esquadrão da Morte retornou com muito mais força, um ano depois, por ocasião do homicídio de um investigador de polícia, Agostinho de Carvalho, o que gerou uma decantada vingança já no enterro do finado investigador de polícia: para cada policial morto, dez criminosos seriam abatidos. Quase que imediatamente, dez criminosos foram retirados do Presídio Tiradentes, onde estavam presos cautelarmente, para que fossem encontrados, mortos, em valas de estradas da Região Metropolitana de São Paulo, os famosos “presuntos”,

---

nisto acompanhado por investigadores, divertia-se mergulhando os presos num pequeno poço – hoje desaparecido – que ficava logo em frente ao pavilhão dos presos correccionais. Se o objetivo da experiência quisesse respirar e erguesse um pouco a cabeça, levava uma pancada. Se não quisesse levar pancadas, tinha de manter a cabeça imersa na água. E o suplício só tinha fim quando se esgotava a veia lúdica dos carcereiros. Como derivativo, havia as queimaduras com pontas de cigarro e chamas de isqueiro etc. Havia agora o temor maior: o de ser levado para a estrada.” (Hélio Pereira Bicudo. *Meu depoimento sobre o Esquadrão da Morte*. São Paulo, Pontifícia Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, 1978, pp. 28-29)

<sup>89</sup> Vale a pena transcrever interessante trecho da mencionada entrevista concedida pelo Governador do Estado de São Paulo, Roberto de Abreu Sodré, ao Programa de Televisão Pinga Fogo, do extinto canal Tupi: “faz-se uma onda muito grande com relação ao ‘Esquadrão da Morte’. ‘Esquadrão da Morte’ não existe como organização. Isto é invenção, isto é promoção, isto é oposição à polícia que muitas vezes é sacrificada e injustiçada; e ela é injustiçada no mundo inteiro. A polícia não é simpática. Não sei por quê razão, mas não é. Mas aí de nós sem ela. Bom, o que existe é o que existe em qualquer parte do mundo. Quem é que está no front, quem é que está na frente da briga, quem é que sobe numa favela para pegar marginal. É o juiz togado, é um promotor pequeno, grande, seja do tamanho que tiver, pra ir lá? Não. Quem sobe é um policial da polícia militar ou um da polícia civil, que arrisca a sua vida, o sustento da sua família, porque geralmente são pobres, para tirar um marginal dentro de uma favela, escondido, encurralado, para dar tranquilidade à cidade. Este marginal, por ser marginal, reage. Então queria que o policial dissesse: ‘Não, não atire em mim, vamos fazer um arreglo, você vai para a cadeia direitinho, eu trato você bem’. Evidentemente, na hora em que o outro puxa o revólver, o soldado ou o inspetor de polícia reage, porque, ou ele reage ou morre. E está morrendo todo dia. Porque ele não tem assim uma segurança tão grande quanto aqueles que têm esse pundonor, dizendo que o policial deve morrer e não matar. Pois o policial, quando acuado, para cumprir o seu dever, pode matar para defender a sociedade.”.

que eram comunicados à sociedade pelo “porta-voz” da organização criminosa, o “Lírio Branco”.

Mais uma vez, o Procurador de Justiça Hélio Bicudo se revoltou e enviou nova representação ao Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, para que as devidas providências fossem tomadas. Em pouco tempo, o Colégio dos Procuradores se reuniu e ficou determinado que o próprio Hélio Bicudo fosse o responsável por tais investigações e, para tanto, poderia escolher dois Promotores de Justiça para a composição da equipe, sendo eles os combativos José Sílvio Fonseca Tavares e Dirceu de Mello.

A despeito da inquestionável falta de estrutura, foi realizado um trabalho esplêndido, que mudou, inegavelmente, os rumos do nosso país e fortaleceu grandemente o Ministério Público e o seu poder de investigação criminal: investigaram, denunciaram e levaram a júri popular o famigerado Delegado Sérgio Fernando Paranhos Fleury<sup>90</sup> e grande parte de sua quadrilha, mesmo depois de toda a pressão pública sofrida, mesmo depois das inúmeras ameaças de morte e outras formas de intimidação aos seus familiares, mesmo depois de todas as violações de direitos humanos, como escutas ilegais, quebra de sigilo bancário e fiscal, mesmo com a inscrição dos Promotores no Serviço Nacional de Informações (SNI), mesmo depois das aulas ministradas na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo pelo então Promotor de Justiça Dirceu de Mello serem gravadas pela polícia política.

Cumprе ressaltar que os trabalhos só não foram mais impressionantes em razão da misteriosa (e até hoje mal explicada) morte do Delegado Fleury (pouco tempo depois de sair da prisão, beneficiado pela casuísta lei<sup>91</sup> que recebeu

---

<sup>90</sup> O perfil do delegado torturador foi muito bem traçado pelo filme nacional “Batismo de sangue”, de 2007, dirigido por Helvécio Hatton, baseado no livro homônimo de, Carlos Alberto Libânio Christo, o Frei Betto, vencedor do Prêmio Jabuti, de 1982. O delegado Fleury é brilhantemente interpretado pelo ator Cássio Gabus Mendes, que retrata, com perfeição, as inúmeras violações de direitos humanos praticadas, especialmente durante as investigações criminais, no período em que esteve no Departamento de Ordem Política e Social (DOPS).

<sup>91</sup> Em dezembro de 1973, em virtude do Esquadrão da Morte e da prisão de Sérgio Fleury, o Governo Federal editou uma casuísta lei que ficou conhecida como Lei Fleury, responsável por alterar o artigo 310 do Código de Processo Penal: a nova redação permitia que réus pronunciados e que estavam presos cautelarmente (o que era o caso do delegado torturador) pudessem, em certas condições (semelhantes às

o seu nome e que alterou o artigo 310 do vetusto Código de Processo Penal, de 1941) e da exoneração<sup>92</sup> de toda a equipe de promotores, um pouco antes de alcançarem as provas definitivas para a formalização de denúncia que levaria influentes agentes políticos, envolvidos com a empreitada criminoso, ao banco dos réus<sup>93</sup>.

---

ostentadas pelo delegado torturados) pudessem aguardar em liberdade até o dia do julgamento em plenário.

<sup>92</sup> A exoneração dos membros do *Parquet* nos trabalhos do Esquadrão da Morte gerou uma série de questionamentos, na media em que a manifestação do Procurador Geral de Justiça, Oscar Xavier de Freitas foi lacunosa e sem nenhuma justificativa. Tamanha indignação fez com o jornal Estado de São Paulo abordasse o tema em seu editorial de 4 de agosto de 1971: “quais, então as razões justificativas da sua exoneração? O tempo se encarregará de as apresentar um dia com a mudez forte da verdade. Entretanto, sejam-nos permitidas aqui algumas palavras que são muito mais de aviso que de advertência. Conforme está na memória de todos, houve tempo em que a opinião bandeirante, horrorizada com a brutalidade dos crimes praticados pelo Esquadrão da Morte, se interrogava, ansiosamente sobre os motivos que induziram o nosso Ministério Público a omitir-se diante dessas reiteradas provas de desprezo pela legislação penal em vigor. A íntima interrogação de nossa gente, assim como o escândalo provocado em todo o mundo pela audácia e a impunidade dos assassinos, com reflexos deletérios sobre o bom nome do País no concerto das nações civilizadas, tiveram enfim o condão de despertar as autoridades para o dever que lhes incumbia na qualidade de governantes do que se reclamava se um Estado de Direito. Apagar essa nódoa que manchava a reputação do Brasil aos olhos de seus próprios filhos e aos olhos da opinião pública internacional, aliás muito bem manobrada pela propaganda torrencial da esquerda totalitária, tornou-se a partir de dado momento uma questão relevante para o nosso governo. Tão relevante que para dar-lhe remédio eficaz, remédio político e ao mesmo tempo moral e jurídico, houve por bem o Ministério Público de São Paulo confiá-la expressamente ao procurador Hélio Bicudo. Foi o bastante para aquietar as preocupações da opinião pública e, do mesmo passo, fortalecer a posição moral do regime revolucionário com o esvaziamento da campanha de calúnias que lá fora lhe era movida. De ora em diante, porém, que dizer? O mínimo que se pode conjecturar é que as autoridades judiciárias paulistas se viram constringidas a ceder ante a ação daqueles que não querem ver punidos os ‘tubarões’ do Esquadrão da Morte. Como a opinião pública exige, claro está, uma satisfação, as malhas da lei serão com certeza lançadas onde haja apenas pescaria de pequeno bordo. Tal é a conclusão que se impõe, oxalá, equivocadamente, aos espíritos já prevenidos pelo histórico rico e variado das pressões feitas para matar no ovo o clamoroso inquérito. De fato, quando o País na sua totalidade se devia congrega em torno de uma figura que tanto dignificava o Ministério Público paulista, o que se vê é a classe que o constitui ser utilizada por interesses escusos para remover do seu caminho um obstáculo que se demonstrava inexorável no respeito à sua missão. Não pretendemos por em dúvida a honorabilidade dos pares do servidor agora dispensado. Seria no entanto, não levar na devida conta os meios e modos de pressão de que se dispõem os criminosos já denunciados se acreditássemos que a demissão do sr. Hélio Bicudo é de molde a assegurar o mesmo ritmo imprimido até agora aos processos penais do Esquadrão. Seja como for, do triste episódio sai engrandecido aquele representante da Justiça - e perde o Ministério Público de São Paulo, juntamente com o País, cuja imagem, lá fora, voltará certamente a ser aquele que tanto impressionou o sr. ministro Mário Gibson Barboza em sua última missão diplomática aos países da América Central.”

<sup>93</sup> “Por fim, o próprio Procurador Geral de Justiça me adiantou que embora eu não a requeresse, ia conceder-me férias, maneira de me afastar temporariamente do encargo. Pensava ele encontrar durante esse período a solução definitiva. Fiz-lhe então uma conta proposta: eu pediria exoneração dentro de trinta dias, prazo em que estaria habilitado, ainda à frente do ‘affaire’, a apresentar um relatório apontando as responsabilidades daqueles que na Polícia propriamente dita, na Secretaria de Segurança Pública e no Governo do Estado em si acoroçoavam as atividades do Esquadrão da Morte, permitindo o infundável número de crimes até então praticados. A proposta, naturalmente, não foi aceita. Na verdade, o acúmulo de pressões a que vinha sendo submetido tinha justamente origem na circunstância de, não havendo mais elementos para a indicação dos principais executivos do bando celerado, ter considerado encerrada essa

### **2.5.2.2 – Violação dos direitos fundamentais durante a persecução penal preliminar na atualidade e condenações do Brasil no sistema internacional de direitos humanos**

O episódio acima mencionado não pode ser esquecido e não pode ser lido como um fato isolado, perdido no tempo.

Hoje<sup>94</sup>, os principais estudos sobre o tema atribuem aos períodos autoritários e também à escravidão como fatores responsáveis pela persistência de tais práticas e destacam, ainda, certa resignação e também aceitação por parte significativa da população, tanto dos setores mais humildes, como daqueles mais privilegiados<sup>95</sup>.

Segundo a lição da Professora Flávia Piovesan, a grande maioria dos casos de violação dos direitos humanos refere-se à atuação policial, “o que demonstra que o processo de democratização foi incapaz de romper com as práticas autoritárias do regime repressivo militar, apresentando como reminiscência um padrão de violência sistemática praticada pela polícia militar, que não consegue ser controlada pelo aparelho estatal. Tal como no regime militar, não se verifica a punição dos responsáveis. A insuficiência, ou mesmo, em alguns casos, a inexistência da resposta por parte do Estado brasileiro é o fator que enseja a denúncia dessas violações de direitos perante a Comissão Interamericana”<sup>96 97</sup>.

---

fase das investigações para passar à seguinte, que implicaria a descoberta dos autores intelectuais da matança. Era essa perspectiva que provocava inquietações e estava na base da campanha de intimidação que me cercava”. (Hélio Pereira Bicudo, *Meu depoimento sobre o Esquadrão da Morte*. São Paulo, Pontifícia Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, 1978, p.80).

<sup>94</sup> Sobre a contextualização da criminalidade e da violência no mundo de hoje, cita-se o artigo do artigo do Professor Dirceu de Mello, *Violência no mundo de hoje* in *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

<sup>95</sup> ANISTIA INTERNACIONAL. *Tortura e maus tratos no Brasil: desumanização e impunidade no sistema de justiça criminal*. Brasil: Amnesty International Publications, 2001, p. 12.

<sup>96</sup> Flávia Piovesan. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 51.

Se na década de sessenta não havia imprensa livre, se as publicações culturais eram censuradas, se não havia Ministério Público independente, se o Brasil ainda não tinha ratificado os tratados internacionais de direitos humanos que hoje somos signatários, dependíamos única e exclusivamente de pessoas iluminadas, que num verdadeiro gesto de sacrifício pessoal e de seus familiares, ousaram denunciar e processar altas autoridades; hoje, apesar da resistência e da complacência dos mesmos de sempre, já existem algumas possibilidades (ainda insuficientes, é verdade) de que os violadores sejam, efetivamente, responsabilizados. Cumpre a toda sociedade brasileira buscar alternativas, melhorias em nosso ordenamento para que tais crimes sejam efetivamente investigados e os responsáveis processados e condenados.

Nesse sentido, devemos destacar, antes de mais nada, a importância do Poder de Investigação do Ministério Público, alvo de seguidas polêmicas e questionamentos<sup>97</sup> e em seguidas tentativas de mudanças legislativas, como ocorreu, no ano de 2013 com a absurda Proposta de Emenda à Constituição, número 37, de 2011 que tinha como objetivo deixar expresso na Constituição Federal que o Ministério Público não pode investigar, contrariando a tese dos Poderes Implícitos, consagrada no Direito Constitucional em todo mundo desde o precedente *Mcculloch X Maryland*, da Suprema Corte do Estados Unidos da América do Norte.

---

<sup>97</sup> É preciso destacar que não basta o País ser democrático para que os direitos humanos sejam respeitados. Por mais que seja indissociável a relação entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento, um país plenamente democrático pode ser um grande violador dos direitos humanos, como ocorre com o Brasil. Nesse sentido, é preciso esclarecer que “é claro que as maiores violações de direitos humanos de todos os tipos, perpetradas pelo Estado, continuam a ocorrer em ditaduras ou países de regime autoritário, secular ou religioso. Conforme estabelecida a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, a democracia é elemento fundamental para se obter a observância dos direitos humanos, inclusive os de ‘segunda geração’. Até porque, conforme ensinava Marschall desde a década de 1940, os direitos civis e políticos sempre foram instrumentos importantes para a consecução dos direitos econômicos e sociais pelo proletariado dos países que se modernizaram nos dois últimos séculos. Mas, para quem acompanha apenas superficialmente a questão dos direitos fundamentais nestes tempos pós-Guerra Fria, dada a acentuada assertividade dos movimentos da sociedade civil, a total liberdade dos partidos de oposição e a extraordinária – e salutar – exposição autocrítica das mazelas nacionais a que se dedicam os mais importantes órgãos da imprensa livre (quando não-submetida pelo sistema econômico dominante a verdadeira lavagem cerebral, como se vê em alguns dos países ocidentais desenvolvidos), tem-se a impressão de que países como o Brasil, o Chile, a Argentina, a Venezuela e outros congêneres, plenamente redemocratizados neste início de século, são mais violadores dos direitos de sua população do que governos autoritários ignorados dos noticiários.” (José Augusto Lindgren Alves. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005, p.154)

<sup>98</sup> Por todos, cita-se o parecer do Professor Titular da Universidade de São Paulo, José Afonso da Silva, a pedido do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

O presente trabalho não tem como objetivo abordar com mais profundidade o tema, mas não pode deixar de consignar uma indagação: como ficariam as investigações dos inúmeros crimes cometidos pelos agentes públicos, em especial, aqueles referentes à Polícia? Se o Ministério Público não pudesse investigar, o Esquadrão da Morte, liderado pelo Delegado Fleury, a denúncia seria considerada um mero devaneio do Procurador Hélio Bicudo, assim como ironizou o Governador Roberto de Abreu Sodré.

Outra importante medida que inverte, sensivelmente, a tendência de não responsabilização das violações mencionadas se refere à recente inserção do Brasil no sistema internacional de proteção aos direitos humanos, com a assinatura e a ratificação de inúmeros tratados internacionais de direitos humanos, como analisado anteriormente. A Professora Doutora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Flávia Piovesan, em sua tese de doutorado, ensina que com o processo de democratização iniciado no Brasil a partir de 1985, “não apenas implicou transformações no plano interno, mas acenou com mudanças na agenda internacional do Brasil. Essas mudanças contribuíram para a reinserção do País no contexto internacional. Nesse sentido, percebe-se que os valores democráticos que demarcaram o debate nacional, num momento histórico de ruptura com o ciclo de autoritarismo pelo qual passou o País, invocaram uma agenda internacional renovada no âmbito brasileiro. Verificar-se-á que esses fatores ensejaram um avanço extremamente significativo no âmbito do reconhecimento, cada vez maior, da existência de obrigações internacionais em matéria de direitos humanos por parte do Estado brasileiro. Com efeito, ao longo do processo de democratização, o Brasil passou a aderir a importantes instrumentos internacionais de direitos humanos, aceitando expressamente a legitimidade das preocupações internacionais e dispondo-se a um diálogo com as instâncias internacionais sobre o cumprimento conferido pelo País às obrigações internacionalmente assumidas. No processo de democratização, por outro lado, acentuou-se a participação e mobilização da sociedade civil e de organizações não governamentais no debate sobre a proteção dos direitos humanos”<sup>99</sup>.

---

<sup>99</sup> Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp.255-256.

Até o ano de 2006, a título de exemplo, apenas cinco casos haviam submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>100 101</sup>, em face do Brasil, 2 casos contenciosos e 3 medidas cautelares. A primeira condenação do Brasil ocorreu em quatro de junho de 2006, no caso Damião Ximenes, que foi morto por espancamento em uma clínica psiquiátrica no Ceará. O Brasil foi condenado pela violação aos direitos à vida, à integridade física e à proteção judicial, constituindo-se uma decisão paradigmática para a defesa dos direitos da pessoas com deficiência mental e para avançar na política pública de saúde mental.

A segunda condenação do Brasil foi no “Caso Escher”, em que a juíza de direito Elizabeth Khater ordenou interceptações telefônicas ilegais a uma série de organizações não governamentais (ONG’s) e ao Movimento dos Sem Terra (MST) e ainda autorizou a divulgação das conversas, em um claro escopo de

---

<sup>100</sup> Os exemplos mencionados referem-se ao sistema vertical de proteção aos direitos humanos, mas não podemos deixar de mencionar a existência do chamado sistema horizontal de proteção dos direitos humanos, em que o próprio Estado aplica (não conta com força militar nem com a atuação de nenhum organismo internacional, como, por exemplo o Conselho de Segurança das Nações Unidas) sanções ou pressões (como por exemplo, podemos citar o boicote ou o embargo a um país violador de direitos humanos) ou até mesmo uma empresa privada, como aconteceu, recentemente, com a fornecedora de material esportivo Reebok, na China, já que estava muito preocupada com o histórico chinês de violação dos direitos humanos, assumindo, por conta própria, uma política de proteção aos direitos humanos e aplicável em todas as suas operações ao redor do mundo: “a Reebok não operará sob condições de lei marcial nem permitirá qualquer presença militar nas suas dependências; encoraja a liberdade de Associação e de Assembleia entre os Empregados; ninguém será demitido por suas posições políticas ou reivindicações; prevenirá o doutrinação político em suas instalações; repudia o uso da força contra os direitos humanos”.

<sup>101</sup> É importante destacar que além dos instrumentos convencionais de proteção dos direitos humanos, temos os mecanismos não convencionais baseados na Carta das Nações Unidas, que decorrem diretamente da Carta das Nações Unidas, não dependendo de convenções específicas. Segundo a lição do Defensor Público do Estado de São Paulo, Carlos Weis, “diante da pouca efetividade dos mecanismos baseados nas convenções para obrigar os Estados a respeitar e promover os direitos humanos, a Comissão de Direitos Humanos/CDH da Organização das Nações Unidas, pressionada pelos Países subdesenvolvidos e por graves violações a direitos fundamentais (constantes do núcleo inderrogável dos direitos humanos), passou a esboçar novos meios de atuação, mais ágeis e efetivos, denominados genericamente ‘mecanismos não-convencionais’ – ou seja, aqueles que decorrem diretamente de sua previsão na Carta das Nações Unidas, e não das convenções de direitos humanos. Destacando as vantagens deste sistema sobre o anterior, José Augusto Lindgren Alves destaca que: ‘os mecanismo da CDH não convencionais, estabelecidos por simples resoluções da Comissão, exercem seu mandato sobre qualquer País, seja ele parte ou não dos instrumentos jurídicos. Mais ágeis que os comitês, e funcionando de forma semipermanente, tais mecanismos são atualmente os que mais incisivamente fiscalizam as situações nacionais - e consequentemente, mais têm exigido ações e respostas do Brasil’”. (*Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.126.). Sobre o tema, cumpre ainda destacar que, de início, coube à Comissão de Direitos Humanos, por meio de resolução do ECOSOC, que atribuiu a este órgão o protagonismo do sistema não convencional; a Resolução 60/251 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas estabeleceu a criação do Conselho de Direitos Humanos, no lugar da Comissão de Direitos Humanos.

criminalizar os movimentos sociais em uma postura bem diferente daquela adotada em outros casos rumorosos, como ocorreu no caso envolvendo o Jornal Estado de São Paulo e o Presidente do Senado e Ex-Presidente da República, José Sarney.

A terceira condenação do Brasil também foi no “caso Sétimo Garibaldi” que, curiosamente, também tem os mesmos protagonistas do “Caso Escher”: a juíza de direito Elizabeth Khater e o Movimento dos Sem Terra (MST), no Estado do Paraná. Neste caso emblemática, vinte homens armados invadiram um acampamento do Movimento dos Sem Terra para realizar um despejo extrajudicial violento, culminando no homicídio do agricultor Sétimo Garibaldi; depois de muita demora, o inquérito policial foi arquivado pela juíza Elizabeth Khater. O Brasil foi condenado porque não responsabilizou os culpados; o caso expõe a parcialidade do Poder Judiciário do Estado do Paraná nas regiões com conflitos agrários, demonstrando uma clara parcialidade em nome das milícias formadas pelos fazendeiros.

A quarta condenação do Brasil ocorreu no “caso da Guerrilha do Araguaia”<sup>102</sup>, em que o Brasil “foi condenado por violações de direitos humanos e determinou a instauração de investigações penais para a apuração do desaparecimento forçado e da execução sumária de pessoas ocorrida no âmbito da Guerrilha do Araguaia, bem como para a punição dos executores materiais e dos autores intelectuais. Nesse ponto, a Corte expressamente proibiu que o Brasil se valesse da aplicação da Lei de Anistia, assim como das disposições normativas relacionadas com a prescrição, a irretroatividade da lei penal, a coisa julgada e o princípio do ne bis in idem. Também determinou que fossem assegurados às autoridades todos os recursos necessários para receber e produzirem provas, além dos meios e mecanismos para

---

<sup>102</sup> O Professor Associado da Universidade de São Paulo, Marcos Alexandre Coelho Zilli, destaca que “muito antes da tentativa de revisão da Lei da Anistia provocada pela OAB, o Centro de Justiça e Direito Internacional (Ceji) e a Human Rights Watch (HRW), em nome dos desaparecidos no contexto da Guerrilha do Araguaia, apresentaram, em 07.08.1995, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, petição, que após processamento, resultou na interposição de ação contra o Brasil a CIDH, em 26.03.2009 (Caso Lund e outros). Objetivou-se com a ação a declaração da responsabilidade do Estado brasileiro – e consequente punição – por graves violações de direitos humanos cometidas no contexto da Guerrilha do Araguaia e consistentes na detenção ilegal, na tortura, no desaparecimento forçado e na execução sumária de setenta pessoas, bem como pela omissão na tomada de qualquer providência persecutória contra os responsáveis e, ainda, pela ausência de medidas tendentes à revelação da verdade sobre aqueles fatos”. (*O regime militar e a justiça de transição no Brasil. Para onde caminhar?* in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano19, número 93, 2011, p.88)

acessar as informações e dados pertinentes. Determinou, igualmente, que as ações penais tramitassem na jurisdição ordinária e não no foro militar e que fosse garantido aos familiares das vítimas o pleno acesso às investigações e ao processo. A Corte determinou, igualmente, que o Brasil empreendesse todos os esforços para a indicação do paradeiro dos desaparecidos, impondo ao país a obrigação de cobrir os eventuais gastos funerários. Também fixou o prazo de um ano para que o Estado realizasse um ato público de reconhecimento internacional em memória dos desaparecidos e reconheceu o mérito da recente iniciativa do Brasil em criar uma Comissão de Verdade para a reconstrução da memória histórica. A Corte determinou, ainda, que o país tipificasse em seu ordenamento penal o crime de desaparecimento forçado de pessoas e também mandou que se implementasse, no âmbito das Forças Armadas, um curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos. Por fim, com relação à reparação dos danos, a Corte destacou, positivamente, a atuação do Estado brasileiro no pagamento de indenizações e considerou razoáveis os montantes fixados no âmbito da Lei 9.140/1995. Assumiu que eles incluíam tanto os danos materiais quanto os imateriais e considerou suficientes os valores pagos pelo Brasil às vítimas. Relativamente ao dano reparatório, a Corte fixou, em prol dos familiares diretos, o montante de 45.000,00 dólares americanos e de 15.000,00 dólares americanos aos familiares indiretos. Estabeleceu, para tanto, o prazo de um ano, a contar da notificação da sentença, para o pagamento das verbas impostas<sup>103</sup>.

Trata-se de decisão emblemática, que muito se aproxima dos casos paradigmáticos de Barrios Altos, Almonacid Arellano e Goiburú, sobre esse triste período na América Latina. Essa decisão, além da sua importância intrínseca, gera uma série de questionamentos, ainda não esclarecidos a respeito da decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da Lei de Anistia.

As condenações do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como as outras questões levadas a outros órgãos, como a própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos, geram um enorme constrangimento internacional para que o País cumpra os compromissos assumidos

---

<sup>103</sup> Marcos Alexandre Coelho Zilli, *O regime militar e a justiça de transição no Brasil. Para onde caminhar?* in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 19, número 93, 2011, pp. 89-90.

desde a redemocratização em nosso ordenamento jurídico interno, assim como com os tratados internacionais. O Brasil, depois de algumas condenações, precisa repensar o seu enorme histórico de violações de direitos humanos cometidos, especialmente, durante a fase de investigação criminal, o que remonta à observação do Professor Maurício Zanoide de Moraes e que motiva, ainda mais, a importância de um magistrado que atue na proteção das garantias fundamentais colocadas em risco durante a investigação criminal, sendo necessário destacar, por exemplo, a criação das audiências de custódia pelo Tribunal de Justiça do São Paulo e posteriormente adotada em âmbito nacional, com base no Pacto de São José da Costa Rica, que prevê a apresentação do custodiado em até 24 horas à autoridade judicial e que será posteriormente analisada.

## CAPÍTULO III - O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

### 3.1 – Primeiras colocações

De acordo com a clássica lição do Professor das Universidades de Hamburgo, Madri e Buenos Aires, Werner Goldshmidt, a imparcialidade é o princípio supremo do processo penal<sup>104</sup> porque constitui a figura do julgador, criando as condições mínimas para o estabelecimento da “estrutura dialética que funda o processo penal. Sem imparcialidade não temos juiz com suficiência constitucional e democrática, e sem ele, o processo penal não passa de puro golpe de cena”<sup>105 106</sup>.

O princípio da imparcialidade, diferentemente de outros princípios, não recebe uma menção expressa na Constituição Federal<sup>107</sup>, assim como em

---

<sup>104</sup> “Extrañamente, no se consigna como uno de los principios fundamentales del proceso el de la imparcialidad. No obstante, pocas objeciones se levantarán –y desde que llamamos la atención sobre este particular se han levantado- en considerar la imparcialidad como el fundamento del proceso civil, penal, contencioso-administrativo, en fin: del proceso como tal”. (*La imparcialidad como principio básico del proceso: la parcialidad y la parcialidade.*)

<sup>105</sup> Aury Lopes Junior. *Posfácio in Imparcialidade e processo penal da prevenção da competência ao juiz das garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>106</sup> No mesmo sentido, o Professor das Universidades de Kiel e Munique, Karl Larenz, defendia que o princípio da imparcialidade era o primeiro requisito da confiança do cidadão que renuncia à autodefesa e à vingança para buscar o seu direito no Poder Judiciário: o juiz não se inclina, *a priori*, para nenhuma das partes, situando-se à frente de ambas, sem predisposição de beneficiar ou prejudicar qualquer uma delas, tratando a todos com absoluta igualdade e sem qualquer tipo de preferência. (*Derecho justo, fundamentos de ética jurídica*. Madri: Civitas, 1985)

<sup>107</sup> Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró ensina que apesar de não ter previsão expressa, trata-se de uma garantia constitucional implícita: “embora a Constituição não assegure, expressamente, o direito a um juiz imparcial, é inegável que a imparcialidade do juiz é *conditio sine qua non* de qualquer juiz, sendo, pois, uma garantia constitucional implícita. A palavra juiz não se compreende sem o qualificativo de imparcial. Não seria exagerado afirmar que um juiz parcial é uma contradição em termos. Aliás, a ideia de jurisdição está indissociavelmente ligada à de juiz imparcial, na medida em que, se o processo é um meio de heterocomposição de conflitos, é fundamental que o terceiro, no caso, o juiz, seja imparcial, isto é, não parte”(A *garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das*

outros tratados internacionais de direitos humanos. Um dos poucos tratados internacionais de direitos humanos que tem a previsão expressa do princípio da imparcialidade é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que em seu artigo X estabelece que “toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e **imparcial**, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.” No mesmo sentido, temos a Convenção Europeia dos Direitos do Homem que em seu artigo 6º, 1º, estabelece que: “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e **imparcial**, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”.

A despeito da ausência de texto exposto, não se trata de um princípio desconhecido em nosso ordenamento jurídico<sup>108</sup>, porque está previsto na cláusula geral do devido processo legal, uma verdadeira garantia constitucional implícita, vez que a independência e a imparcialidade do magistrado são premissas mais

---

*regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese de Livre Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2011, p.29).

<sup>108</sup> No tocante ao princípio da imparcialidade na literatura jurídica brasileira, Gustavo Badaró faz uma interessante observação com o escopo de justificar a escassa bibliografia: “talvez, a ausência de uma norma expressa na Constituição seja a razão desse desinteresse. No campo processual penal, os estudos sempre trazem preocupações com a igualdade de partes e com o juiz natural, mas a imparcialidade geralmente sequer merece um subitem nas monografias sobre garantias processuais”. (*Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz das garantias in Processo penal, constituição e crítica - estudos em homenagem ao prof. dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, pp.345-346)

do que óbvias para a realização de um processo justo e equo. Além disso, como observa o Professor Titular da Universidade de São Paulo, Cândido Rangel Dinamarco, a imparcialidade é uma consequência direta do princípio da igualdade<sup>109</sup>, consagrado expressamente em nosso ordenamento jurídico em diversas oportunidades, na medida em que não é um valor em si próprio, “mas fator para o culto de uma fundamental virtude democrática refletida no processo, que é a igualdade. Quer-se o juiz imparcial, para que dê tratamento igual aos litigantes ao longo do processo e na decisão da causa”<sup>110</sup>.

É preciso destacar, no tocante ao seu conteúdo, que a imparcialidade não é o mesmo que neutralidade<sup>111</sup>, como ocorreu no passado, em especial no século XVIII, quando do surgimento do Estado Moderno, em que o Judiciário surgiu como Poder responsável por ser a “boca da lei”, merecendo destaque a lição de André Machado Maya: “não se sustenta, nessa ótica a ênfase unilateral conferida pelas sociedades ocidentais à racionalidade, em detrimento da importância do sentimento e da intuição na tomada das mais variadas decisões inerentes à vida humana, especialmente as decisões judiciais. O contributo do paradigma racionalista, por isso, ao passo que não deve ser renegado por inteiro, pois de inegável importância ao conhecimento moderno, não deve, tampouco, ser tido como ‘[...] via única e excludente de outras possibilidades e fontes cognitivas’. Por tudo isso, afigura-se mais apropriada a consciência da impossibilidade de uma atuação jurisdicional neutra, como forma de permitir ao magistrado o exercício mais responsável do seu livre convencimento, fazendo uso da motivação racional sem refugiar-se sob a máscara de fórmulas

---

<sup>109</sup> Segundo a lição da Procuradora Regional da República Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, em sua Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a igualdade está contida na imparcialidade do juiz, mas esta última não contém toda a igualdade e conclui que a imparcialidade encontra fundamento na defesa intransigente do interesse público enquanto a igualdade está baseada na ideia de defesa da dignidade de todos, garantindo os direitos e interesses dos particulares. Em suma, define a imparcialidade como manifestação da igualdade na função judiciária (*Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 121).

<sup>110</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*, volume I. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 201.

<sup>111</sup> Segundo o Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau, “a neutralidade política do interprete só existe nos livros”. (*O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 297).

meramente objetivas ou sob a mera transcrição de textos legais. A democracia processual, consoante preleciona Coutinho, ‘[...] exige que os sujeitos se assumam ideologicamente [...]’, pelo que não se admite dos resultados da Ciência do Direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais’. A esse magistrado refere-se Lídia Prado como julgador-julgado, o juiz consciente de sua própria sombra, de seus próprios preconceitos, aquele mais apto a ‘[...] prestar um grande serviço ao Direito e à Justiça’. Segundo a autora, por implicar o ato de julgar uma projeção, no outro (réu), de sentimentos próprios, indesejáveis, a consciência dos conteúdos sombrios inconscientes dos juízes permite uma menor projeção possível desses preconceitos na forma do acusado, e, via de consequência, uma prestação jurisdicional mais justa. Daí a preferência de Portanova por um símbolo da Justiça com os olhos abertos, capaz de ver as desigualdades e igualá-las, de reequilibrar a balança e proferir uma decisão mais justa possível, aproximando-se da versão grega da deusa *Diké* e afastando-se da deusa *Iustitia*, cuja venda nos olhos, por lhe impedir de ver quem são as partes que batem à sua porta, sugere a ideia da neutralidade”<sup>112</sup>.

A imparcialidade é uma garantia das partes e um dever do Estado: se o Estado reservou para si a Jurisdição, como manifestação de sua soberania<sup>113</sup><sup>114</sup> <sup>115</sup>, tem, por óbvio, o dever de agir com imparcialidade nas causas que lhes são submetidas.

---

<sup>112</sup> André Machado Maya. *Imparcialidade e processo penal da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.72-73.

<sup>113</sup> Já no início do século XX, o Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, João Mendes de Almeida Júnior, já ensinava que a atividade do Poder Judiciário Brasileiro é uma força derivada da soberania nacional; e neste sentido é que o Poder Judiciário é um Poder Judiciário é um poder político. A Nação, corpo social politicamente constituído, é uma atividade orgânica subsistente, isto é, um Estado, cujos poderes ou forças de agir derivam da vontade geral dos indivíduos que a compõe, ou seja, da soberania nacional. O Poder Judiciário Brasileiro é, como o Poder Legislativo e Executivo, um atributo da soberania nacional; ele é constituído especialmente para assegurar a aplicação das leis que garantem a inviolabilidade dos direitos individuais; sendo estas leis eminentemente nacional é o poder que determina sua aplicação. (*Direito judiciário brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1954, p.33.)

<sup>114</sup> Ainda sobre o tema da a Jurisdição como manifestação da soberania do Estado, cabe destacar a lição do Professor Catedrático da Universidade de Pavia e Professor contratado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Enrico Tulio Liebman, segundo a qual, “nem todas as categorias de controvérsias estão sujeitas à jurisdição brasileira. E o mesmo acontece em relação às dos outros países. A soberania do Estado, como é entendida nos tempos modernos, exige que sejam atribuídas, ao conhecimento dos órgãos do poder judiciário, as causas que tenham qualquer relação com o território ou com os cidadãos brasileiros; mas, ao mesmo tempo, o reconhecimento dos outros Estados leva

No mesmo sentido, vale destacar a lição do Professor Doutor José Renato Nalini, Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “a equidistância do juiz em relação às partes, graficamente celebrizada no clássico triângulo chiovendiano, gera o dever de imparcialidade como elemento essencial à jurisdição. Mas a imparcialidade não significa distanciamento das partes. Ao contrário, sua relação com elas, a vivência profunda do caso, a assimilação interior de cada drama judicial, é fator valioso na conduta do juiz que tem seu fundamento no princípio da imediação. A expressão da imparcialidade estará na decisão. Mas para que esta seja justa, impõe-se promover um devido processo dirigido com firmeza e equilíbrio. É da combinação das condutas parciais dos contendentes que nascerá, em justa medida, a decisão imparcial. Esta será a síntese das forças equivalentes e opostas que se digladiaram sob a égide do contraditório e do devido processo legal”<sup>116</sup>.

A teoria pode parecer simples, mas na prática trata-se de uma enorme dificuldade, na medida em que é próprio do ser humano tomar partido, posicionar-se. Exigimos do magistrado um distanciamento que não é natural, que não é humano. Francesco Carnelutti, ao tratar da imparcialidade do juiz no processo penal,

---

naturalmente a respeitar a esfera de competência das respectivas jurisdições. O mesmo interesse próprio bem entendido, adicionado a evidentes considerações de ordem prática, conduz o Brasil a desinteressar-se de todas as controvérsias não relevantes para a própria ordem jurídica, e a recusar-se, conseqüentemente, a atribuir a seus órgãos judiciários a tarefa de ter conhecimento das mesmas. Qualquer forma de autolimitação de cada país na extensão que atribui à própria jurisdição é o pressuposto da possibilidade de reconhecer o exercício das jurisdições estrangeiras. Daí admitir em certas condições, no seio do próprio ordenamento, a eficácia das sentenças pronunciadas pelos tribunais estrangeiros. (*Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva e Cia., 1947, pp.12-13.)

<sup>115</sup> Ainda sobre o tema, o Professor Titular da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Luís Roberto Barroso ensina que nos últimos vinte anos, o Poder Judiciário ingressou na paisagem institucional brasileira. Já não passa despercebido nem é visto com indiferença ou distanciamento. Há mais de uma razão para esse fenômeno. A ascensão do Poder Judiciário se deve, em primeiro lugar, à reconstitucionalização do país: recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Uma segunda razão foi o aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira. De fato, sob a Constituição de 1988, houve uma revitalização da cidadania e uma maior conscientização das pessoas em relação à proteção de seus interesses. Além disso, o texto constitucional criou novos direitos e novas ações, bem como ampliou as hipóteses de legitimação extraordinária e de tutela coletiva. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. (*Bicentenário do Poder Judiciário no Brasil in As Constituições brasileiras: notícia, história e análise crítica*. Brasília: OAB Editora, 2008, pp.151-152.)

<sup>116</sup> José Renato Nalini. *Ética da Magistratura: comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 66.

defende que “nenhum homem, se pensasse no que ocorre para julgar um outro homem, aceitaria ser juiz. Contudo achar juízes é necessário. O drama do direito é isto. Um drama que deveria estar presente a todos, dos juízes aos julgados no ato no qual se exalta o processo” e, na sequência, conclui, que a “justiça humana não pode ser senão uma justiça parcial; a sua humanidade não pode deixar de resolver-se em parcialidade. Tudo aquilo que se pode fazer é buscar diminuir esta parcialidade. O problema do direito e o problema do juiz é uma coisa só. Como pode fazer o juiz ser melhor daquilo que é? A única via que lhe é aberta a tal fim é aquela de sentir a sua miséria: precisam sentirem-se pequenos para serem grandes.”<sup>117</sup>

Dessa forma, fica claro que compete ao ordenamento jurídico tentar, de todas as formas, diminuir esta parcialidade por meio de vedações, garantias, prerrogativas, maior estrutura, maior independência e legitimidade do magistrado e proibição de juízos e tribunais de exceção.

### **3.2 – Imparcialidade objetiva e imparcialidade subjetiva**

Ainda de maneira introdutória, é preciso pontuar a distinção conceitual entre imparcialidade objetiva e imparcialidade subjetiva, oriunda da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Piersack vs. Bélgica*, em que um membro do Ministério Público, que havia presidido a investigação criminal, posteriormente assumiu o cargo de magistrado e passou a figurar como julgador do mesmo caso. Tendo em vista este acúmulo de funções, o Tribunal Europeu abordou a questão conceitual e concluiu pela ausência de imparcialidade: “se a imparcialidade se define ordinariamente pela ausência de pré-juízos ou parcialidades, sua existência pode ser apreciada, especialmente conforme o artigo 6.1 da Convenção, de diversas maneiras. Pode se distinguir entre um aspecto subjetivo, que trata de verificar a convicção de um juiz determinado em um caso concreto, e um aspecto objetivo, que se refere a se este

---

<sup>117</sup> Francesco Carnelutti. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Conan, 1995, pp. 33-35.

oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável ao respeito...todo juiz em relação ao qual possa haver razões legítimas para duvidar de sua imparcialidade deve abster-se de julgar o processo. O que está em jogo é a confiança que os tribunais devem inspirar nos cidadãos em uma sociedade democrática...é possível afirmar que o exercício prévio no processo de determinadas funções processuais pode provocar dúvidas de parcialidade”<sup>118</sup>.

Na sequência do mencionado *leading case*, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem também tratou da imparcialidade e foi um pouco mais além ao analisar o caso *De Cubebr vs. Bélgica*, em que a discussão esteve basicamente centrada na impossibilidade de um juiz instrutor, que atuou durante a persecução preliminar, poder também atuar como julgador, durante a fase judicial, em relação ao mesmo fato por ele investigado: “ao final, o TEDH, fazendo uso da mesma linha argumentativa apresentado no caso *Piersack*, entendeu que a autoridade responsável pela investigação criminal não pode participar do julgamento do mesmo fato por ela investigado. Assim, decidiu-se pela inviabilidade de tal acúmulo de funções por parte de um mesmo juiz, em razão do ferimento ao que se convencionou chamar de *imparcialidade objetiva*”<sup>119</sup>.

No mesmo sentido, Gustavo Badaró sustenta que quando o juiz assume um juízo positivo sobre a participação do investigado nos fatos criminosos, já forma suas concepções, preconceitos e está “contaminado” para qualquer julgamento futuro, razão pela qual se sustenta a necessidade de uma mudança de paradigma no controle da legalidade da persecução preliminar, com um juiz diferente daquele responsável pelo julgamento do processo: “produzindo em seu espírito determinados pré-juízos sobre a culpabilidade que lhe impedirão de decidir, posteriormente, com total isenção e imparcialidade. Esta situação é particularmente mais sensível no caso em que um mesmo julgador, fisicamente considerado, atuar na fase de investigação preliminar e depois também julgar a causa. Em outras palavras, há um conjunto de medidas cautelares como decretação de prisão temporária ou preventiva, concessão de liberdade

---

<sup>118</sup> Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Caso *Piersack x Bélgica*. Sentença de 01-10-1982.

<sup>119</sup> Mauro Fonseca Andrade. *Juiz das Garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, pp. 20-21.

provisória, ou determinação de sequestro de bens, bem como de meios de obtenção de provas, como interceptações telefônicas, quebras de sigilos, busca e apreensão, que têm entre os seus pressupostos ou requisitos dados que envolvem, ainda que em um mero juízo de probabilidade, questões referentes à existência do crime e à autoria delitiva. O juiz que, em tais casos, na fase de investigação, conclui positivamente sobre a existência do crime e a probabilidade de o investigado ser o seu autor, em alguma medida está exercendo um prejulgamento que poderá comprometer sua imparcialidade para o julgamento da causa. Inegável, portanto, que a imparcialidade em seu aspecto objetivo restará melhor assegurada se houver uma absoluta separação entre as figuras do juiz que irá proferir decisões na fase de investigação e o juiz que irá julgar a causa. E, nesse sentido, tem se destacado a necessidade de se adotar a figura de um juiz de garantias, com elogios ao Projeto de Código de Processo Penal – PLS nº 156/2009”<sup>120</sup>.

O distanciamento do juiz do processo com a investigação preliminar é essencial para a consolidação do sistema acusatório e do fortalecimento do princípio da imparcialidade, fundamentos para a criação do juiz das garantias como deixou expresso a Exposição de Motivos do Projeto 156, de 2009.

Feitas estas primeiras observações, precisamos destacar, agora, de maneira sistemática, diversos pontos em nosso ordenamento jurídico que contribuem para a ideia de um juiz verdadeiramente e cada vez mais imparcial, uma vez que partimos da premissa de que a imparcialidade não é um modelo fechado, mas, sim, em contínua construção e fortalecimento.

Passaremos, agora, a analisar alguns pontos que permitem, juntamente com a concepção da imparcialidade objetiva a construção de um processo crime em que o juiz seja verdadeiramente imparcial.

---

<sup>120</sup> *Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz das garantias* in *Processo penal, constituição e crítica - estudos em homenagem ao prof. dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 347.

### 3.3 – A legitimidade do juiz

O Poder Judiciário sempre despertou posições apaixonadas na doutrina e na jurisprudência, merecendo destaque absoluto para a tomada de posição dos vencedores da Revolução Francesa, que limitaram, ao máximo, a atuação do respectivo Poder, porque o associavam ao Antigo Regime, à manutenção de privilégios e injustiças. O Professor Emérito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Celso Antônio Bandeira de Mello, destaca que a desconfiança depositada no Poder Judiciário foi o motivo principal para que se desenvolvesse o chamado Contencioso Administrativo, responsável pelo julgamento das principais questões envolvendo o Poder Executivo e que pode ser apontado como a origem do Direito Administrativo: no Antigo Regime, não existiam normas para regular a relação Administrador/Administrado; era preciso um direito novo, ainda não legislado para disciplinar essa relação. Coube, assim, ao Conselho de Estado julgar essas questões e, por mais que não fizesse parte do Poder Judiciário, suas decisões faziam coisa julgada. O Direito Administrativo foi sendo, assim, construído por decisões do Conselho de Estado, órgão do Poder Executivo pela absoluta falta de confiança na decisão dos magistrados<sup>121</sup>.

Outra manifestação da falta de confiança no Judiciário está representada na doutrina da Separação de Poderes e na consequente fidelidade ao Código, marcas do Governo de Napoleão Bonaparte, de seu famoso Código, de 1804. Norberto Bobbio ensina que “uma terceira causa, que pode ser considerada como justificação jurídico-filosófica da fidelidade ao Código, é representada pela doutrina da separação dos poderes, que constitui fundamento ideológico da estrutura do Estado moderno (fundada na distribuição das competências, portanto na atribuição das três funções fundamentais do Estado – a legislativa, a executiva e a judiciária - a três órgãos constitucionais distintos). Com base neta teoria, o juiz não podia criar o direito, caso contrário invadiria a esfera de competência do poder legislativo, mas devia, de acordo com a imagem de Montesquieu, ser somente a boca através da qual fala a lei (nota-se

---

<sup>121</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011.

como esta imagem reapareceu na expressão do Tribunal de Rouen, segundo o qual a reclamação por elementos normativos estranhos ao Código sufocaria a voz do legislador)”<sup>122</sup>.

Esses dados nos remetem a um tema mais delicado: a legitimidade de um Poder que, diferentemente dos demais, não se submete, em regra, ao controle das urnas. A legitimidade do Poder Judiciário é um tema recorrente na doutrina nacional e estrangeira. A título de exemplo, nos Estados Unidos da América do Norte, em alguns Estados, tal legitimidade é conquistada por meio, justamente, das eleições dos magistrados, filiados ou não a partidos políticos. A garantia da legitimidade pela eleição é um verdadeiro atalho, uma vez que se garante a escolha direta pela população e a possibilidade de trocas periódicas, o que não é possível no caso brasileiro em que, depois de vitaliciado, pode permanecer mais de quarenta anos, sem a possibilidade de qualquer “recall”. Se por um lado a legitimidade do magistrado é conseguida facilmente por meio de eleições periódicas para verdadeiros mandatos periódicos, novos problemas surgem para esse modelo que jamais seria viável em um país tão complexo como o Brasil: não é absurdo imaginar que membros de organizações criminosas seriam candidatos e seriam eleitos, fazendo no Poder Judiciário algo semelhante do que ocorre no Poder Legislativo e no próprio Poder Executivo, em que criminosos se escondem atrás da blindagem do foro por prerrogativa de função e da respeitabilidade de um cargo público.

O Brasil opta, e com razão, por um modelo muito complexo de legitimidade, o modelo Republicano do Concurso Público de Provas e Títulos, complementado por uma série de garantias, prerrogativas, deveres e proibições que constituem o fundamento de nosso Poder Judiciário e fortalecem o princípio da imparcialidade.

O recrutamento dos novos juízes por meio de um concurso público de provas e títulos é uma homenagem à Democracia, uma vez que se trata de um certame aberto a todos os cidadãos que ostentem as condições mínimas estabelecidas

---

<sup>122</sup> Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999, p. 79.

pelo ordenamento jurídico nacional<sup>123</sup>. Vale ressaltar que o recrutamento de magistrados foi sensivelmente remodelado nos últimos anos, depois da Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004. A Emenda Constitucional 45 trouxe uma exigência aos bacharéis que pretendem exercer a magistratura, e exercício de atividade jurídica por, ao menos, três anos, com o escopo de garantir que os magistrados ingressem no serviço público mais experientes, mais velhos. Trata-se de verdadeiro retrocesso, uma vez que em nada contribui para a melhora da atividade jurisdicional, representando, apenas, um adiamento (e até mesmo a desistência) do início da carreira, apenas um acréscimo na média de idade dos novos juízes. Como sempre, optou-se por uma solução legislativa e vazia, sem nenhuma melhora efetiva no serviço público oferecido. Teria sido muito mais efetivo e producente, alterar a carreira em si, cita-se, como exemplo, a possibilidade de

---

<sup>123</sup> O Professor Emérito da Universidade de São Paulo, Dalmo de Abreu Dallari, elenca trinta e duas formas de seleção dos magistrados (*O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 21-23): i) venda de cargos; ii) seleção eleitoral; iii) seleção a cargo do Poder Executivo; iv) seleção a cargo do Poder Legislativo; v) seleção a cargo de um Conselho de Estado; vi) seleção a cargo do Poder Judiciário; vii) seleção a cargo de um Conselho Superior de Magistratura; viii) seleção realizada a cargo de uma Escola da Magistratura; ix) seleção realizada com intervenção do Poder Executivo e do Senado; x) seleção realizada com intervenção do Poder Executivo, do Senado, de um Tribunal Superior e da Ordem dos Advogados; xi) seleção realizada com intervenção do Poder Executivo e do Congresso Unicameral; xii) seleção realizada com intervenção do Poder Executivo e de uma Assembleia que reúne membros das duas Câmaras de um Congresso Bicameral; xiii) seleção realizada com intervenção do Poder Executivo, da Câmara dos Deputados e do Senado atuando separados; xiv) seleção realizada com intervenção do Poder Executivos e da Câmara dos Deputados; xv) seleção realizada com intervenção do Poder Executivo e do Poder Judiciário; xvi) seleção realizada com intervenção do Poder Executivo, de órgãos do governo regional e do Poder Judiciário; xvii) seleção realizada com intervenção do Poder Executivo e do Conselho da Magistratura; xviii) seleção realizada com intervenção do Poder Executivo, dos conselhos de governo e do Poder Judiciário; xix) seleção realizada com intervenção do Poder Executivo e do Colégio Eleitoral; xx) seleção realizada com intervenção do Poder Executivo, de uma comissão técnica e do eleitorado; xxi) seleção realizada com intervenção do Poder Executivo e do eleitorado; xxii) seleção realizada com intervenção do Poder Executivo e da Ordem dos Advogados; xxiii) seleção realizada com intervenção do Poder Executivo e das municipalidades; xxiv) seleção realizada com intervenção do Poder Judiciário e do Congresso; xxv) seleção realizada com intervenção do Poder Judiciário, do Congresso e da Ordem dos Advogados; xxvi) seleção realizada com intervenção do Poder Judiciário e do Conselho da Magistratura; xxvii) seleção realizada com intervenção do Poder Judiciário e de uma junta qualificadora; xxviii) seleção realizada com intervenção do Poder Judiciário e das municipalidades; xxix) nos Estados Federais, seleção realizada com intervenção do Ministro da Justiça, do Secretário Estadual da Justiça e do Congresso; xxx) também Estados Federais, seleção realizada com intervenção das legislaturas estaduais e do Congresso Nacional; xxxi) seleção realizada por acordo entre os governos nacionais e algum organismo internacional; seleção realizada com intervenção dos colégios de Magistratura, Ministério Público e Advogados e do Poder Legislativo. Após elencar essas diferentes formas, Dalmo Dallari observa que essa relação “pouco representa, pois são apenas combinações que não demonstram diferenças fundamentais. Apesar disso, é importante saber que muitas variações já foram experimentadas, sem qualquer efeito prático em termos de constituição de um sistema judiciário eficiente e democrático, sintonizado com a vontade e as necessidades do povo. O dado essencial que se deve extrair da verificação dessa multiplicidade de experiências é que todas as variações registradas se referem apenas a formalidades, não revelando qualquer exigência específica relativamente às qualificações dos candidatos a juiz e ao modo de aferi-las” (*O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 23).

uma espécie de estágio do novo juiz com juízes titulares, ou, até mesmo, um longo período nas Escolas da Magistratura, como ocorre em alguns países da Europa.

Outra importante reformulação trazida em nosso ordenamento jurídico, no tocante ao concurso de ingresso, ocorreu com a Resolução 75 do Conselho Nacional de Justiça, que trouxe uma série de inovações como sorteio de pontos para a prova oral, a gravação das provas, a possibilidade de recursos; vale destacar, também, a fixação de novas matérias, de cunho filosófico e formação humanística, como ocorre com a Filosofia do Direito, a Teoria Geral do Direito, a Sociologia Jurídica, matérias que também deveriam ser exigidas em outras importantes carreiras, em seus respectivos certames.

O concurso de ingresso da magistratura é composto por uma série de fases eliminatórias: primeira fase objetiva, segunda fase dissertativa, sindicância da vida pregressa, exame psicotécnico e exame oral, tudo elaborado por uma comissão de magistrados de segundo grau, sempre com a presença de um membro da Ordem dos Advogados do Brasil, que tem como escopo garantir um maior controle dos atos praticados pela sociedade, sempre com a mais ampla publicidade.

Além do concurso público de provas e títulos, a legitimidade do magistrado é conseguida com base em uma série de garantias, que, segundo José Afonso da Silva, são as chamadas garantias de independência do Poder Judiciário: “aos órgãos jurisdicionais incumbe a solução dos conflitos de interesses, aplicando a lei aos casos concretos, inclusive contra o governo e a administração. Essa elevada missão, que interfere com a liberdade humana e se destina a tutelar os direitos subjetivos, só poderia ser confiada a um poder do Estado, distinto do Legislativo e do Executivo, que fosse cercado de garantias constitucionais de independência. Essas garantias assim se discriminam: 1) garantias institucionais, as que protegem o Poder Judiciário como um todo, e que se desdobram em garantias de autonomia orgânico-administrativa e financeira; 2) garantias funcionais ou de órgãos, que asseguram a

independência e a imparcialidade dos membros do Poder Judiciário, previstas, aliás, tanto em razão do próprio titular mas em favor ainda da própria instituição”<sup>124</sup>.

Com relação às garantias institucionais do Poder Judiciário, a Constituição Federal de 1988 assegura garantia de autonomia orgânico-administrativa e garantia de autonomia financeira. Pela autonomia orgânico-administrativa, o Tribunal tem competência privativa para eleger seus dirigentes, para elaborar o seu regimento interno, organizar as suas secretarias e serviços auxiliares, prover os cargos de juiz de carreira, propor a criação de novas varas judiciárias, conceder licenças, férias e outros afastamentos, criação e extinção de cargos e a fixação de vencimentos. Por sua vez, a garantia de autonomia financeira do Poder Judiciário se refere à possibilidade de elaboração do próprio orçamento: compete aos tribunais, de acordo com o artigo 99, parágrafo primeiro e artigo 165, inciso segundo, elaborar as propostas orçamentárias dentro do limite estipulado, conjuntamente, com os demais Poderes<sup>125</sup>.

No tocante às chamadas garantias funcionais do Poder Judiciário, a Constituição estabelece, também de acordo com José Afonso da Silva, duas

---

<sup>124</sup> José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 578.

<sup>125</sup> O Professor Emérito da Universidade de São Paulo, Dalmo de Abreu Dallari, ao tratar da Reforma do Poder Judiciário, dissertou a respeito da sua autonomia e fez severas críticas que merecem ser destacadas: “a maior evidência da acomodação está no orçamento, tanto no plano federal, quanto no estadual. O Judiciário elabora sua proposta orçamentária, prevendo o aumento do número de juízes, a ampliação e modernização de seu equipamento material e outras coisas que ajudariam a melhorar seu desempenho. Essa proposta sofre cortes substanciais no Executivo, que prepara o projeto geral de lei orçamentária, e, às vezes, também no Legislativo, que emenda e vota o projeto. E o Judiciário aceita passivamente esses cortes, como se não fosse um dos Poderes do mesmo nível dos demais. Existe aí um paradoxo, pois a elaboração de uma proposta orçamentária prevendo inovações importantes autoriza a suposição de que os órgãos dirigentes dos tribunais estão conscientes de seu atraso e querem a modernização. Entretanto, a passividade com que recebem os cortes orçamentários dá a impressão de que ficam felizes por terem a possibilidade de transferir a responsabilidade, mantendo as coisas como estão e alegando que a culpa é dos outros Poderes, que lhes negam os recursos. A alegação de que o Poder Judiciário é um Poder desarmado e sem a possibilidade de impor a sua vontade é absolutamente inaceitável. Com efeito, basta lembrar que foi o lobby do Judiciário que impediu a criação de um Tribunal Constitucional no Brasil, como também bloqueou todas as propostas de criação de um órgão de controle das atividades administrativas dos tribunais. Assim, portanto é fundamental que o Judiciário deixe de alegar que o inferno são os outros e passe a agir como um Poder. Reconhecendo publicamente suas deficiências e dando publicidade às suas propostas de modernização, o Judiciário terá a seu lado a opinião pública. Desse modo ele estará agindo na condição que lhe é assegurada pela Constituição, ou seja, como um dos Poderes da República. E, sendo reconhecido e respeitado como tal, o Judiciário passará a ter força necessária para defender com eficiência sua própria melhoria.” (*O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp.142-143)

categorias de garantias funcionais, para que o magistrado possa manter a sua independência e exercer a sua função com imparcialidade: a) garantias de independência dos órgãos judiciários; b) garantias de imparcialidade dos órgãos judiciários.

As garantias de independência dos órgãos judiciário estão previstas no artigo 95, da Constituição Federal, em três incisos: I) Vitaliciedade; II) Inamovibilidade; III) Irredutibilidade em seus vencimentos. Entende-se por vitaliciedade a vinculação do titular do cargo para o qual foi nomeado, por concurso público de provas e títulos, após dois anos de exercício e, imediatamente, no caso juízes de segundo grau que ingressam pelo quinto constitucional e nos casos dos juízes de tribunais superiores. Pela inamovibilidade, entende-se à impossibilidade de remoção<sup>126</sup>, sem o seu consentimento, de um local para outro de uma comarca para outra ou mesmo sede, cargo, tribunal, câmara, grau de jurisdição. Pela irredutibilidade dos seus vencimentos, devemos entender a impossibilidade de redução do subsídio recebido pelo magistrado, levando-se em conta, como destaca o Supremo Tribunal Federal, o valor nominal e não o real, o que permite uma corrosão pela inflação; essa leitura do Supremo Tribunal Federal coloca em dúvida a efetividade da garantia, uma vez que o subsídio do magistrado está sempre defasado, gerando a necessidade de um aumento que acaba sendo concedido pelo Executivo e pelo Legislativo, deixando a independência do Judiciário em um segundo plano, na medida em que a garantia constitucional está subjugada a uma simples negociação orçamentária, ampliando o Poder dos dois outros Poderes e limitando, por óbvio a autonomia do Judiciário, que deveria ter mais espaço na elaboração de seu orçamento e na reconstrução das perdas de seus servidores.

As garantias funcionais de imparcialidade do Poder Judiciário aparecem na Constituição Federal sob a forma de vedações aos magistrados, elencadas no rol do artigo 95, parágrafo único, em seus cinco incisos: I) exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II) receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III) dedicar-se à atividade político-partidária. IV) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou

---

<sup>126</sup> É preciso destacar que essa garantia não é absoluta uma vez que o juiz poderá ser removido por interesse público, com uma decisão baseada no voto da maioria absoluta do respectivo Tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, garantida a ampla defesa.

contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V) exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Tais impedimentos constitucionais têm como objetivo a concessão de melhores condições de imparcialidade, representando uma proteção ao magistrado e uma proteção aos próprios litigantes, na medida em que um juiz blindado tem melhores condições de analisar um caso do que um juiz viciado e corrompido por interesses políticos e empresariais.

Cumprir analisar, mais detidamente, as vedações impostas ao magistrado, na medida em que servem de sustentáculo para o princípio da imparcialidade, objeto de estudo no presente capítulo.

### **3.4 – Impossibilidade de exercício de outro cargo ou função**

O inciso I veda o exercício de outro cargo ou função. Trata-se de uma importante vedação que tem como escopo proteger o próprio Poder Judiciário, garantindo total independência ao juiz e dedicação integral à desgastante atividade de julgar<sup>127</sup>.

Em interessante julgamento, o Supremo Tribunal Federal, em voto relatado pela Ministra Carmen Lúcia (MS 25.983), considerou constitucional a Resolução Número 10 do Conselho Nacional de Justiça, segundo a qual, está vedado “o exercício pelos membros do Poder Judiciário de funções nos Tribunais de Justiça Desportiva e Comissões Disciplinares”. Ao considerar constitucional tal resolução, o

---

<sup>127</sup> Sobre o tema, vale destacar a lição de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Ricardo Levene Hijo, segundo a qual, *el ejercicio de la función judicial, que con frecuencia há sido calificada de sacerdocio, implica para el juez la prohibición de desempeñar ciertas actividades o de ocupar determinados cargos que, ya sea por razones de prestigio, ya porque pongan el peligro la imparcialidade o la independencia com que ha de proceder, o ya porque le restan tempo para consagrarse por enterro a la misión que le compete, se reputan incompatibles com aquél. (Derecho procesal penal, pp. 329-346 apud Hélio Tornaghi. Instituições de Direito Processual Penal, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 417)*

Supremo Tribunal Federal, no voto citado acima, reforçou a vedação do artigo 95, inciso I, na medida em que “as vedações formais impostas constitucionalmente aos magistrados objetivam, de um lado, proteger o próprio Poder Judiciário, de modo que seus integrantes sejam dotados de condições de tal independência e, de outra parte, garantir que os juízes dediquem-se, integralmente, às funções inerentes ao cargo, proibindo que a dispersão com outras atividades deixe em menor valia e cuidado o desempenho da atividade jurisdicional, que é função essencial do Estado e direito fundamental do jurisdicionado”.

A própria regra traz, em seu texto, uma exceção: o magistrado poderá exercer uma função de magistério, desde que exista uma compatibilidade de horário com o do trabalho judicante. É preciso destacar que esta vedação se aplica tanto ao exercício de atividade em instituição pública, como em instituição privada, não se contabilizando a atividade docente exercida em curso ou escola de aperfeiçoamento da própria magistratura ou reconhecidos pelas instâncias competentes, como deixa expreso o artigo 3º da Resolução 336 do Conselho da Justiça Federal.

Apesar da clareza da regra constitucional, o próprio Supremo Tribunal Federal flexibilizou a exceção analisada acima, admitindo que o magistrado exerça mais de uma atividade docente, ao analisar a constitucionalidade da Resolução 336 do Conselho da Justiça Federal e suspender a eficácia da expressão “único”, por conta de liminar concedida durante a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.126. Como destaca o Professor Doutor da Universidade de São Paulo, José Levi Mello do Amaral Júnior, “a Corte entendeu que importa avaliar, caso a caso, a compatibilidade de horários entre a função judicante e a atividade docente. Nesse sentido, foi suspensa, em parte a resolução do Conselho da Justiça Federal que permitia aos magistrados o exercício de uma única atividade docente (ADI nº 3.126). Ademais, a matéria exige regulamentação por meio de lei complementar (ADI nº 3.508)”<sup>128</sup>.

---

<sup>128</sup> José Levi Mello de Amaral Júnior. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 1206-1207.

Cumprir destacar, por mero preciosismo, que não existem normas constitucionais inconstitucionais. Apesar da interessante tese defendida pelo Professor de Direito Administrativo da Alemanha, Otto Bachof<sup>129</sup>, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou mais de uma vez a respeito do tema, deixando claro que não cabe ao Tribunal Constitucional questionar o texto original da Carta Magna, cabendo, apenas a sua defesa<sup>130</sup>. Dessa forma, disposições esparsas no próprio texto constitucional que admitem a cumulação de mais de um cargo pelo magistrado não podem ser vistas como inconstitucionais. Assim, quando a Constituição cidadã estabelece que o magistrado Presidente do Supremo Tribunal Federal está na linha substituição do Executivo Federal, nos casos de impedimento ou vacância. Estamos diante de uma simples cumulação eventual prevista e admitida para não ocorrer um vácuo institucional. Da mesma forma, a Constituição contempla hipóteses de cumulação eventual no caso de

---

<sup>129</sup> De acordo com a lição do Professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Daniel Sarmento, Otto Bachof formulou a sua controversa teoria a partir de aula inaugural na Universidade de Heidelberg, em 1951, “que se transformou no livro intitulado, no original, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*. Sustentou o professor germânico que existe uma hipótese em que a norma da Constituição pode afigurar-se inconstitucional: quando ela contrariar princípios transcendentais supralegais, positivados no texto da Constituição. Neste caso, competiria à Corte Constitucional declarar a inconstitucionalidade da norma constitucional em questão. Transparece dos ensinamentos de Bachof uma concepção jusnaturalista, segundo a qual existiriam certos direitos superiores ao ordenamento positivo, cuja enunciação na Constituição não teria caráter constitutivo, mas meramente declaratório. Tais direitos não poderiam ser violados sequer pelo poder constituinte originário, sob pena de inconstitucionalidade. Na Alemanha, a Corte Constitucional chegou a admitir, na hipótese aventada por Bachof, a possibilidade teórica da declaração de inconstitucionalidade de norma constitucional. Porém, é mister ressaltar que neste próprio acórdão, a Corte alemã frisou a absoluta excepcionalidade desta situação nos Estados de Direito, afirmando que a declaração de inconstitucionalidade das normas constitucionais originárias nas democracias liberais é quase uma impossibilidade prática. O tema suscitou e ainda suscita candentes debates na doutrina, nos quais afloram questões profundas de Teoria da Constituição e de Filosofia do Direito. No nosso entendimento, a razão está com Jorge Miranda, quando salienta que as Constituições também se sujeitam a valores éticos transcendentais, que lhes impõem limitações intransponíveis. Porém, a vulneração de tais limites não traduz questão de inconstitucionalidade, não devendo ser aferida por órgãos jurisdicionais internos, cuja fonte de competência radica na própria Constituição, o que não lhes permite rejeitar um dos seus dispositivos por inconstitucionalidade. (*A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000, pp. 44-46)

<sup>130</sup> O nosso modelo de controle de constitucionalidade, concentrado e difuso, não é compatível com a tese de Otto Bachof, na medida em que seria temerário atribuir a juízes de primeiro grau a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de uma norma oriunda do Poder Constituinte Originário. Na ADI 815-DF, o Supremo Tribunal Federal, decidiu, com base no voto condutor do relator Ministro José Carlos Moreira Alves, que não havia inconstitucionalidade na regra constitucional que estabelece o número mínimo e máximo de deputados federais por Unidade da Federação, com base no argumento de que seria uma violação ao princípio da igualdade do voto e da democracia, na medida em que norma constitucional inconstitucional: “assim, na atual Carta Magna, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (artigo 102, caput) o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do poder constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios do direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição”.

magistrados que exercem mandato no Conselho Nacional de Justiça, que atuam no Tribunal Superior Eleitoral, assim como outras hipóteses trazidas nas Constituições Estaduais, que representam o poder constituinte derivado decorrente.

### **3.5 – Impossibilidade de recebimento de custas ou participação em processo**

Trata-se de solução muito acertada e indispensável para que o magistrado seja imparcial e não tenha nenhum interesse na solução do processo: o magistrado recebe apenas o subsídio, que tem a sua dinâmica estabelecida pela própria Constituição Federal, com teto respectivo e devidas limitações.

É preciso destacar que em passado não muito distante, o ordenamento jurídico brasileiro já admitiu a possibilidade do magistrado receber percentuais a título de se lhes incentivar a atividade, tornando-se, assim, parte interessada na causa, sem o devido distanciamento para julgar o caso, como exige o devido processo legal.

### **3.6 – Impossibilidade de dedicação à atividade político-partidária**

Ao estabelecer que o juiz não pode dedicar-se à atividade político-partidária, a Constituição Federal busca garantir a sua imparcialidade, na medida em que um juiz filiado a um partido não teria condições de conduzir um julgamento justo, visto que, em determinadas causas, o resultado já estaria definido previamente, com base na ideologia e nos interesses de determinado partido político<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> No mesmo sentido, vale destacar a lição de Cândido Rangel Dinamarco: “proíbe-se também a filiação político-partidária do juiz (art. 95, par. inc. III), muito embora, obviamente, não se lhe possa impedir a vinculação ideológica a linhas políticas adotadas por algum partido ou filosofia política (Const., art. 54, inc. VIII). O que esse veto quer evitar é o comprometimento com programas partidários e com as pessoas

Diferentemente do que ocorre com o Ministério Público, em que há uma brecha para filiação partidária dos membros do *Parquet* que ingressaram na carreira antes de 1988, a Constituição cidadã não elencou nenhuma exceção para o tema, vedando, assim, a filiação partidária e possibilidade de exercer qualquer atividade político-partidária.

Neste ponto, cabe uma reflexão a respeito do atual modelo de escolha dos magistrados de segundo grau, em especial, dos Tribunais Superiores, na medida em que não é preciso ser filiado, possuir um número registral ou uma carteira de associado para que a vedação ganhe força. A Constituição fala em atividade político-partidária, o que é muito mais amplo e deveria receber uma maior atenção por parte do Senado Federal, responsável pela sabatina e pela votação dos juízes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

A história recente do Brasil mostra que a composição destes Tribunais Superiores está absolutamente contaminada por interesses políticos, sendo usual no meio forense e na própria mídia expressões como “afilhado político”, “correligionário” para a definição do novo Ministro do Tribunal Superior indicado.

Recentemente, como forma de mitigação de uma partidarização dos Tribunais Superiores, foi aprovada Emenda Constitucional 88, que modificou, para tais autoridades, apenas, pelo menos por enquanto, a idade limite para a aposentadoria compulsória de setenta para setenta e cinco anos, sendo fato notório que tal manobra teve como escopo limitar, fortemente, a indicação presidencial para os Tribunais Superiores, com o receio de uma crescente partidarização e perda da imparcialidade.

É chegada a hora de reestruturarmos o modelo de indicação destes magistrados, exigindo uma série de requisitos, para que a vedação, ora em análise, não seja letra morta e os Tribunais não sofram com uma crise de parcialidade.

---

que integram ao partido, o qual poderia chegar ao ponto de pôr o juiz num dilema entre cumprir lei e ser fiel aos compromissos assumidos com os correligionários” (*Instituições de Direito Processual Civil*, volume I. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 404).

Talvez a linha indicada seja uma maior valorização aos membros do Ministério Público e da Magistratura, devidamente concursados, que têm uma biografia a zelar e não se sujeitariam, em regra, a qualquer governante de plantão para ascender ao posto máximo do nosso Poder Judiciário.

Por tudo o que foi exposto, ficou claro que se o magistrado quiser concorrer a uma eleição deve exonerar-se da magistratura. A única peculiaridade do nosso ordenamento no que se refere ao tema é sobre o período: enquanto a regra geral diz que o candidato deve ter filiação em determinado partido pelo período mínimo de um ano, o magistrado deve exonerar-se e filiar-se no máximo seis meses antes das eleições, de acordo com o artigo 13 da Resolução TSE 22.156, de 13 de março de 2006.

### **3.7 – Impossibilidade de receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei**

A Emenda Constitucional número 45 introduziu mais uma vedação ao rol do artigo 95, parágrafo único com o escopo de garantir, ainda mais, a independência e a imparcialidade do magistrado<sup>132 133</sup>, uma vez que mais cedo ou mais tarde essas pessoas físicas ou jurídicas podem se tornar partes das causas levadas a juízo.

---

<sup>132</sup> O Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Antonio Magalhães Gomes Filho observa que “embora sejam atributos da função jurisdicional axiologicamente relacionados e que se implicam reciprocamente – constituindo instrumentos para a realização do valor da objetividade do julgamento -, as ideias de independência e imparcialidade não se confundem, revelando elementos distintos inerentes à concepção de juiz. A independência tem que ver com a posição do juiz dentro do quadro de órgãos estatais, significando essencialmente que o exercício da função jurisdicional não se subordina a determinações ou orientações provenientes de outros poderes (independência externa) ou mesmo de outros órgãos do próprio Judiciário, ainda que superiores (independência interna). É essa autonomia, enfim, que permite ao juiz exercer as suas funções sem temer sanções, sujeitando-se somente à lei e decidindo segundo as próprias convicções pessoais, ainda que em oposição aos desejos dos detentores do poder público. Cuida-se, assim, na linha do que já se afirmou, de uma garantia feral ou política que se insere entre os mecanismos constitucionais de freios e contrapesos, até porque sem ela o Judiciário no seu conjunto, ou o juiz em particular, cumpririam um papel simplesmente decorativo e não o de verdadeiro poder do Estado. A imparcialidade constitui um valor que se manifesta sobretudo no âmbito interno do processo, traduzindo a exigência de que na direção de toda a atividade processual – e especialmente nos

Ao impedir o recebimento, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, fortalece-se, sem dúvida alguma, a imparcialidade do juiz e de toda a classe.

Nesse momento surge a delicada questão de entidades, especialmente do sistema financeiro, que financiam encontros, festividades de associações ligadas ao judiciário.

Em 19 de julho 2012, a Articulação Justiça e Direitos Humanos (JusDh) e a Aliança de Controle do Tabagismo (ACT), protocolaram, junto à Presidência e à Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ofício requerendo a realização de consulta pública sobre a possibilidade de uma resolução que regulamenta a interferência do poder econômico sobre os eventos de juízes (a 141ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça decidiu que a proposta de Resolução sobre o tema seria submetida à consulta pública). Segundo essas entidades, esses patrocínios costumam ser disponibilizados pelos maiores litigantes, especialmente bancos e entidades do sistema financeiro em geral, que têm enorme interesse na solução e procrastinação dos litígios.

Trata-se de tema delicado e que foi regulamentado pela Resolução do Conselho Nacional de Justiça, de nº 170, de 26 de fevereiro de 2013, que fixou limite para a subvenção e estabeleceu as condições para que a imparcialidade dos magistrados não seja questionada e é, sem dúvida alguma, um avanço.

---

momentos de decisão – o juiz se coloque sempre *super partes*, conduzindo-se como um terceiro desinteressado, acima portanto dos interesses em conflito. Tanto da independência como a imparcialidade são asseguradas também por outras garantias estabelecidas na Constituição e nas leis processuais ordinárias: assim, em relação à primeira, devem ser lembradas a *autonomia orgânico-administrativa e a autonomia financeira*, que constituem garantias *institucionais* do Judiciário, ao lado das garantias *funcionais* representadas pela *vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos*; quanto à *imparcialidade*, ao lado das vedações constitucionais (art. 95, parágrafo único, da CF), também as disposições legais atinentes aos casos de *impedimento e suspeição* dos juízes possuem a mesma finalidade”. (*A motivação as decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 36-37.)

<sup>133</sup> No mesmo sentido do que já foi destacado acima, o Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró enfatiza que a independência dos juízes é condição necessária para que se possa manifestar a sua imparcialidade. (*Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz das garantias in Processo penal, constituição e crítica - estudos em homenagem ao prof. dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.)

### **3.8 – Impossibilidade de exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração**

Outra inovação trazida pela Emenda Constitucional número 45 diz respeito à chamada “quarentena”, que impede o exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. Trata-se de uma antiga aspiração de cunho moralizante, que representa uma homenagem à igualdade de condições entre os advogados: admitir que um ex magistrado se exonere num dia e no dia seguinte passe a atuar no mesmo tribunal onde tem inúmeras amizades e onde goza de enorme influência é um desprestígio ao Judiciário, na medida em que as partes deixam de escolher os profissionais com maior capacidade e passam a escolher o profissional com maior poder e influência no Tribunal.

Existe posição radical que não admite tal quarentena e prega a impossibilidade do antigo magistrado recuperar o seu registro de classe na Ordem dos Advogados do Brasil. Questiona-se se não seria uma violação ao livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, nos termos do artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal.

### 3.9 – Juiz Natural<sup>134 135</sup>

Para assegurar a imparcialidade<sup>136</sup> do magistrado a Constituição Federal, de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVII, veda a instauração de juízos e tribunais de exceção, ou seja, aqueles que são instituídos para contingências particulares, fazendo-se obrigatório o juiz natural do caso, constituído previamente pelo ordenamento jurídico. Trata-se de uma verdadeira regra de prevenção, que tem como objetivo evitar todo e qualquer tipo de manipulação que venha a desfavorecer uma das partes: um Tribunal criado especialmente para um determinado caso, ainda mais na esfera criminal, fere, frontalmente, a garantia da imparcialidade, uma vez que já existe uma predisposição dos juízes do caso para uma eventual condenação; trata-se de um Tribunal criado por um dos lados para julgar (o mais correto seria utilizar a expressão “condenar”) os seus adversários.

---

<sup>134</sup> A Professora Titular da Universidade de São Paulo, Ada Pellegrini Grinover ensina que dentre as garantias do justo processo, a primeira é, certamente, a do juiz natural, pois sem o juiz natural não há função jurisdicional possível: *la naturalità si rappresenta più che come atributo del giudice come l'in sé di esso guisa che la sua assenza pregiudica lo stesso concetto di giudice*. Trata-se, portanto, de verdadeiro pressuposto de existência do processo, pois sem a ideia da imanência do juiz ao processo não se pode falar sequer em jurisdição. (*A marcha do processo*. São Paulo: Forense Universitária, 2000, p.416)

<sup>135</sup> O Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, em sua Tese de Livre Docência, adverte que mais importante do que “separar e definir isoladamente o conteúdo e o campo de operatividade de cada uma das garantias e direitos fundamentais, é a tomada de consciência de que devem funcionar integrada e coordenadamente, com vistas a um fim comum de conferir legitimidade ao exercício do poder, no caso por órgãos do Poder Judiciário, por meio do instrumento processual legalmente previsto. (*A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese de Livre Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2011, p.22)

<sup>136</sup> Em sua Tese de Livre Docência, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró pontifica que “a razão de ser da garantia do juiz natural é, exatamente, assegurar um julgador imparcial. Obviamente, não basta o juiz natural para que se tenha um juiz imparcial. Mas a garantia do juiz natural, enquanto juiz pré-constituído e definido segundo critérios legais de competência, é um mecanismo eficiente para permitir que o acusado não seja julgado por um juiz parcial, evitando a manipulação dos poderes do Estado para atribuir um caso a um tribunal específico, escolhendo seu julgador.” (*A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese de Livre Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2011, p.33).

A experiência nos mostra que os Tribunais de exceção, em momentos delicados de nossa história, foram desastrosos no tocante à imparcialidade, mesmo em casos de notória culpabilidade dos acusados. Durante a segunda Guerra Mundial, por exemplo, foram criados tribunais de exceção pelos vencedores do conflito, deixando de lado os graves crimes cometidos pelos vencedores, como aconteceu com o bombardeio de Dresden ou com o bombardeio de Hiroshima e Nagasaki, totalmente desnecessários pelo desenrolar dos conflitos e pela derrota iminente dos países do Eixo. Essa experiência<sup>137</sup> não foi, contudo, de todo negativa, uma vez que culminou na condenação de criminosos de guerra de altíssima periculosidade e serviu de experiência para a criação do Tribunal Penal Internacional (assim como ocorreu com as experiências do Tribunal *ad hoc* da Iugoslávia e do Tribunal *ad hoc* de Ruanda), em 1998, por meio da assinatura do Estatuto de Roma<sup>138</sup>.

Os Professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra vão um pouco mais além no tema abordado e sustentam que a moderna tendência sobre o princípio do juiz natural engloba “a proibição de subtrair o juiz

---

<sup>137</sup> Para um maior aprofundamento sobre o tema, fugindo das indicações bibliográficas, recomenda-se a espetacular obra produzida pela BBC, “Nazistas no banco dos réus” e o clássico de Stanley Kramer, “Nuremberg”, que retratam dois julgamentos em Tribunais de exceção: no primeiro, temos a análise do julgamento do primeiro escalão do regime nazista, com absoluto destaque para o julgamento de Herman Göring, segundo na hierarquia, atrás apenas de Hitler; no filme de Kramer, temos o julgamento do segundo escalão do regime, com destaque aos juristas que deram sustentáculo às atrocidades cometidas no período de exceção, entre eles o ex Ministro da Justiça, Ernst Janning, magnificamente representado por Burt Lancaster, que são julgados pelo juiz aposentado dos Estados Unidos da América do Norte, Dan Haywood, interpretado por Spencer Tracy, um dos maiores atores da história do cinema, em mais um espetáculo de atuação.

<sup>138</sup> Desde a Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, em 1948, discutiu-se, com mais profundidade a possibilidade de um Tribunal Penal Internacional (é preciso destacar que antes mesmo da segunda Guerra Mundial já se discutia a possibilidade de um Tribunal Penal Internacional, mas a teoria rígida da soberania, fundada, ainda, nos moldes da Paz de Westfália, em 1648, impedia um avanço nas tratativas, como podemos exemplificar com os trabalhos da Convenção contra o Terrorismo, de 1937, com os trabalhos do Tratado de Versalhes, em 1919, com os trabalhos do Tratado de Sèvres, com a proposta de Gustav Monnier, criador da Cruz Vermelha, em 1860). Entretanto, em 1953, os trabalhos foram suspensos e apenas foram retomados em 1989, por iniciativa de Trinidad e Tobago, culminando com a assinatura do Estatuto de Roma, em 1998, valendo-se bastante da experiência dos tribunais *ad hoc*, conforme já analisado. O Tratado entrou em vigor em 2002, com a ratificação de 66 países, dando-se bastante destaque à atuação do Brasil durante o processo, sendo até considerado um “linke minded country”, por sua defesa intransigente em um Tribunal ainda mais forte, com promotor independente, jurisdição automática, ampliação no rol de crimes, eliminação da possibilidade de qualquer forma de veto pelo Conselho de Segurança da ONU, etc.

constitucionalmente competente. Desse modo, a garantia desdobra-se em três conceitos: a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja. A Constituição brasileira de 1988 reintroduziu a garantia do juiz competente no artigo 5º, inciso LIII<sup>139</sup> <sup>140</sup>.

### 3.10 – Exceção de impedimento e suspeição<sup>141</sup>

Através de dois modos distintos a lei adjetiva busca resguardar as partes da tragédia de termos um juiz parcial<sup>142</sup> no processo, um modo

---

<sup>139</sup> Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 52.

<sup>140</sup> A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio do juiz natural com um duplo significado: proibição dos tribunais de exceção e garantia de processo e julgamento pelo juiz competente. A Professora Ada Pellegrini Grinover destaca, contudo, que historicamente a garantia do juiz natural desenvolveu-se no ordenamento anglo-saxônico e se desdobrou na experiência constitucional dos Estados Unidos da América do Norte e da França, com um triplo significado, acrescentando-se a impossibilidade de justiças especializadas. (*A marcha do processo*. São Paulo: Forense Universitária, 2000, p.416)

<sup>141</sup> Sobre o tema Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró ressalta que “ao invés de uma mera enunciação de imparcialidade, o sistema constitucional, integrado pelo CPP e pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional, prevê um conjunto de garantias e impedimentos, assegura a predeterminação legal da competência e possibilita que o juiz se abstenha ou que as partes o recusem, em casos de impedimentos ou suspeições. Para se assegurar a imparcialidade, não basta simplesmente declará-la, ou conferir ao juiz, positivamente, garantias que lhe assegurem independência. É necessário também, negativamente, excluir do caso o juiz que se encontre em situações que possam gerar dúvida ou suspeita de parcialidade”. (*A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese de Livre Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2011, pp. 33-34).

<sup>142</sup> A respeito da garantia específica da imparcialidade do juiz, o Professor das Universidades de Pavia, Torino, Milão e São Paulo, Enrico Tulio Liebman ensina que para poder exercer suas funções em determinada causa, o juiz deve ser “completamente estranho aos interesses que ali estão em jogo, não sendo ligado às partes por especiais relações pessoais. É essa uma elementar garantia de sua imparcialidade na causa e, até antes disso, uma garantia de seu prestígio perante as partes e a opinião pública – prestígio que advém da certeza de sua independência. Por isso, não basta que o juiz, no íntimo, se sinta capaz de exercer seu ofício com a habitual imparcialidade: é necessário que não reste sequer a dúvida de que motivos pessoais possam influir em seu ânimo. Por outro lado, é necessário evitar que as partes abusem dessas exigências, suscitando suspeitas infundadas sobre a pessoa do juiz – e daí a

preventivo e um modo repressivo. Pelo modo preventivo, nosso ordenamento estabelece os conceitos de impedimento e de suspeição e institui instrumentos para que ocorra o imediato afastamento do juiz que não goza de imparcialidade. O modelo repressivo, por sua vez, significa a sanção do magistrado que não apresentava reais condições de ser imparcial e que efetivamente tenha atuado de maneira parcial, podendo ocasionar, inclusive a prática de crimes contra a Administração Pública, dependendo do contexto e de sua culpabilidade.

O Professor Titular da Universidade de São Paulo, Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar do modelo preventivo, observa que as situações em que o juiz se considera suspeito de parcialidade e aquelas em que a lei o dá por impedido de atuar “refletem a realidade da inserção do juiz na sociedade e das fraquezas psicológicas a que nenhum ser humano é imune. Não é exigível que o juiz se isole de todos e de tudo, renunciando ao convívio, vivendo sem amigos, nada comprando, não contraindo débitos, jamais contratando com quem quer que seja etc. Não só esses inevitáveis e naturais contatos humanos com o mundo exterior, como também os envolvimento familiares constituem no entanto fatores que podem atuar sobre a mente do juiz e ao menos criar-lhes embaraços em relação a processos que conduz ou julgamentos que deve preferir. Chocar-se-ia com a natureza humana a exigência de que todos os membros do Poder Judiciário fossem dotados de uma fortaleza moral e psíquica tão sólida e inquebrantável, que os mantivesse sempre acima de todas essas situações e lhes assegurasse a invariável postura de magistrado superior e imune a influências espúrias. É por isso que, levando em conta uma série de situações em que o juiz é potencialmente parcial, a lei institui mecanismos destinados a evitar que participe do processo aquele que, em relação ao caso, não reúna plenas condições para ser imparcial.”<sup>143</sup>

Nos casos de impedimento, temos, por parte da lei, uma presunção absoluta da parcialidade do julgador: isso ocorre, por exemplo, no caso de um juiz de direito casado com uma promotora de justiça; parece evidente que o magistrado

---

necessidade de que elas aduzam motivos específicos e provas adequadas, quando quiserem recusá-lo”. (*Manual de direito processual civil, volume 1*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.113.)

<sup>143</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, volume 3. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 222-223.

não teria imparcialidade no julgamento se tivesse de julgar um caso cuja denúncia tenha sido apresentada por sua esposa. Nesses casos, a própria lei afirma que é necessário o afastamento do juiz. Caso o processo se desenvolva perante um juiz impedido, estaremos no campo da nulidade absoluta dos atos praticados por esse juiz, de modo que não poderá haver convalidação dos atos por ele praticados.

O artigo 252 do Código de Processo Penal estabelece que o juiz estará impedido, ou seja, 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.

Nos casos de mera suspeição, por sua vez, existe uma discussão doutrinária segundo a qual essa nulidade seria relativa, de modo que a parte teria de alegá-la em exceção tempestivamente apresentada, sob pena de concordar com o fato. Já outros doutrinadores afirmam que a jurisdição penal é *sui generis*, de modo que também as nulidades relativas não poderiam ser convalidadas. As hipóteses de suspeição do magistrado estão previstas no artigo 254 do Código de Processo Penal e, como observa o Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público de São Paulo, Fernando Tourinho Filho, trata-se “de matéria de Direito estrito, e somente podem ser invocadas as hipóteses previstas em lei”<sup>144</sup>; todas as vezes em que surgir uma das hipóteses do rol taxativo, as partes podem acusar a parcialidade do magistrado, recusando-o se ele não declarou, antecipadamente, que era suspeito e que não gozava da imparcialidade necessária para exercer a magistratura.

---

<sup>144</sup> Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo Penal*, volume II, 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 591.

Em primeiro lugar, será suspeito o juiz que for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes<sup>145</sup>. Parece um tanto óbvio que o magistrado que goza de grande amizade, ou por sua vez, é inimigo da parte não tem a necessária isenção para julgar um caso, uma vez que, certamente, deixaria ser influenciado por seus vínculos de afeto ou inimizade capital. É preciso destacar, contudo, que tal motivo de suspeição, no processo penal, só se refere às partes em sentido material, ou seja, somente diz respeito ao acusado e à vítima, não podendo ser levantada tal hipótese no caso de o juiz de direito ser amigo ou inimigo do membro do Ministério Público, que representa interesse do Estado, ou do Advogado da parte, que é seu mero representante. Fernando da Costa Tourinho Filho destaca, outrossim, que não basta para afirmar a suspeição do juiz o fato de “a parte considerar-se inimiga capital daquele; desde que o juiz não corresponda à inimizade e declare ter a necessária isenção de ânimo para funcionar na causa, poderá fazê-lo, pois o que se reclama é que o juiz seja inimigo capital, ou amigo íntimo, da parte, para firmar a sua suspeição.”<sup>146</sup>

Em segundo lugar, será suspeito o magistrado se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia. Trata-se de uma interessante causa de suspeição na medida em que é lógico que o magistrado tem o enorme interesse em proferir uma sentença favorável, em caso controvertido, que seja coincidente com a tese que advoga no caso em que é o acusado (ou seu cônjuge, ascendente ou descendente), perdendo, assim, por completo a sua isenção, tendo, previamente, uma solução ao caso, a que mais lhe convém.

Em terceiro lugar, será suspeito o magistrado se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o 3º grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes. Não seria

---

<sup>145</sup> A amizade íntima ou a inimizade serão analisadas no caso concreto; no tocante à amizade íntima, leva-se em conta a sabida familiaridade, a residência comum, viagens em conjunto, encontros frequentes, a prestação de favores, situação de compadrio, refeições comuns, declarações públicas sobre a amizade e tudo o mais que represente a relação próxima de afeto e querer bem. Com relação à inimizade capital, observa-se a sua presença nos casos de raiva, ódio, rancor, desejo de vingança e tudo o mais que denote uma impossibilidade de convivência pacífica.

<sup>146</sup> Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo Penal*, volume II, 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 592.

conveniente que o juiz do caso concreto (ou cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, até o 3º grau) fosse julgado por uma das partes em outra demanda. Ao julgar o primeiro processo, certamente estaria influenciado pelos rumos do outro processo em que é parte, por exemplo.

No inciso IV, por sua vez, considera-se suspeito o magistrado que tiver aconselhado uma das partes, na medida em que demonstra, de forma inequívoca, um interesse pela situação da parte.

No inciso V, temos a suspeição se o juiz for credor ou devedor, tutor ou curador de qualquer das partes; no inciso VI, por sua vez, será suspeito se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo. Nesses dois incisos, nota-se um interesse financeiro do magistrado na resolução da causa, o que lhe retira, por completo a imparcialidade necessária para julgar qualquer processo.

### **3.11 – Código de Ética da Magistratura Nacional**

Uma importante tentativa de valorização da imparcialidade do magistrado diz respeito à Resolução número 60 do Conselho Nacional de Justiça, aprovada por unanimidade pelo seu Plenário, que instituiu o Código de Ética da Magistratura Nacional, que tramitou por três anos, com redação final pelo Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, João Oreste Dalazen, tendo como modelo o Código Iberoamericano de Ética Judicial.

A edição do mencionado Código de Ética da Magistratura Nacional recebeu algumas críticas. Em primeiro lugar, vale mencionar a crítica realizada pela Associação dos Magistrados do Trabalho (ANAMANTRA) que sustentou o vício na forma escolhida (Resolução do Conselho Nacional de Justiça), na medida em que, segundo a Associação dos Magistrados do Trabalho, deveria ser criado por meio de uma Lei Complementar. Em segundo lugar, temos uma crítica no tocante ao mérito do

mencionado Código de Ética da Magistratura Nacional; de acordo com essa crítica, a tipificação de condutas éticas deixará uma série de comportamentos sem a devida sanção. Essa posição é criticada por José Renato Nalini, que defende, de forma decidida, a codificação há alguns anos, tendo, inclusive, proposto a criação de tal Código de Ética da Magistratura Nacional quando dos trabalhos da Reforma do Judiciário, durante os muitos anos em que ela tramitou no Congresso Nacional. Segundo José Renato Nalini, o Código de Ética não quer prever todas as situações, o que seria humanamente impossível, mas, sim, fornecer parâmetros para os seus destinatários e também para os órgãos correccionais: “a codificação garante certeza das normas e reafirma a existência do poder disciplinar dos órgãos da profissão. Permite o conhecimento imediato e preventivo das regras deontológicas, sem passar pela mera experiência de se criar, a partir de uma multiplicidade de ocorrências, um parâmetro jurisprudencial de atuação dos órgãos censórios”<sup>147</sup>.

Apesar das críticas, o Código de Ética da Magistratura Nacional é uma medida salutar que representa um compromisso do Poder Judiciário pela excelência na prestação do serviço público, um importante instrumento para aumentar a sua credibilidade perante a sociedade, um importante instrumento de educação e exemplo para toda a sociedade.

Em seu capítulo III, trata, expressamente, da Imparcialidade. O artigo 8º estabelece que “o magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito”. No artigo 9º, por sua vez, o Código de Ética estabelece que ao magistrado, no desempenho de sua atividade, cumpre dispensar às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação, não se considerando tratamento discriminatório injustificado a audiência concedida a apenas uma das partes ou seu advogado, contanto que assegure igual direito à parte contrária, caso seja solicitado e o tratamento diferenciado resultante de lei.

---

<sup>147</sup> José Renato Nalini. *Ética da Magistratura: comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 39.

Sobre a audiência concedida a apenas uma das partes, vale destacar que muitos juízes entendem de forma diferente, apenas admitindo a audiência quando estejam presentes as duas partes, para que não pare dúvidas a respeito das reais intenções do magistrado.

### **3.12 – Desentranhamento das provas ilícitas**

A reforma de 2008 do Código de Processo Penal trouxe uma nova sistemática a respeito das provas ilícitas no novo artigo 157: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Ao determinar que as provas ilícitas sejam desentranhadas do processo e, posteriormente, inutilizadas quando da preclusão de eventuais recursos, está o legislador preocupado com o comprometimento da isenção do magistrado que poderia levar em conta uma prova, mesmo sendo ilícita.

Trata-se, portanto, de mais uma homenagem ao princípio da imparcialidade do magistrado. Cumpre, neste ponto, um questionamento a respeito da opção do legislador de 2008: será que é suficiente desentranhar uma prova ilícita de um processo? Será que o magistrado que chegou a ter contato com uma prova ilícita deixa de ser influenciado por ela pura e simplesmente porque ela foi retirada e inutilizada? Talvez a melhor solução seja aquela que impede um juiz contaminado por provas ilícitas de julgar o caso, radicalizando-se e valorizando o processo conduzido de forma justa e équa, nos termos do devido processo legal.

### 3.13 – Motivação das decisões

Uma das principais formas de controle da imparcialidade do magistrado se dá através da necessidade do magistrado fundamentar as suas decisões, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, de 1988.

No Estado Democrático de Direito, todos os atos estatais estão sujeitos a alguma forma de controle. O Estado contemporâneo nasce da limitação do poder absoluto, no âmbito das revoluções liberais do século XVIII, através de uma série de instrumentos, como ocorre com a separação de poderes, a fixação de direitos e garantias fundamentais. Nesse contexto, destaca-se a necessidade de motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado Democrático de Direito, uma vez que através dela, o magistrado demonstra como apreendeu os fatos, interpretou a lei, sempre com base no que está nos autos<sup>148</sup>.

De acordo com a lição de Rogério Lauria Tucci, em sua tese de titularidade, a motivação se presta para: “a) no plano subjetivo, evidenciar ao órgão jurisdicional monocrático ou coletivo que o profere e antes mesmo que às partes, a *ratio scripta* que legitima o ato decisório, cujo teor se encontra em sua intuição; b) objetivamente, persuadir as partes, especialmente aquela desfavorecida pelo ato decisório, de que este se ateve à realidade fática e jurídica retratada nos autos do processo, com a correta aplicação da lei aos fatos, devidamente comprovados, de sua perfeita especificação ao caso concreto; c) no campo da hierarquia funcional, no exercício da jurisdição, permitir o controle crítico do decidido, delimitando o conteúdo da vontade de seu prolator, e, conseqüentemente, dos limites objetivos do julgado, e propiciada ao órgão recursal rigorosa análise, tanto no aspecto formal, como no material, do pronunciamento recorrido; d) servir, quando correta e justamente proferido o ato

---

<sup>148</sup> “O julgador há de ater-se àquilo que está nos autos e, a partir desses elementos e de sua cultura jurídica, há de decidir fundamentadamente a causa. *Quod non est in actis non est in mundo* sintetiza o dever ético do juiz de explicar os motivos de seu convencimento, proibida a invocação por ele de fatos estranhos àqueles documentados nos autos, exceção feita expressamente às regras de experiência e aos fatos notórios.” (Adauto Suannes. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp.257-258)

decisório, para o aprimoramento da aplicação do direito, e, reflexivamente, para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas e da orientação jurisprudencial”<sup>149</sup>.

Dentre as garantias de um processo justo e equo, devemos destacar a existência de um juiz independente e imparcial. Para que a independência e a imparcialidade sejam respeitadas, é fundamental que a decisão seja devidamente motivada. Cabe à motivação e à forma como ela se exterioriza garantir que a independência e a imparcialidade foram respeitadas pelo magistrado, no caso concreto.

Conforme Antonio Magalhães Gomes Filho, “a obrigatoriedade de apresentação das razões da decisão representa, é certo, um forte estímulo à efetiva imparcialidade e ao exercício independente da função judiciária, impedindo escolhas subjetivas ou que constituam resultado de eventuais pressões externas. É a exigência de explicitação do *iter* decisório que induz a que nele apenas sejam considerados dados objetivos, até porque é sempre difícil dissimular escolhas que foram resultado de motivos espúrios ou de meros fatores subjetivos. Ao revés, pode também a motivação constituir o ponto de partida para a descoberta desses eventuais motivos espúrios ou subjetivos, que tenham influenciado as escolhas adotadas, evidenciando o verdadeiro caminho mental seguido para alcançar a solução das diversas questões debatidas; trata-se, então, de utilizar a motivação como fonte de indícios, como menciona Taruffo, no caso para identificar uma conduta parcial ou a sujeição de juiz a pressões externas. Em outros termos, é pelo exame da motivação que se pode constatar se existe uma coincidência, total ou parcial, entre as razões declaradas e os motivos reais que não ficaram expressos na justificação apresentada. Por seu intermédio é possível conhecer a própria orientação subjetiva que presidiu a escolha dentre as diferentes alternativas possíveis. A fundamentação apresentada para cada uma das opções realizadas constitui, assim, um ponto de observação privilegiado para a verificação do critério que as presidiu concretamente. Ainda que muitas vezes a real atitude do julgador possa estar dissimulada pela apresentação de motivos diversos daqueles que efetivamente levaram a uma determinada opção. Isso não diminui a importância da motivação para o objetivo apontado, até porque a própria obscuridade ou incoerência

---

<sup>149</sup> Rogério Lauria Tucci. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 263-264.

reveladas na descrição do processo intelectual que conduziu à decisão também podem ser indicações reveladoras de uma eventual parcialidade”<sup>150</sup>.

### **3.14 – Responsabilidade do magistrado**

Além das garantias estabelecidas na Constituição, nos Tratados Internacionais e na legislação infraconstitucional analisadas até agora, com o escopo de assegurar ao juiz a mais completa imparcialidade, um necessário complemento gira em torno de sua responsabilidade pelos atos que leva a efeito: “mostra-se muito difícil uma solução equilibrada do problema, pois a matéria é muito delicada e se, de um lado, é necessário preservar o princípio da independência e a serenidade do juiz na realização de suas tarefas, por outro, é também preciso evitar que ele possa, na prática, pôr-se acima da lei, ficando a salvo de qualquer controle ou sanção, mesmo em caso de arbítrio”<sup>151</sup>.

É preciso um necessário equilíbrio entre o valor democrático do dever de prestar contas e a sua imparcialidade. Admitir que o magistrado pode errar e que pode ser responsabilizado no âmbito civil, administrativo ou penal garante uma importante ferramenta no combate ao juiz tendencioso, parcial. A admissão de instrumentos sancionatórios é uma conquista do Estado Democrático de Direito, na medida em que em tempos pretéritos, não se admitia a responsabilidade do Estado, em especial do magistrado, prevalecendo a máxima de que *the king can do no wrong*.

Conforme a lição da Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as garantias de que se cerca a magistratura no direito brasileiro, “previstas para assegurar a independência do Poder Judiciário, em benefício e infalibilidade do magistrado, não

---

<sup>150</sup> Antonio Magalhães Gomes Filho. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 98-99.

<sup>151</sup> Enrico Tulio Liebman. *Manual de direito processual civil, volume 1*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.117.

reconhecida aos demais agentes públicos gerando o efeito oposto de liberar o Estado de responsabilidade pelos danos injustos causados àqueles que procuram o Poder Judiciário precisamente para que seja feita justiça”<sup>152</sup>.

E como se dá essa responsabilização dos agentes políticos? Segundo a lição do Procurador de Justiça Hugo Nigro Mazzilli, em sua atividade, os agentes políticos podem causar danos a terceiros, por erro ou por dolo, e esses danos podem ensejar a responsabilidade indenizatória do Estado (como o juiz que, interpretando as provas dos autos, de maneira equivocada, condena um inocente, ainda que o faça de boa fé; ou como o presidente e parlamentares que editam uma lei que anos depois é declarada inconstitucional). E a si mesmos? Quando os agentes políticos responsabilizam a si mesmos? Isso ocorrerá quando ajam com dolo ou fraude; nesse caso, estarão sujeitos à responsabilização pessoal, até mesmo na esfera penal, se for o caso. Mas, se os agentes políticos errarem por mera culpa, não estarão pessoalmente sujeitos à responsabilização civil porque, como é a eles que incumbem as decisões finais na sua esfera de competência, nesse caso a possibilidade de responsabilização pessoal os intimidaria e entorpeceria suas decisões, com prejuízo à própria atividade do Estado. Assim, por exemplo, ainda que toda a prova apontasse para a procedência da ação penal, qual juiz iria condenar um réu poderoso, sabendo que, anos depois, um tribunal poderia declará-lo inocente?”<sup>153</sup>.

### **3.15 – Juiz das garantias**

A imparcialidade do magistrado é um exercício diuturno que não se resume a um limitado número de pontos de partida. A imparcialidade é, na verdade, um ponto de chegada, um modelo em constante aprimoramento em nome dos direitos e garantias fundamentais, como foi dito acima.

---

<sup>152</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 573.

<sup>153</sup> Hugo Nigro Mazzilli. *Regime Jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 570.

A ideia de uma imparcialidade objetiva recomenda o distanciamento do juiz do processo com a investigação preliminar, criando-se a figura de um tertius, controlador da legalidade durante a persecução extrajudicial, em nome do sistema acusatório.

Analisaremos, em capítulo próprio, o tema do juiz das garantias no Projeto de novo Código de Processo Penal, em virtude da importância para o presente trabalho, por razões óbvias, sem antes uma breve digressão histórica sobre as tentativas de reforma do Código de Processo Penal no Brasil e dos diferentes papéis desempenhados pelos magistrados até o modelo que se projeta, com a estruturação de um novo paradigma, tendo em vista a mudança do ponto nevrálgico do direito processual penal do processo propriamente dito para a investigação preliminar.

## **CAPÍTULO IV - O JUIZ DAS GARANTIAS E A ESTRUTURAÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA**

### **4.1 – Crise do sistema processual e a mudança de paradigma**

No primeiro capítulo, procuramos discutir a intrínseca relação do direito processual penal com a história política de cada país e sua repercussão no texto constitucional, concluindo pela necessidade de, sempre com eficiência, salvaguarda dos direitos fundamentais, que são testados diuturnamente com a utilização do Código de Processo Penal, que nada mais é, na verdade, do que Direito Constitucional Aplicado, como ensina Jorge de Figueiredo Dias.

Por sua vez, no segundo capítulo, depois de estudar a investigação preliminar e suas principais características, observamos uma série críticas, das mais variadas espécies, que fazem com que grande parte da doutrina fale em uma situação de crise.

Mas o que seria necessariamente uma crise no sistema processual penal brasileiro e qual o momento para a adoção de novos instrumentos, sem a pecha de ser conceituada como um simples modismo, uma simples extravagância?

Segundo a clássica lição do Professor de Harvard Thomas Kuhn, “enquanto os instrumentos proporcionados por um paradigma continuam capazes de resolver os problemas que este define, a ciência move-se com maior rapidez e aprofunda-se ainda mais através da utilização confiante desses instrumentos. A razão é clara. Na manufatura, como na ciência — a produção de novos instrumentos é uma extravagância reservada para as ocasiões que o exigem. O significado das crises consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os

instrumentos”<sup>154</sup>: segundo o mencionado estudo, o desenvolvimento de uma disciplina científica passa por diferentes estágios, sendo possível uma gradação que se inicia com o momento preparadigmático, passa pela investigação normal e o período de crise e culmina no estágio da revolução, em que surge o novo paradigma que, novamente, permite a nova investigação normal.

Neste contexto, após a ruptura de um regime autoritário, exige-se a instituição de um novo paradigma processual, com respeito aos direitos fundamentais e a consolidação de um sistema acusatório, um verdadeiro processo de legitimação pelo qual vários países passaram nas últimas décadas como forma de superação do estado de crise, sempre de maneira bem similar, como será analisado em tópico específico de direito comparado, com vários exemplos na Europa e na América Latina.

## **4.2 – Estrutura do novo paradigma**

A estrutura desse processo de legitimação apresenta alguns traços em comum, que merecem ser elencados em itens próprios. Senão, vejamos.

### **4.2.1 – A recusa do juiz como titular da fase de investigação**

Primeiramente, cita-se a impossibilidade do juiz atuar como protagonista na investigação, ou seja, a recusa expressa do juiz investigar, com a devida fixação dos papéis de cada um dos atores.

---

<sup>154</sup> Thomas Samuel Kuhn. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 105.

Em muitos ordenamentos, havia a possibilidade de investigação pelo juiz instrutor, sendo o exemplo francês sempre citado como caso clássico, que inspirou diversos ordenamentos pelo mundo durante os séculos XIX e XX.

Não basta, contudo, a mera separação das funções, mas, sim, exige-se um fortalecimento do Ministério Público como titular da ação penal, conduzindo as investigações, requerendo a determinação dos meios de obtenção de prova, arquivando o feito sem interferência externa, com iniciativa instrutória.

Ao analisarmos o histórico brasileiro, observamos que durante o período colonial, em que estiveram em vigor as ordenações<sup>155</sup>, de matriz inquisitória, o magistrado era em regra nomeado pelo monarca e era responsável pela investigação, acusação e punição. Segundo Larissa Marila Serrano da Silva, “as inquirições devassas, instituto que representava o modo de investigação nas Ordenações portuguesas, encontravam-se completamente centradas nas mãos do juiz que poderia iniciá-las de ofício, desenvolvê-las em sigilo e sem a presença do investigado, que era tratado como mero objeto da investigação. Inferiu-se que essa aglutinação de poderes na figura do juiz inquisidor permitia-lhe exercer promiscuamente as funções policiais e judicantes, agindo como gestor da prova, buscando confirmar no julgamento as provas por ele angariadas na fase preliminar”<sup>156</sup>.

A despeito de importantes inovações influenciadas pela Constituição Liberal de 1824 e de ideais revolucionários e humanitários oriundos da Europa, o Código de Processo Penal do Império, de 1832, manteve o papel investigador e a possibilidade de instauração de ofício do procedimento pelo magistrado.

Inovação importante se deu com a Lei 2033, de 1871, regulamentada pelo Decreto 4.824, que criou o inquérito policial e separou entre a atividade da polícia da judicatura, estrutura mantida pelo atual diploma processual.

---

<sup>155</sup> Mário Júlio de Almeida Costa. *História do direito português*. Coimbra: Almedina, 2005.

<sup>156</sup> Larissa Marila Serrano da Silva. *A construção do juiz das garantias no Brasil: a superação da tradição inquisitória*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2012, p 104.

O Projeto 156, como será analisado oportunamente, representa sensível evolução no histórico brasileiro e rompe definitivamente com a ideia de atividade investigatória do magistrado.

#### **4.2.2 – Jurisdicionalização dos atos de restrição dos direitos fundamentais**

Em segundo lugar, o processo de legitimação exige que a determinação de restrição de direitos fundamentais deve ser presidida, praticada ou autorizada pelo magistrado.

Apontam-se como origem dessa exigência os diversos exemplos já citados em que o juiz era responsável pela investigação durante a persecução preliminar: o juiz de instrução durante a presidência da investigação, por óbvio, determinava a restrição de direitos fundamentais como acontecia, por exemplo, quando determinava, muitas vezes de ofício, uma medida cautelar pessoal.

Com o passar do tempo, com a especialização e sofisticação da criminalidade, nota-se o desenvolvimento de novas técnicas de investigação que, da mesma forma, tornam cada vez mais sofisticadas as restrições de direitos fundamentais, como ocorre com o meio de obtenção de prova da interceptação telefônica e outros meios de comunicação, cada vez mais precisos e eficientes: “as novas formas de criminalidade organizada que proliferam nos últimos anos vieram também alterar não apenas o direito penal como essencialmente o processo penal. Com estas alterações o regime processual penal deixou de constituir exclusivamente um ordenamento processual, ordenamento de protecção ou de liberdade, tendo passado a integrar também como que um sistema operativo dos funcionários de investigação criminal”<sup>157</sup>.

---

<sup>157</sup> Maria de Fátima Mata-Mouros. *Juiz das liberdades: desconstrução de um mito do processo penal*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 21.

Por conta deste cenário, observa-se um deslocamento do ponto nevrálgico, do centro de gravidade do direito processual penal da fase judicial para a persecução preliminar, razão pela qual mesmo com a superação do modelo do juiz investigador, exige-se a presença de um magistrado, um verdadeiro *tertius*, que atue como garante destes direitos fundamentais costumeiramente restringidos em nome dos trabalhos naturais de investigação dos crimes praticados.

Em suma, a atual conjuntura representa uma revalorização jurisdicional no inquérito, uma reforma global<sup>158</sup> centrada no processo investigatório em que o juiz de instrução se transforma no controlador da legalidade da investigação, defensor do princípio<sup>159</sup>/regra<sup>160</sup> da proporcionalidade, que justifica a restrição dos direitos fundamentais, por meio de um sopesamento entre os interesses em jogo.

---

<sup>158</sup> No mesmo sentido, a observação de Paulo Pinto de Albuquerque de que o “fulcro do processo penal passa a ser o processo preparatório, de tal modo que a doutrina fala de um ‘princípio da reforma global centrada no processo investigatório’ (*Erntlungsverfahrenszentrierter Gesamtreformansatz*), e o juiz da instrução transforma-se em um verdadeiro bastião defensor do princípio constitucional da proporcionalidade”. (*A reforma da justiça criminal em Portugal e na Europa*. Coimbra: 2003, Almedina, p. 996).

<sup>159</sup> No Brasil, por influência dos ensinamentos de Paulo Bonavides e de Willis Santiago Guerra, a expressão “princípio” da proporcionalidade está mais do que consagrada. Entretanto, dependendo do conceito de princípio adotado, isto é, dependendo da premissa, a utilização do termo pode ser equivocada. Cabe destacar que apesar da consagração da expressão “princípio da proporcionalidade” em nossa literatura jurídica, a lição mais repetida, pelos mais diversos autores sobre a conceituação de princípio é a definição de Robert Alexy, que é incompatível com a expressão “princípio da proporcionalidade”. Para Luís Virgílio Afonso da Silva, “o problema terminológico é evidente. O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações. Nesse sentido, Humberto Bergmann Ávila afirma que Alexy, ‘sem o enquadrar noutra categoria, exclui-o com razão do âmbito dos princípios, já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência’. Não é de todo correta, contudo a afirmação. É correto, como já dito, que o chamado princípio da proporcionalidade não é um princípio no sentido acima descrito. Mas Alexy, sim, em outra categoria, pois classifica-o explicitamente como regra. Após fazer as ressalvas citadas por Bergmann Ávila, Alexy afirma que os suplementos da proporcionalidade ‘devem ser classificados como regras’ e cita como entendimento semelhante a posição de Haverkate, segundo a qual a forma de aplicação da proporcionalidade e de suas sub-regras é a subsunção”. (*O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 91, volume 798, abril de 2002, p. 27)

<sup>160</sup> A regra da proporcionalidade é subdividida em três sub-regras, que devem ser aplicadas, sempre, na seguinte ordem: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para Luís Virgílio Afonso da Silva, “a real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para cada

Conforme a lição de Maria de Fátima Mata-Mouros, em sua Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, a verdade no processo penal é a juridicamente possível, não sendo possível buscá-la a qualquer preço. Para tanto, “não basta que quem investiga seja entidade diferente de quem julga. Tão pouco bastará a inserção nos códigos de processo penal de normas de normas tendentes a disciplinar os métodos de investigação legalmente admissíveis, ditando os limites impostos à descoberta da verdade. É necessário também que os referidos limites sejam controlados por um órgão alheio à instauração, ao objetivo e ao resultado da investigação. Um terceiro imparcial. Não se trata propriamente de verificar a legalidade da investigação. Independentemente da discussão sobre a adequação, ou não, da existência de um tal controlo, a verdade é que aquela sindicância pode esperar pela instrução ou o julgamento. Trata-se, sim, de evitar o irreparável. Evitar a verificação de prejuízos injustificados de direitos fundamentais”<sup>161</sup>.

Destarte, conclui-se que o magistrado deve ser nas sociedades democráticas, em nome de sua imparcialidade, o responsável para a proteção dos direitos fundamentais, em momentos de restrição por conta da investigação preliminar. Assim, a jurisdicionalização que coloca em risco os direitos fundamentais é um fato consumado, absolutamente inevitável, “porque jurisdição quer afinal dizer

---

qual não se tem dado a devida atenção. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras.” De acordo com a sub-regra da adequação, a primeira a ser analisada, a medida estatal será adequada quando ela se mostrar apta a fomentar os objetivos visados, o que é mais amplo do que apenas alcançar os objetivos visados. Segundo Luís Virgílio Afonso da Silva, adequado, assim não é somente o “meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado.” Em segundo lugar, a medida estatal será necessária quando a implementação do objetivo perseguido não pode ser alcançada, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor escala, o direito fundamental atingido. Em terceiro e último lugar, cabe analisar a proporcionalidade em sentido estrito: trata-se da ponderação entre o grau da limitação ao direito fundamental afrontado e o significado da implementação do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva. (*O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 91, volume 798, abril de 2002, p.35).

<sup>161</sup> Maria de Fátima Mata-Mouros. *Juiz das liberdades: desconstrução de um mito do processo penal*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 23.

garantia: antes de mais garantia da posição de independência e imparcialidade do órgão investido da função de julgar”<sup>162</sup>.

#### **4.2.3 – A diferenciação entre o juiz garante e o juiz do processo criminal**

Sem maiores questionamentos, a necessidade de diferenciação entre o juiz garante, que atua durante a persecução preliminar, e o magistrado que deve atuar durante o processo criminal já foi analisada quando do estudo do princípio da imparcialidade, em capítulo anterior, verdadeira necessidade para o seu aprimoramento, no contexto da consolidação do modelo acusatório.

#### **4.3 – O juiz das garantias na Europa e na América Latina**

Com base naquilo que analisamos a respeito da estruturação de um novo paradigma, cumpre destacar que inúmeros países já diagnosticaram a sua violação quando o magistrado participa da persecução preliminar e do processo criminal, mesmo que não tenha poderes de investigação.

No Brasil, contudo, ainda permanece o modelo previsto pelo Código de Processo Penal da década de quarenta, em que a autoridade policial coleta os elementos informativos destinados à formação da justa causa “pelo titular da acusação, enquanto todas as medidas cautelares que forem requisitadas – pela autoridade policial ou pelo titular da ação penal -, além de quaisquer intervenções administrativas no inquérito policial, seja concessão de mera dilação de prazo, devem ser praticadas pelo juiz competente. Este juiz, prevento, será o competente para o processamento e

---

<sup>162</sup> José António Mouraz Lopes. *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 29.

juízo da subsequente ação penal. A necessidade de se estabelecer a prevenção como critério excludor de competência, uma presunção absoluta de quebra de imparcialidade do juízo tal como a suspeição, leva à consequência do processamento da investigação preliminar sob a tutela de um juiz e a ação penal sob a competência de outro”<sup>163</sup>.

Antes de analisarmos o Anteprojeto de Código de Processo Penal, suas críticas e elogios, vale a pena uma breve descrição de alguns países que já adotaram reformas semelhantes.

Cumprido destacar, finalmente, que o estudo de exemplos de outros países não pode servir como argumento de autoridade nem para um elogio, nem para uma crítica, sendo fundamental análise crítica dos problemas internos e a adoção das soluções necessárias para resolvê-los.

#### 4.3.1 – Portugal

A história do direito processual penal português está intimamente ligada às variações políticas, à história nacional, como já destacado no capítulo inicial, sendo possível destacar, no século XX, três datas emblemáticas, quais sejam, 1910, 1926 e 1974: na primeira, foi implantada a “República; na segunda, o regime autoritário; e, com a última, reencontrou-se a democracia. Três fatos políticos que fundamentam as três constituições de 1911, 1933 e 1976, e carregam consigo todas as normas primárias do processo penal”<sup>164</sup>.

Com a ascensão do regime autoritário, em 1926, temos, logo na sequência, a elaboração de Código de Processo Penal em 1929, de índole inquisitória e que serviu ao regime de Salazar, com o juiz presidente da investigação.

---

<sup>163</sup> Paulo Victor Freire Ribeiro. *O juízo de garantias: definição, regramento, consequências* in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 105, 2010, p. 968.

<sup>164</sup> José de Souto de Moura. *O processo penal em Portugal in Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*. Barueri: Manole, 2004, p. 60.

O atual Código de Processo Penal de Portugal é do ano 1987, fruto da Lei de nº 78, e que substituiu o vetusto diploma de 1929, bastante alterado por leis esparsas, em especial o Decreto-Lei nº 35.007, de 1945.

Assim como Código de Processo Penal brasileiro, o mencionado diploma de 1929 foi elaborado com forte tendência autoritária, às vésperas da ditadura salazarista, que em 1945, impôs dura reforma, inspirada nos ideais fascistas, que contaminaram a Europa, durante a primeira metade do Século XX.

Com a Revolução dos Cravos e seu ideal democrático, vem à lume a Constituição de 1976, que por óbvio não recepciona a legislação infraconstitucional, que precisa ser totalmente reformulada<sup>165</sup>: o Código de Processo Penal de 1987 foi baseado em anteprojeto<sup>166</sup> de uma Comissão de Juristas<sup>167</sup>, presidida pelo Professor Jorge de Figueiredo Dias e sofreu bastante influência dos modelos da Alemanha e da Itália.

No atual diploma, citam-se algumas reformas importantes entre elas a de 1998, liderada por comissão presidida pelo Professor Germano Marques da Silva e outra de 2007, coordenada pelo Professor Rui Carlos Pereira.

O Código de 1987, além de respeitar os princípios constitucionais da Carta Magna de 1976, procurou dialogar com o diploma penal em vigor e com disposições de outros países do velho continente e de tratados internacionais

---

<sup>165</sup> A retomada democrática cria uma espécie de crise de legitimação “assente na necessidade de renovar todos os instrumentos processuais penais criados num modelo político antagônico ao Estado Democrático resultante da Constituição de 1976 e que, não obstante as alterações a que foi sujeito ao longo do tempo, claramente não servia mais à resolução dos problemas definidos por aquele modelo de justiça penal. Se o modelo de realizar a justiça, nomeadamente a justiça penal num Estado democrático, não pode dissociar-se hoje de um processo de legitimação processual, muito menos pode deixar de ser democraticamente fundado. E se a esta afirmação a temos como paradigmática a toda a conformação do processo penal não poderia deixar de estar presente o ‘nascimento’ de um código”. (José António Mouraz Lopes. *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 15-16)

<sup>166</sup> Antes do mencionado anteprojeto, houve uma primeira tentativa de unificação, presidida pelo magistrado Maia Gonçalves, que não teve continuidade.

<sup>167</sup> Além de Jorge de Figueiredo Dias, fizeram parte desta Comissão Cunha Rodrigues, Maia Gonçalves, Costa Andrade, Castro E. Sousa e José Antonio Barreiros.

de direitos humanos, para a criação de um sistema acusatório, com respeito aos direitos fundamentais, com separação clara de disposições para a pequena e a grande criminalidade, levando em consideração as suas particularidades e a necessidade de respostas estatais diferentes<sup>168</sup>.

Em seu artigo 1º, estabelece quais são as autoridades judiciárias: o Juiz, o Juiz de Instrução e o Ministério Público. Conforme vimos quando da análise da persecução preliminar e dos órgãos responsáveis pela direção das investigações, o sistema português incumbiu ao *Parquet*<sup>169</sup> a presidência do inquérito<sup>170</sup>, que deve orientar a atuação dos órgãos de polícia criminal, sendo possível, em alguns casos, nos termos do artigo 270, delegação nos órgãos de polícia a respeito de atos de investigação.

Nos termos do artigo 263, o Ministério Público tem amplos poderes de investigação e, também, de coerção, dentre os quais, na fase de inquérito<sup>171</sup>, o de “deter para obrigar o comparecimento do arguido (artigo 267), com exceção daqueles atos que contendem com os direitos, liberdades e garantias

---

<sup>168</sup> Em 1986, o Código de Processo Penal foi aprovado pelo Conselho de Ministros. Depois foi submetido “pelo Presidente da República Mario Soares ao controle de constitucionalidade prévio do Tribunal Constitucional, para ser publicado em 17 de fevereiro de 1987. O Código entrou em vigor em 1º de janeiro de 1988, após publicação de toda uma legislação complementar que, aliás, foi considerada pela Assembleia da República como uma condição *sine qua non* da vigência do novo processo penal. Além dessa base legislativa interna, o processo penal português repousa também sobre fontes internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1948 e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 4 de novembro de 1950”. (José de Souto de Moura. *O processo penal em Portugal in Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*. Barueri: Manole, 2004, p. 61)

<sup>169</sup> O Ministério Público está previsto no Título V, intitulado “Tribunais”, reconhecimento de que é órgão pertencente ao Poder Judiciário tanto pelo aspecto topográfico, como por disposição expressa da Carta Magna: em seu artigo 219, a Constituição prevê que os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados, e que não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei. Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática.

<sup>170</sup> Nos termos do artigo 262, o inquérito compreende “o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação”.

<sup>171</sup> Jorge de Figueiredo Dias. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

fundamentais, privativos do Juiz de Instrução Criminal (artigos 268 e 269) <sup>172</sup>. Tais amplos poderes geraram grande polêmica em face do artigo 32.4 da Constituição portuguesa, que prescreve toda a instrução é de competência de um Juiz. Por fim, o Tribunal Constitucional, em decisão de 09/02/87, entendeu que o artigo 263 é constitucional, fundamentalmente porque a Constituição atribui ao Ministério Público uma magistratura de autonomia que deve pautar-se por estritos critérios de legalidade e objetividade, bem como o exercício da ação penal (artigo 219-1 da CRP) e porque ao Juiz da Instrução estão reservados os atos de intromissão dos direitos, liberdades e garantias fundamentais e ao arguido é dada a oportunidade de, no termo do inquérito, suscitar o controle judicial da acusação pública, através do requerimento para a abertura da instrução” <sup>173</sup>.

Nos exatos termos do artigo 17 do Código de Processo Penal, compete ao juiz de instrução exercer todas as funções jurisdicionais até a remessa do feito para julgamento, com intervenção na fase preliminar sempre que seja possível a afetação dos direitos fundamentais do arguido <sup>174</sup>, ou seja, compete a este magistrado "proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer todas as funções

---

<sup>172</sup> De acordo com Paulo Pinto de Albuquerque, a reforma portuguesa foi fortemente influenciada pelo modelo alemão: “a concepção do legislador português sobre a estrutura da fase preparatória foi influenciada pela primeira lei de reforma do processo penal alemão, a *Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts*, de 09/12/1974, que consagrou a ideia introduzida no direito alemão logo em 1921(...) de atribuição da direcção de todo o processo preparatório ao Ministério Público, conferindo ao juiz da instrução (*Untersuchungsrichter*) o papel restrito de juiz de averiguações (*Ermittlungsrichter*), isto é, de um magistrado que procede a actos de instrução em situações de emergência, mas cuja tarefa essencial é a de controlar os actos do Ministério Público que contendam diretamente com direitos e liberdades do arguido.” (*A reforma da justiça criminal em Portugal e na Europa*. Coimbra: 2003, Almedina, p. 995).

<sup>173</sup> Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. *Processo Penal do Brasil e Portugal: estudo comparado – as reformas portuguesa e brasileira* in *Sistemas Processuais do Brasil e de Portugal: estudo comparado*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 20.

<sup>174</sup> Os atos praticados, ordenados ou autorizados pelo juiz de instrução “durante o inquérito têm que ser, obrigatoriamente, reduzidos a auto (cfr. os arts. 275º, nº2 e 99º e segs.). A redação do auto é efetuado pelo funcionário de justiça (ou pelo funcionário de polícia criminal durante o inquérito) sob a direcção da entidade que presidir ao ato (art. 100º, nº1). Os juízes de instrução (e os funcionários de justiça que o coadjuvam) podem consultar os dados dos inquéritos em processo penal, relativos a processos que sejam da sua competência, quando tais dados sejam necessários para o exercício das competências que lhes cabe, nos termos da lei, durante o inquérito (cfr. o art. 30º (Consulta pelos magistrados e funcionários de justiça), nº 3, da Lei nº 34/2009, de 14 de julho (estabelece o regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial) e a Lei nº67/98, de 26 de outubro (Lei da proteção dos dados pessoais), retificada pela Declaração de Retificação nº 22/98, de 28 de novembro)”. Paula Marques Carvalho. *Manual prático de processo penal*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 230.

jurisdicionais até à remessa do processo para julgamento, nos termos prescritos neste Código”, especificamente, nos artigos 268 e 269, sendo vedado, expressamente, participar do julgamento, conforme artigo 40.

Segundo Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner, a atuação do Juiz Instrutor<sup>175</sup> pode ser dividida em dois grupos: de investigação, previstos no artigo 268 e de garantia, previstos no artigo 269.

Dentro desta classificação, no primeiro grupo, compete ao juiz instrutor: a) proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido; b) proceder à aplicação de uma medida de coação ou de garantia patrimonial, à exceção da prevista no artigo 196, a qual pode ser aplicada pelo Ministério Público; c) proceder a buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário, nos termos do artigo 177, 3, do artigo 180, 1 e do artigo 18; d) tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida, nos termos do artigo 179, 3; e) praticar os demais atos reservados ao juiz instrutor.

No segundo grupo, referente ao papel de garante, o artigo 269 prevê os atos que devem ser ordenados ou autorizados pelo juiz instrutor:

a) apreensões de correspondência, nos termos do artigo 179, 1; b) buscas domiciliárias, nos termos e com os limites do artigo 177; c) interceptação, gravação ou registo de conversações ou comunicações, nos termos dos artigos 187 e 189; d) praticar de outros atos relacionados à função de garante.

Em síntese, o processo penal acaba por instituir um sistema misto, em que existem atos que a lei exige a intervenção do juiz e outros atos em que a lei se contenta com sua prévia autorização, ou seja, um juiz alheio à direção do inquérito, que age como garante ao analisar a legalidade e determinando os limites da restrição de direitos fundamentais do investigado, sem iniciativa processual própria, uma

---

<sup>175</sup> Nos termos do artigo 268, nº 2 e 3, o juiz de instrução não intervém na fase da persecução preliminar espontaneamente, de ofício, sendo necessário requerimento do Ministério Público, da autoridade de polícia criminal, do arguido, do assistente, devendo decidir no prazo máximo de 24 horas, com base na informação que lhe for prestada, acompanhada do requerimento, sendo possível, com base no nº4, dispensar a apresentação dos autos sempre que não considerar imprescindível.

posição verdadeiramente passiva: “a instrução preliminar- apesar de estar atribuída ao MP – atua o juiz como garante e também como investigador, praticando pessoalmente atos investigatórios por natureza. É uma particularidade que o distingue dos demais sistemas puros. Contudo, ainda que o legislador português tenha atribuído ao juiz alguns atos que mais bem deveriam estar a cargo do MP, o que vislumbramos é que o juiz da instrução preliminar assume uma postura predominantemente garantista e excepcionalmente investigatória”<sup>176</sup>.

#### 4.3.2 – Itália

A história do processo penal italiano não pode ser contada de uma forma linear antes da unificação Estado, ocorrida no século XIX, em virtude de inúmeras particularidades, sendo certo que estes Estados anteriores foram os responsáveis pelas primeiras codificações e desempenharam importante papel reformador, como ocorreu na Toscana, que aboliu a tortura: “após a Restauração, as legislações dos Estados italianos tendem geralmente a se inspirar no modelo misto, predominantemente inquisitório, do código napoleônico: assim é o caráter predominante do primeiro código (de 1865) posterior à unificação política da nação. O código ‘liberal’ de 1913 que o sucede foi editado com objetivo de eliminar esses traços que traduziam o autoritarismo. Se ele revela um esforço de modernização técnica, o código de 1930, expressão do totalitarismo fascista, é, em contrapartida, sobretudo marcado por fortes limitações às garantias individuais”<sup>177</sup>.

Como dito, o Código de Processo Penal de 1930 representa um enorme retrocesso na defesa dos direitos e garantias fundamentais,

---

<sup>176</sup> Ricardo Jacobsen Gloeckner, e Aury Junior Lopes. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.391.

<sup>177</sup> Antoinette Perrodet. *O sistema italiano in Processos penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 345.

durante o período totalitário do fascismo, que se iniciou na Itália, em 1919 e teve como líder maior Benito Mussolini.

Trata-se de um diploma que pode ser definido como predominantemente inquisitório, em que o juiz de instrução se confundia com o acusador, com a atribuição de amplos poderes e sem a devida regulamentação da prova<sup>178</sup>: “o juiz era o ‘senhor do processo e das provas’; durante a instrução, a verdade era investigada em sigilo, com amplos poderes coercitivos. No momento da fase de debates, as partes não tinham poderes incisivos de controle, pois a verdade já havia sido acertada e estava contida nos autos dos atos instrutórios”<sup>179</sup>.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, temos a ruptura do Estado totalitário com a Constituição de 1948, que serviu de base para elaboração do *Codice di Procedura Penale*, que entrou em vigor em 1989, e também dialogou bastante com os tratados internacionais de direitos humanos<sup>180</sup>.

Diferentemente do *Codice Rocco*, o diploma processual preocupou-se em instituir, verdadeiramente, um sistema acusatório, com definição clara do papel dos atores processuais, ou seja, uma relação triangular entre acusação, defesa e o juiz, rompendo com o modelo inquisitório do Código de 1930, em que havia confusão entre as figuras do juiz e da acusação e não havia clara separação entre a fase da persecução preliminar e o processo crime propriamente dito.

A pedra de toque do novo diploma processual foi a criação do *giudice per le indagini preliminari*, em substituição à figura do juiz instrutor, um novo modelo em que o juiz não realiza atos instrutórios e controla a legalidade da investigação e a proteção dos direitos fundamentais: competente para decidir sobre a concessão das medidas restritivas de direitos fundamentais, como, por exemplo, as

---

<sup>178</sup> Vincenzo Manzini. *Trattato di diritto processuale penale italiano*. Torino: Unione Tipografica Editrice Torinese, 1931, pp. 82-108.

<sup>179</sup> Paolo Tonini. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17.

<sup>180</sup> Mario Chiavario. *O processo penal na Itália in Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*. Barueri: Manole, 2004, pp. 43-45.

cautelares pessoais, permitir a produção de antecipada de prova, por meio de um incidente probatório e controlar a duração da investigação<sup>181</sup>.

Tendo como base o procedimento ordinário, podemos identificar duas diferentes fases, quais sejam, a fase de investigações preliminares e a fase processual.

Na primeira fase, disciplinada no Livro V, *Indagini Preliminari*, com base no artigo 326, atribui-se ao Ministério Público a direção das investigações (com o auxílio da Polícia Judiciária) e o exercício da ação penal pública: é o Ministério Público que delimita os contornos e os rumos da investigação preliminar e a direciona, em nome do interesse público e da defesa da sociedade<sup>182</sup>: “di conseguenza, la indagini preliminari sono finizzate unicamente ad acquisire elementi di prova al fine di mettere in condizioni il pubblico ministero di decidere se esercitare oppure no l’azione penale”<sup>183</sup>.

Nos termos do artigo 327, admite-se a realização de investigação pela Defesa, além dos atos defensivos tradicionais.

Convencido da presença da justa causa para a ação penal, o Ministério Público deve oferecer denúncia criminal, requerendo a remessa do feito a julgamento. Em sentido contrário, caso não estejam presentes os elementos mínimos para a acusação, com base no artigo 405, deve o *Parquet* promover o arquivamento.

Compete ao juiz das garantias, também, a análise do pedido de arquivamento realizado pelo Ministério Público: se entender que não é caso de

---

<sup>181</sup> Marcio Geraldo Britto Arantes Filho. *A disciplina da prova no código de processo penal italiano in Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.223.

<sup>182</sup> Andrea Antonio Dalia e Marzia Ferreioli. *Manuale di diritto processuale penale*. Milani: CEDAM, 2010, pp. 13-15.

<sup>183</sup> Gilberto Lozzi. *Lezioni di procedura penale*. Torino: G. Giappicheli, 2010, pp. 339-340.

arquivamento, pode determinar a continuidade da investigação, assim como determinar que o promotor ofereça a acusação<sup>184</sup>.

Em nome do princípio da imparcialidade, como já analisado no capítulo anterior, o artigo 34 do diploma processual veda expressamente que o juiz que atuou durante a persecução preliminar atue na fase judicial<sup>185</sup>: nos anos seguintes à edição do Código de Processo Penal, a *Corte Costituzionale*, em diversas oportunidades, declarou a inconstitucionalidade por omissão do mencionado artigo, uma vez que não previu outros casos de incompatibilidade do juiz das garantias, como, por exemplo, as Decisões 496/1990, 401/1991, 502/1991, 124/1992, 186/1992, 399/1993, 432/1995<sup>186</sup>, etc.

Cumprir observar, oportunamente, que a investigação preliminar na Itália é tida como sumária, porque está limitada, consoante o artigo 326, aos elementos necessários para o exercício da ação penal, sendo certo que os atos praticados durante a persecução preliminar não servem como prova no processo criminal, uma função *endoprocessuale*<sup>187</sup>.

### 4.3.3 – Paraguai

Interessante observar, agora, o exemplo de um país vizinho, marcado pelo atraso, desde que se viu dizimado pela Guerra, no século XIX, com o Brasil, Argentina e Uruguai (Tríplice Aliança) e que encerrou a crescente industrialização paraguaia e sacrificou várias gerações.

---

<sup>184</sup> Mauro Fonseca Andrade critica bastante esta solução, que foi incluída na redação final do Projeto de Lei 156, de 2009, e compara com o juiz investigador e destaca a clara violação ao modelo acusatório, especialmente na hipótese de determinar que o promotor ajuíze a ação penal (*Juiz das garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 49).

<sup>185</sup> Giorgio Lattanzi e Ernesto Lupo. *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, S.p. A.1998, pp. 202-215.

<sup>186</sup> Aury Lopes Junior. *Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 245.

<sup>187</sup> Aury Lopes Junior. *Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 246.

O século XX foi bastante penoso para o Paraguai e podemos identificar algumas características bastante peculiares e muito parecidas com a de nosso país: subdesenvolvimento, ausência de democracia, histórico de violação de direitos humanos.

O atraso paraguaio se identificou em todos os segmentos e passou a ser combatido na década de noventa, com uma série de transformações e reformas institucionais, sendo, neste contexto, que em 1998, por meio da Lei 1286, vem à tona um novo Código Processual Penal, preocupado com a superação do modelo inquisitório e consolidação de um modelo acusatório: o novo Código representa um grande esforço de superação de um modelo inquisitorial, com matriz autoritária e grande violação de direitos fundamentais, com diversos episódios de tortura e maus tratos.

Assim como o Projeto 156, em tramitação no Congresso Nacional, o Código de Processo Penal do Paraguai inicia o seu texto com princípios e garantias processuais, em repetição do texto constitucional, com o claro escopo de reafirmação do que se propõe e daquilo que se valoriza para os novos tempos.

É possível identificar algumas linhas mestras que corroboram a proposta constitucional de 1992, em nome de um Estado Democrático de Direito, uma República que valoriza aspectos sociais: a) tratamento diverso entre crimes de maior e menor monta; b) excepcionalidade e proporcionalidade das medidas cautelares; c) valorização do papel do Ministério Público, responsável pela presidência das investigações e direção da Polícia Judiciária; d) valorização da oralidade; e) introdução de mecanismos alternativos de solução dos conflitos <sup>188</sup>.

Incumbiu-se ao Ministério Público a presidência da investigação preliminar, por meio de coordenação da Polícia Judiciária, que a ele está subordinada: “en la Etapa Preparatoria es el Ministerio Público quien dirige la investigación de los hechos punibles, a través de sus Agentes Fiscales, Asistentes Fiscales u otros funcionarios, junto a sus órganos auxiliares que son la Policía Judicial,

---

<sup>188</sup> Christian Bernal Duarte. *Reforma del proceso penal en Paraguay y el juez penal de garantías y sus funciones* in *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 140.

el Ministerio Público ya cuenta con órgano auxiliar interno embrionario, denominado Centro de Investigación Judicial”<sup>189 190</sup>.

Durante a persecução preliminar, o juiz não ostenta qualquer atribuição investigativa e atua como controlador da legalidade e preservação dos direitos fundamentais, sem atuação de ofício: “la nueva ley procesal penal permite la inserción del Juez Penal a este modo democrático de resolver los conflictos penales. En primer lugar, su función primordial es resolver que se le presenta; no debe preocuparse por la investigación de los hechos punibles, ni por simples cuestiones administrativas como proveídos, oficios, etc., que sí constituyen las funciones del Ministerio Público y de los Secretarios, respectivamente. En segundo lugar, debe constituir-se en garante de los principios, derechos y garantías de toda persona sospechada o investigada por la supuesta comisión de un hecho punible. El Juez Penal debe constituirse en el último garante y refugio de los imputados”<sup>191</sup>.

Neste sentido, vale a pena citar o artigo 42 do Código de Processo Penal, segundo o qual, “los jueces penales serán competentes para actuar como juez de garantías y del control de la investigación, conforme a las facultades y deberes previstos por este código, y conocerán de: 1) las decisiones de naturaleza jurisdiccional que se deban tomar durante la etapa preparatoria; 2) de la sustanciación y resolución del procedimiento en la etapa intermedia; 3) de la sustanciación y resolución del procedimiento abreviado”.

Nota-se, oportunamente, diferentemente do que ocorre em países mais desenvolvidos em que a grande preocupação sobre o tema diz respeito à sofisticação da investigação preliminar e a relação sobre os direitos fundamentais, no

---

<sup>189</sup> Christian Bernal Duarte. *Reforma del proceso penal en Paraguay y el juez penal de garantías y sus funciones* in *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 141.

<sup>190</sup> A duração da “Etapa Preparatoria” não poderá durar mais de seis meses, depois de iniciada a investigação. Excepcionalmente, admite-se a possibilidade de prorrogação, que poderá ser ordinária, quando admitida pelo juiz das garantias, e extraordinária, quando admitida pelo Tribunal de Apelação.

<sup>191</sup> Christian Bernal Duarte. *Reforma del proceso penal en Paraguay y el juez penal de garantías y sus funciones* in *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 131.

caso do Paraguai, assim como no Brasil, como vimos no Capítulo II, ainda é viva a prática de maus tratos, abuso de autoridade e tortura.

#### **4.3.4 – Chile**

Assim como o Paraguai, a história do Chile é marcada, na segunda metade do século XX, por um longo período de ditadura militar, dos mais turbulentos da América Latina, com diplomas legislativos extremamente autoritários e que foram revistos em nome dos direitos fundamentais e da democracia.

Durante a presidência de Augusto Pinochet, após o golpe de 11 de setembro de 1973, todas as garantias individuais da Constituição de 1925 foram suspensas e o Congresso Nacional dissolvido, até que em 1980, ano em que plebiscito ratificou o governo ditatorial, foi imposta uma nova Carta Constitucional, bastante autoritária, onde se destaca a criação de um Poder de Segurança relacionado ao papel das Forças Armadas na sustentação do regime.

Sobre a Constituição autoritária de 1980, interessante estudo da Biblioteca Nacional explica sua origem e aspectos fundamentais: “en este contexto, y luego de gobernar a través de decretos leyes, se nombra una Comisión encargada del estudio de una nueva Constitución, integrada por siete miembros de confianza de la Junta encabezada por Enrique Ortúzar Escobar, razón por la que se la conoce como ‘Comisión Ortúzar’. El resultado del trabajo se plasmó en un Anteproyecto Constitucional, que fue entregado el año 1978, para una primera revisión al Consejo de Estado, presidido por el ex Presidente Alessandri Rodríguez, quien entrega su informe en julio de 1980. Después de una segunda revisión por parte de la Junta de Gobierno, encabezada por el General Augusto Pinochet, revisión en la que se modifica el Cronograma Institucional del Gobierno Militar, se aprueba la Constitución de 1980, con un texto de 120 artículos permanentes y 29 transitorios, que más tarde, estando el país bajo Estado de Sitio, es sometida a plebiscito el 11 de septiembre de ese año, para ser

posteriormente promulgada el 21 de octubre de ese mismo año. Entra parcialmente en vigencia el 11 de marzo de 1981”<sup>192</sup>.

Nota-se, neste período, a institucionalização da tortura e de maus tratos por parte de agentes estatais durante a persecução preliminar tanto para delitos comuns, como para crimes políticos, como é muito bem retratado no recente e bellissimo Museu da Memória e dos Direitos Humanos, instalado no centro de Santiago, um grande legado para todo o país e um exemplo a ser seguido.

Com a vitória do “não” em novo plebiscito e a queda do regime, em 1988, foram realizadas inúmeras alterações no texto constitucional, sendo certo que a matriz autoritária deu lugar para um texto mais moderno, de índole acusatória<sup>193</sup>, que respeita os direitos e garantias individuais, citando-se, também, a criação de duas Comissões Nacionais preocupadas com a investigação de todas as violações de direitos humanos durante o regime militar, em nome do direito à Memória e à Verdade.

Neste contexto de reformas ao texto autoritário original, temos a reforma do Código de Processo Penal do Chile, em 2000, que entrou em vigor de forma progressiva<sup>194</sup>, em cinco momentos diferentes, dependendo da região do país e

---

<sup>192</sup> [http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/resena\\_const](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/resena_const)

<sup>193</sup> “En efecto, el núcleo de la reforma en Chile implicó, por un lado, la creación del Ministerio Público como órgano persecutor de los hechos presumiblemente constitutivos de delitos y parte acusadora si tales hechos requieren de una sanción estatal por parte del órgano jurisdiccional establecido al efecto, siendo los fiscales que componen el Ministerio Público los encargados de establecer en el marco de una investigación ‘la solución más adecuada’, ‘quienes para conseguirlo deberán emplear su propio criterio y acuerdo con el imputado y su defensor, a través de negociaciones directas’. Por otra parte, las decisiones referidas a las soluciones más adecuadas establecidas por los fiscales del Ministerio Público deben ser conocidas y resueltas por los tribunales establecidos en la ley. Según sea la fase del procedimiento penal en el que intervienen, el ordenamiento procesal penal ha establecido tanto los Juzgados de Garantía como los Tribunales Orales en lo Penal, cada uno con atribuciones y funciones diferenciadas”. (Julio Rojas. *En rol del juez en la prueba: efectos que genera en el juicio oral la formulación de preguntas aclaratorias a testigos y peritos conforme al artículo 329 inciso 4 del código procesal penal in Diez años de la reforma procesal penal en Chile*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011, p. 435).

<sup>194</sup> “La gradualidad de la reforma generó alguna polémica respecto a la vigencia del principio de igualdad en las regiones donde ésta no se aplicaba debido a que los procesados del antiguo sistema se encontraban en una situación de menoscabo de sus derechos y garantías constitucionales. Ello llevó a sostener que este sistema no era constitucional y que, en consecuencia, podía exigirse la aplicación de normas de garantía a regiones en donde no regía el nuevo sistema. En este sentido, aún cuando indirectamente, se pronunció un

buscou, expressamente, dar aplicação a um sistema processual que respeite os direitos fundamentais, em especial a dignidade humana dos investigados e acusados, a eficácia da persecução e a proteção da vítima, como questões fundamentais e prioritárias. Em seu Livro Segundo, o Código de Processo Penal do Chile consagra, influenciado pelo Código de Processo Penal Modelo para a Ibero-América, três fases para o procedimento comum ordinário: Investigação, Preparação para o Juízo Oral e Juízo Oral<sup>195</sup>.

Nos termos do artigo 3º do Código de Processo Penal, o Ministério Público dirigirá a investigação, de forma exclusiva, com o auxílio da Polícia Judiciária, a ele subordinada e de outros órgãos especializados, sendo certo que o *Parquet* “podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o pertuben, requerirán de aprobación judicial previa”, conforme artigo 80 A da Constituição Federal, visto como fundamento constitucional do juiz das garantias chileno.

O controle da legalidade da investigação compete ao “Juez de Garantías”, que, nos termos do artigo 186, do Código de Processo Penal, deve autorizar qualquer medida que signifique restrição dos direitos fundamentais: “control judicial anterior a la formalización de la investigación. Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación”.

---

fallo de Corte de Apelaciones de Santiago de 9 de julio de 2001 en el que al decretar el sobreseimiento temporal del caso en contra Augusto Pinochet hizo aplicable el artículo 10 del Código Procesal Penal. Con posterioridad, la Corte Suprema, en un fallo en el mismo caso de fecha 1 de julio de 2002, cambió dicho sobreseimiento por uno definitivo, señalando expresamente que las disposiciones del Código Procesal Penal no estaban en vigor fuera de las en donde la reforma ya estaba funcionando (véase especialmente considerandos 7º y 8º). Esta decisión clausuró el debate sobre la materia”. (Mauricio Duce. *Diez años de reforma procesal penal en Chile: apuntes sobre su desarrollo, logros y objetivos* in *Diez años de la reforma procesal penal en Chile*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011, p. 27).

<sup>195</sup>Mariângela Tomé Lopes. *O sistema probatório no código de processo penal chileno* in *Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 130-131.

De acordo com a lição do Professor da Universidade do Chile, Raúl Tavorari Oliveiros, a reforma legislativa voltou “a los orígenes y em el mejor sentido, el sistema procesal penal y constitucional chileno retorna a los jueces a su papel tradicional de máximos cauteladores de los derechos de las personas. En la expresión positiva inmediata, para el cumplimiento de esta tarefa, aparece el juez de garantía”<sup>196</sup>.

Compete ao Juiz das Garantias, assim, designar uma audiência para a formalização da investigação, momento em que o Ministério Público individualizará o objeto da investigação, sendo admitido ao investigado apresentar manifestações, conforme artigo 235 do Código de Processo Penal, sendo certo que o garante pode impor prazo para o término das investigações.

Conforme observou Mariângela Tomé Lopes, durante a investigação não se produzem provas (que apenas são produzidas em juízo) e o que se desenvolvem são as *actuaciones de la investigación*: “são as atividades desenvolvidas durante a etapa de investigação pelos intervenientes, ou pela polícia, com o fim de obter elementos de prova. São os chamados meios de obtenção de prova. Referidos elementos poderão dar base à formalização ou não da acusação e também servem para justificar as decisões que o Juiz de Garantia expedirá durante as etapas preliminares do procedimento”<sup>197</sup>.

Feitas estas colocações sobre a mencionada primeira fase do procedimento, a investigação, cumpre tecer alguns comentários sobre a Preparação do Juízo Oral e o Juízo Oral.

Na segunda fase, já se tem uma acusação formal contra o acusado. É aqui que o “Juez de Garantias” faz o controle da denúncia — corrigindo eventuais excessos — e analisa a pertinência das provas apresentadas pelas partes. Ao final dessa etapa tem-se a “Auto de Apertura del Juicio Oral”, no qual o “Juez de Garantias” estabelece: i) o tribunal competente para julgar o feito; ii) o objeto da ação

---

<sup>196</sup> Raúl Tavorari Oliveros. *Instituciones del nuevo proceso penal: cuestiones y casos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p.271.

<sup>197</sup> Mariângela Tomé Lopes. *O sistema probatório no código de processo penal chileno in Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 142.

penal e; iii) as provas que serão apresentadas durante a fase seguinte, que se chama Juicio Oral.

O Juízo Oral, por fim, é a última fase do procedimento comum ordinário chileno, regida pelos princípios da imediação, oralidade, continuidade, publicidade, contraditório e livre convencimento do tribunal, em relação às provas produzidas. O “Tribunal del Juicio” é composto de ao menos três juízes togados e imparciais, que decidem se a acusação formulada deve ser julgada procedente ou não. A decisão condenatória ou absolutória deve ser proferida de forma fundamentada, com base nas provas produzidas durante as fases anteriores.

#### **4.3.5 – Argentina**

Por fim, cumpre analisar o complexo modelo argentino, fruto da autonomia legislativa das suas 23 províncias, o que permite a edição de diferentes códigos de procedimentos penais, desde que respeitados os preceitos fundamentais da Constituição.

Em interessante estudo, Camilla Brentel elenca o atual cenário argentino, no tocante à existência, ou não, de código de procedimentos penais: “Buenos Aires (Lei 3.589/1915), Córdoba (Lei 8.123/1991), Santa Fé (Lei 6.740/1971), Mendoza (Lei 1.908/1951), Tucumán (Lei 6.203/1991), Entre Rios (Lei 4.843/1969), Salta (Lei 3.645/1961), Misiones (Lei 2.677/1989), Chaco (Lei 1.062/1971), Corrientes (Lei 2.945/1971), Santiago Del Estero (Lei 1.773/1941), Jujuy (Lei 182/1950), San Juan (Lei 6.140/1990), Río Negro (Lei 2.107/1986), Formosa (Lei 696/1987), Neuquén (Lei 1.677/1987), Chubut (Lei 3.155/1988), San Luis (Lei de 30.09.1908, modificada pela Lei 4.991/1994), Catamarca (Lei 4.676/1991), La Rioja (Lei 1.574/1950), La Pampa (Lei 332/1965), Santa Cruz (não possui Código de Processual Penal próprio e utiliza as disposições do antigo Código de Processo Penal da Nação, Lei 2.372, bem como de

novo, incorporadas à província por algumas leis locais) e Província de Tierra Del Fuego, Antártida e Islas Del Atlântico Sur (Lei 168/1994)”<sup>198</sup>.

O artigo 194 do Código de Processo Penal da Nação estabelece que “el juez de instrucción deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su circunscripción judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 196” e consagra a regra repetida pela grande maioria das províncias, segundo a qual compete ao Poder Judiciário a investigação dos crimes praticados em território nacional: “durante a *instrucción*, os magistrados podem ordenar de ofício todas as diligências necessárias ao descobrimento da verdade e, na fase do *juicio oral*, aquelas taxativamente enumeradas pela lei, mesmo que não requeridas pelas partes”<sup>199</sup>.

A despeito do modelo adotado pela maioria das províncias, cumpre destacar que o Código de Processo Penal da Província de Buenos Aires apresenta modelo totalmente diferente, depois de reforma legislativa de 1988.

A citada reforma legislativa tinha como objetivo a consolidação de um modelo verdadeiramente acusatório, em que se diferenciasse claramente a função de acusar e de julgar, atribuindo-se a investigação ao Ministério Público, com o controle da legalidade por um “Juez de garantías”, com fixação de prazos e valorização da oralidade.

Conforme Mauro Fonseca Andrade, o juiz das garantias foi elevado, na reforma legislativa do Código da Província de Buenos Aires, à condição “de figura-chave de seu novo sistema processual penal. Isso porque, ao ser extinto o juizado de instrução, a investigação criminal foi confiada ao Ministério Público, deixando-se de lado, portanto, o sistema misto, e se adotando – ao menos, aparentemente – o sistema acusatório. O juiz de garantias bonaerense atua nas fases preparatória (de

---

<sup>198</sup> Camilla Brentel. *A disciplina da prova no processo penal argentino* in *Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82.

<sup>199</sup> Camilla Brentel. *A disciplina da prova no processo penal argentino* in *Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84.

investigação) e intermediária (de recebimento/rejeição da acusação, ou exame do pedido de arquivamento da investigação pelo Ministério Público)”<sup>200</sup>.

Observa-se, também, a vedação expressa para que o juiz que atuou na fase preliminar atue no processo crime, em nome da imparcialidade, como já analisado em capítulo prévio, em consonância com os precedentes do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Além do Paraguai, Chile e do Código da Província de Buenos Aires, observa-se uma tendência na América Latina na adoção do juiz das garantias, em nome de uma consolidação do sistema acusatório, como também ocorreu no Peru, na Bolívia e Colômbia.

---

<sup>200</sup> Mauro Fonseca Andrade. *Juiz das garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, 56.

## CAPÍTULO V - A REFORMA DO PROCESSO PENAL E O JUIZ DAS GARANTIAS

### 5.1 – O Código de Processo Penal e a Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988<sup>201</sup>, como vimos, marca a ruptura com o Estado Ditatorial e representa o início da reconstrução do Brasil como um Estado Democrático de Direito<sup>202</sup>. A nossa Carta Magna, no que se refere ao sistema processual penal, como não poderia deixar de ser, rompe com esse modelo inquisitivo e institui os alicerces para a construção de um modelo acusatório em que sejam respeitadas as garantias e os direitos individuais.

O vetusto Código de Processo Penal é muito criticado<sup>203</sup> pela doutrina moderna, dando a impressão de que é um diploma processual tecnicamente

---

<sup>201</sup> A Constituição Federal de 1988, ao consagrar o modelo acusatório, representa uma poderosa tendência do processo penal contemporâneo: “perfeitamente delineadas as funções do juiz, da acusação e da defesa (o que importa na abolição do juiz de instrução), todo o processo se publiciza, condensa-se e concentra-se, ganhando em eficiência e exigindo a participação constante do juiz e das partes, na plena observância do princípio do contraditório e das garantias constitucionais.” (Ada Pellegrini Grinover. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2009, p. 343).

<sup>202</sup> No mesmo sentido, vale destacar a lição do Professor Titular da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Ministro Luís Roberto Barroso: “é inegável que a Constituição de 1988 tem a virtude de espelhar a reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os de cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao País. Os anseios de participação, represados à força nas duas décadas anteriores fizeram da constituinte uma apoteose cívica, marcada, todavia, por interesses e paixões.” (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 41.)

<sup>203</sup> Por todos, cita-se a contundente crítica do Professor José Frederico Marques: “infelizmente, a Comissão que elaborou o projeto que se transformou no atual Código de Processo Penal não soube dotar o país de um estatuto moderno, à altura das reais necessidades de nossa Justiça Criminal. Permaneceu estacionária, por isso, a legislação processual penal, enquanto em outros setores a renovação legislativa se operava em alto grau. Continuamos presos, na esfera do processo penal, aos arcaicos princípios procedimentalistas do sistema escrito. A oralidade ficou reservada apenas para o processo civil. O resultado de trabalho legislativo tão defeituoso e arcaico está em crise tremenda por que atravessa hoje a Justiça Criminal, em todos os estados brasileiros. Além disso, o Código de Processo Penal, apesar de ter mantido grande fidelidade aos postulados essenciais do sistema acusatório, não deixou de sentir os influxos autoritários do Estado Novo. A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal, e sob o pretexto de por côbro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias

fraco. É preciso destacar, contudo, que o Código de Processo Penal é um produto de seu tempo<sup>204</sup> <sup>205</sup> e, de acordo com seus propósitos inquisitoriais<sup>206</sup>, cumpre o seu papel com maestria. Nesse sentido, ensina o Professor Doutor Fauzi Hassan Choukr que “é

---

necessárias ao acusado, além de o ter feito com um lamentável confucionismo e absoluta falta de técnica”. (*Elementos de direito processual penal*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1961, pp.105-106.)

<sup>204</sup> É preciso destacar que antes da edição do Código de Processo Penal de 1941, havia, por estipulação do artigo 11 dos Atos e Disposições Transitória da Constituição Federal, de 1934, uma comissão de Juristas formada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal Bento de Faria e Plínio Casado e pelo Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Gama Cerqueira, que deveria apresentar, em três meses, um Projeto de Código de Processo Penal, para que o Congresso Nacional discutisse e votasse imediatamente. O Professor José Frederico Marques destaca que em 15 de agosto de 1935, era apresentado o projeto da comissão ao Presidente da República, com longa e brilhante Exposição de Motivos do insigne jurisconsulto que estava à testa do Ministério da Justiça, o professor Vicente Ráo, onde vinham salientados, com brilho e precisão, as inovações trazidas pelo projeto”. Nesse projeto, como ensina o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, “encontram-se cristalizadas essas tendências. Segundo a Exposição de Motivos do Ministro Vicente Ráo, dão feitiço peculiar ao projeto estas inovações principais: suprime o inquérito policial e, em consequência, institui o juizado de instrução; regula a produção da prova, em contraditório regular, perante o juiz processante, conferindo as mais seguras garantias de defesa; simplifica a ação penal, que uniformiza o quanto possível. Só as atribuições do Júri que não foram atingidas pelo projeto, que deixou a cargo dos Estados, em obediência à Constituição, tudo o que se referisse à competência *ratione materiae*”. Entretanto, com a instauração do Estado Novo, a Constituição de 1937 impediu a discussão e aprovação do Projeto Vicente Ráo, ora analisado, determinando o Poder Executivo a elaboração de um Código para vigorar em todo o País, dando origem ao Código de Processo Penal, de 1941. (*Elementos de direito processual penal*, volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p.104).

<sup>205</sup> Sobre o mencionado período histórico e a Carta de 1937, o Professor Titular da Universidade de São Paulo, José Afonso da Silva ensina que a “palavra ‘constituição’ é, em si mesma, rica de conteúdo ético-valorativo, portadora de sentido e valores democráticos. Ora, não é constituição, como repositório dos valores políticos de um povo, documento que não provenha do fundo da consciência popular, fecundadora de uma autêntica ordem jurídica nacional. Por isso, o nome de ‘Constituição dos Estados Unidos do Brasil’, dado ao documento ditatorial de 1937, não exprime o seu correto sentido, daí por que o certo será chama-la de Carta Ditatorial ou, no máximo, por Carta Constitucional.” (*A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1937 in As Constituições Brasileiras: notícia, história e análise crítica*. OAB Editora: Brasília, 2008, p. 79.)

<sup>206</sup> Segundo Giuseppe Bettiol, o processo acusatório é, em essência, o processo penal em que se distingue a função da acusação “e em que, por outro lado, domina o princípio da oralidade, da publicidade, da prova livre. Inquisitório é o processo em que as tarefas da acusação e do julgamento se reúnem na mesma pessoa, perante a qual o indivíduo se encontra numa posição de inferioridade enquanto o processo é, por outro lado, secreto (ao menos na primeira fase) e escrito e em que a prova é legal na maior parte dos casos. Sé verdade, porém – como escreveu Manzini -, que as notas apontadas devem considerar-se esquemáticas e se está igualmente provado que, na realidade histórica dos factos, o processo penal patenteia sempre uma individualidade irredutível a tipos abstractos, não se pode negar que no decurso da história toda a forma concreta de processo pendeu para um ou outro dos dois modelos típicos desenhados, consoante a tônica recaía na liberdade ou na autoridade.” (*Instituições de direito e processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, pp. 211-212). Sobre o processo inquisitório, vale destacar mais uma vez a posição de Manzini: “el proceso inquisitório, blanco de tantas y tantas burdas declamaciones demagógicas, se desarrolló, como una necesidad social, sobre la base del proceso acusatorio, conservando de él las formas que eran compatibles con la própria estructura. Oferecia éste mejores médios que el outro para una eficaz represión de la delincuencia y estaba más em conformidad com el espíritu de los tiempos y del régimen que sucedió al de las llamadas libertades municipales”. (*Tratado de derecho procesal penal, tomo I*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, p.49)

importante destacar, no entanto, dentro de uma observância histórica, que o código em vigor não é ruim: ele serviu de forma lapidar ao poder político que o instituiu, e se transformou num dos mais vigorosos instrumentos da repressão política do período fascista, numa época que no direito e na história brasileira é a denominada de ‘o estado Novo’, com clara inspiração do modelo italiano então vigente, e que foi soberbamente trazida para o direito interno brasileiro. Neste contexto, faz sim muito sentido, a absoluta assimetria do sistema recursal, a fragilidade da posição da vítima, a instrumentalização do acusado (e então não entendido como sujeito de direito, mas como objeto do processo), e uma formal ou autonomia do ministério público para a propositura da ação penal e o controle do arquivamento da investigação, mas substancialmente esta última etapa dependente dos trabalhos de uma polícia judiciária que, na sua essência, está atrelada umbilicalmente com o poder judiciário, a quem serve como organismo auxiliar. Todo este cenário, de clara inspiração inquisitiva e serviçal a um estado autoritário, não se compraz com a realidade política formalmente instaurada em 1988, e muito menos com a adesão brasileira ao pacto humanitário de 1969, cujos reflexos no direito interno ainda são dificilmente encontrados”.

É curioso observar que essa mesma discussão ocorreu em países que passaram por hiatos autoritários, como ocorreu na Itália, após os traumas do regime fascista de Benito Mussolini. Em passagem interessante, o Professor Catedrático da Universidade de Pádua, Giuseppe Bettiol destaca essa mesma ansiedade vivida pela Itália, na medida em que depois da redemocratização, estavam repletos de diplomas de origem fascista, entre eles o diploma processual penal; surge, assim, uma grande dúvida na doutrina italiana, qual seja, fazer reformas pontuais, como pareceu ser a orientação brasileira em alguns momentos, ou apresentar um novo diploma processual, absolutamente compatível com a ordem constitucional democrática atual: “restaurada em Itália a vida democrática, após vinte anos de ditadura ideológica e política, urgiram momentosos e iniludíveis problemas quanto à legitimidade dos monumentos legislativos erguidos pelo fascismo. O problema pôs-se nestes moldes: admitido que os códigos de direito penal e de processo penal receberam a sua coloração de mundovisão de um sistema historicamente superado, devem ser revogados integralmente ou apenas retocados naqueles sectores que mais declaradamente reflectem a ideologia política

totalitária? Tem prevalecido até agora a segunda orientação, isto é, a das reformas parciais. E por uma dupla ordem de razões. Desde logo a dificuldade de encontrar uma plataforma comum a orientações tão profundamente divergentes, plataforma que alicerçaria uma reforma radical. Há países – é o caso da Alemanha – em que, há mais de meio século, se agita o problema da reforma sem que se tenha logrado uma solução, não obstante as dificuldades serem menores que as sentidas no nosso país. Em segundo lugar, a convicção de que o fascismo não atuara em profundidade, pelo que os institutos penais e processuais responderiam ainda, na sua substância, às exigências dum mundo tradicional que sacrificava aos valores fundamentais da pessoa. Pode, um modo geral, dizer-se que os adeptos de uma reforma radical têm estado sempre em minoria nas assembleias legislativas. Em todo o casos – mesmo reconhecendo o bem fundado da orientação prevalente -, o que ninguém podia contestar era a premência duma reforma parcial, dado que muitas das disposições do código de processo penal respondiam a exigências que a nova consciência democrática rejeita. Quer dizer, se o tronco da legislação processual penal é ainda um tronco são, muitos ramos há amputar porque o desligados da seiva vivificante da consciência jurídica. Muitos a amputar não só porque seco, mas também, e sobretudo, porque perigoso. A isto acresce a entrada em vigor da Constituição que veio ericar de problemas assaz delicados e urgentes o caminho da adequação de numerosas disposições às suas normas fundamentais. Não se podia deixar perpetuar um antagonismo que podia comprometer seriamente para além da lógica interna do ordenamento jurídico, a própria vida do Estado no domínio de funções vitais. Mesmo antes da entrada em vigor da Constituição e após a libertação de parte do território nacional da ditadura e da ocupação, com o artigo 6º do decreto nº 288, de 14 de setembro de 1944, se retirou do Ministério Público o poder de arquivamento que o código de processo penal lhe reconhecia – em colisão substancial com o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal – no caso de manifestamente infundado o documento que contém a *notitia criminis*.<sup>207</sup>

No Brasil, vivemos, há algumas décadas, o mesmo dilema vivido por Bettiol, na medida em que nosso Código tem uma clara veia antidemocrática,

---

<sup>207</sup> Giuseppe Bettiol, *Instituições de direito e processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, pp. 263-264.

surgindo os mesmos questionamentos a respeito da melhor solução para realizar tal compatibilidade: reformas pontuais ou um novo diploma. Entretanto, o que parece ser unanimidade é a necessidade de tal adequação, não se admitindo que em pleno século XXI ainda exista uma série de resquícios de um sistema de índole autoritária. Nesse sentido, vale destacar o ensinamento do Professor Doutor Fauzi Hassan Choukr, segundo o qual, “no caso pátrio o descompasso entre o sistema constitucional e o Código é tão grande que não é mais possível a convivência de ambos, dificultando amplamente a atuação prática do processo penal. O sistema de colheita de prova é um exemplo, além de poderes persecutórios dados ao juiz de forma indireta, com a quebra da acusatoriedade. A verdade processual cede sempre lugar ao autoritário argumento da verdade material, em busca da qual muitas regras de imparcialidade são quebradas. O sistema recursal vigente também é caótico, merecendo completa reestruturação ante o grande número de recursos existentes”<sup>208</sup>.

Ficou demonstrado, que o Brasil, no final dos anos oitenta, necessitava de uma mudança radical do sistema processual penal, que poderia ocorrer por meio de vários projetos isolados ou concatenados ou por meio de um novo diploma legal.

## **5.2 – Tentativas de alteração legislativa do Código de Processo Penal de 1941**

A constatação feita no tópico anterior não é nenhuma novidade trazida pela Comissão de Juristas, que elaborou o novo Anteprojeto. Por diversas vezes, o Poder Executivo<sup>209</sup> fez tentativas para atualizar ou para introduzir um novo diploma legal, desde a edição do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

---

<sup>208</sup> Fauzi Hassan Choukr, *Processo Penal à luz da Constituição*. São Paulo: Edipro, 1999, pp. 50-51.

<sup>209</sup> A primeira Comissão de Juristas para tratar do Direito Processual Penal no Brasil foi presidida pelo Professor Catedrático da Universidade de São Paulo e Ex-Ministro de Estado do Governo Getúlio Vargas, Vicente Ráo, mas anterior ao Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941.

Vale a pena analisar, muito brevemente, os principais trabalhos para atualização legislativa no âmbito do Direito Processual Penal, para diagnosticar o real motivo de fracasso dos trabalhos no Congresso.

### 5.2.1 – O Anteprojeto Hélio Toranaghi

Nas eleições presidenciais de 1960 o Brasil presenciou um fenômeno curioso: a vitória avassaladora do candidato de oposição, o antigo aluno da Turma de 1939, Jânio da Silva Quadros (UDN e PDC), com quase seis milhões de votos, enquanto o seu oponente, o General Henrique Lott (PTB e PSD)<sup>210</sup> obteve apenas dois milhões de votos. A plataforma de campanha (que transformou em menos de 15 anos o desconhecido Vereador em Presidente da República) trazia um discurso moralizador da Administração Pública, que seria pautado por uma série de reformas, inclusive legislativas, para adequação dos diplomas à Constituição de 1946<sup>211</sup>.

---

<sup>210</sup> Sobre a candidatura Lott, cumpre destacar que já nasceu derrotada, uma vez que foi muito sabotada por membros de sua própria coligação. Segundo a Professora Titular da Universidade de São Paulo, Maria Victoria Benevides, “para as eleições presidenciais de 1960 o General Lott surge como candidato ‘natural’ das forças nacionalistas do Exército e de certos setores parlamentares do PSD e PTB, além de grupos nacionalistas governamentais e de toda a ‘esquerda’. Mas, além de receber apenas apoio formal do presidente, a candidatura Lott é sabotada por dirigentes do PSD e PTB, mas ligados a Jânio Quadros. O PSD sentia-se mais inclinado às proposições de política econômica de Jânio e os setores mais radicais do PTB divergem de Lott quanto às questões de relacionamento com os países socialistas (notadamente URSS e Cuba), com o PC, apesar de Lott defender o voto analfabeto e a restrição à remessa dos lucros. Aliás, o debate eleitoral entre ‘esquerda’ e ‘direita’ nunca esteve tão confuso: Jânio é o candidato da ‘direita’ com aspectos ‘esquerdistas’ (política externa!) e Lott é o candidato da ‘esquerda’ mas seu anticomunismo declarado não consegue popularidade com os setores mais radicais.” (*O governo Kubitschek: desenvolvimento econômico e estabilidade política -1956- 1961*, 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1979, pp.125-126)

<sup>211</sup> A Constituição Federal de 1946 é considerada, por muitos, como a melhor de todas as Cartas Políticas de nossa história. O Professor Luís Roberto Barroso adverte, contudo, que ela merece análise dúplice: “como instrumento de governo, ela foi deficiente e desatualizada desde a primeira hora. Como declaração de direitos e de diretrizes econômicas e sociais, foi ágil e avançada.” (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Renovar: São Paulo, 2006, p.26)

No curto e turbulento Governo do Presidente Jânio Quadros, de índole municipal<sup>212</sup>, entre os meses de janeiro e agosto de 1961, houve uma iniciativa para a atualização de diversos diplomas legais, fazendo valer a promessa de campanha acima mencionada, como, por exemplo, o Código Civil, de Obrigações dos Títulos de Crédito, das Sociedades Comerciais, da Navegação, Penal, Processual Civil, Menores, Contravenções Penais e, o que nos interessa para o presente trabalho, o Código de Processo Penal.

Coube ao Decreto 1490, de 8 de novembro de 1962, baixado pelo Conselho de Ministros, autorizar a contratação de três profissionais especialistas para os primeiros trabalhos. A Presidência da Comissão foi designada ao grande Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro (antiga Faculdade Nacional de Direito), Hélio Tornaghi, que entregou ao Ministro da Justiça a versão final de seu Anteprojeto em 1963.

Entretanto, em razão do lamentável momento político de falta de estabilidade<sup>213</sup> por qual vivia a nação (renúncia de Jânio Quadros<sup>214</sup>, criação do

---

<sup>212</sup> O Governo do Presidente Jânio da Silva Quadra recebe, por parte da doutrina, a alcunha depreciativa de “índole municipal”, na medida em que tomou uma série de medidas que não combinam com um chefe de Estado e mais se coadunam com a de um prefeito de uma pequena cidade: como exemplo, podemos citar a proibição do uso de biquínis nas praias, a proibição de brigas de galo, intervenções moralizadoras em costumes sociais, assim como em programas de televisão, de rádio e em cinemas.

<sup>213</sup> Celso Lafer, ao prefaciar a obra da Professora Maria Victoria Benevides, ensina que etimologicamente, estabilidade vem de “stabilis, e firme, sólido durável, que se origina de stare: estar, estar de pé, estar firme. De stare derivam: i) estado, por via de status, maneira de se manter, maneira de ser – status civitatis Republicae (estado da cidade) -, estado das coisas públicas, forma de governo; e ii) também, por via de sto – indicativo de firmeza – alguns cultismo como: constituir, constituição, constitucional, instituir, institucional e seus opostos como, por exemplo, destituir (abandonar, privar). Conforme se verifica, a palavra estabilidade contém no seu bojo uma das grandes temáticas da Ciência Política, pois a sua origem é comum a outros conceitos-chave, como o de estado, constituição, institucional, indicando igualmente formas de governo e estado das coisas públicas. A historicidade da palavra mostra, portanto, as possibilidades analíticas da relação entre significante, significado e conjuntura. São justamente algumas destas conexões no sistema político brasileiro contemporâneo que este livro esclarece, ao analisar a estabilidade política do Governo Kubitschek no contexto da República Populista”. (*O governo Kubitschek: desenvolvimento econômico e estabilidade política -1956- 1961*, 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1979, p.15)

<sup>214</sup> A trágica renúncia de Jânio Quadros pode ser entendida como uma das causas do golpe militar, de 31 de março de 1964, na medida em que trouxe grande instabilidade política ao País, o que facilitou, significativamente, o trabalho dos golpistas de plantão. A mal explicada renúncia do Presidente é analisada por Boris Fausto e outros professores, que tentam justificar o ato: “com o seu golpe teatral de renunciar ao Governo, em 25 de agosto de 1961, Jânio esperava basicamente três coisas: primeiro, que os políticos, particularmente os da UDN, concordassem em lhe conceder poderes excepcionais, temerosos de perder a única chance que tiveram de estar no poder presidencial; segundo, os militares o respaldassem,

Parlamentarismo, governo João Goulart e golpe militar em 1964), o Anteprojeto não chegou a ser apresentado ao Poder Legislativo e, logo depois, foi promulgada a Constituição de 1967<sup>215</sup> e os seus Atos Institucionais<sup>216</sup>.

## 5.2.2 – O Anteprojeto José Frederico Marques

Após o fracasso do Anteprojeto Tornaghi, o Governo Federal reiniciou os trabalhos para a atualização do Código de Processo Penal e tantos outros diplomas ultrapassados. Coube ao Desembargador e Professor Titular da

---

por não aceitar a ‘perigosa’ figura de Jango na Presidência como substituto legal; terceiro, que as massas que o levaram ao poder com a maior votação já obtida por um Presidente da República saíssem às ruas em sua defesa. (*História geral da civilização brasileira, O Brasil republicano, volume 10: sociedade e política 1930-1964*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 343)

<sup>215</sup> “A Constituição de 1967 entrou em vigor em 15 de março desse ano, nada obstante o fato de ter sido promulgada em 24 de janeiro. Coincidiu sua entrada em vigor com a assunção da Presidência pelo Marechal Artur da Costa e Silva. Tudo levava a crer, portanto, que as coisas entravam no seu eixo. Novo Presidente, um Texto Constitucional revisado, pareciam fornecer os elementos básicos para assegurar o desenvolvimento do País. Sobre essas características ainda vale a pena ressaltar que a situação econômica era extremamente favorável, visto que afluíam para o País muitos recursos estrangeiros, ocasionando o desenvolvimento de todo um sistema financeiro extremamente sofisticado e bastante abastecido por uma poupança que era estimulada e toda força. Ocorre, entretanto, que os fatos vieram a desmentir as previsões, e os anos de 1967, 1968 e 1969 tornaram-se extremamente turbulentos”. (Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins. *Comentários à Constituição do Brasil*, volume I, 2001, p. 358)

<sup>216</sup> O Ato Institucional nº 5, que contou com a indecorosa participação de Professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, marcou um autoritarismo ímpar do ponto de vista jurídico, “conferindo ao Presidente da República uma quantidade de poderes de que muito provavelmente pouco déspotas na história desfrutaram, tornando-se marco de um novo surto revolucionário, dando a tônica do período vivido na década subsequente. Criava-se uma situação confusa, porque era preciso compatibilizar o Ato nº 5 com a própria Constituição de 1967, por ele mantida, o que não era fácil, dado que muitas vezes suas disposições eram profundamente contraditórias. O Ato Institucional nº 5, como visto, fundava uma nova ordem jurídica, igualando-se à própria Constituição de 1967. É assim que encontrávamos poderes nas mãos do Presidente, tais como o de decretar o fechamento do Congresso, das Assembleias Estaduais e das Câmaras de Vereadores. Nesses casos, o Executivo ficava investido de todos os poderes que anteriormente eram exercidos pelo Legislativo. O Ato também permitia medidas extremamente drásticas, consistentes na cassação de mandatos parlamentares, assim como na possibilidade de suspender os direitos políticos de qualquer pessoa por dez anos. Garantias próprias da magistratura, como vitaliciedade e inamovibilidade, estavam suspensas, assim como as garantias do funcionamento geral, tal como a estabilidade. Tudo isso ficava suspenso pelo Ato Institucional nº5, visto que com fundamento nele todos esses direitos poderiam ser afastados. O seu autoritarismo era tão grande que chegava ao ponto de suspender o habeas corpus, nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular”. (Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins. *Comentários à Constituição do Brasil*, volume I, 2001, p. 360.)

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, José Frederico Marques, elaborar um projeto de Código de Processo Penal, que foi apresentado, pouco depois ao Governo Federal.

O ex-Ministro da Justiça e Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Alfredo Buzaid, editou a Portaria nº32 designando os professores José Frederico Marques, Benjamin Moraes Filho e José Salgado Martins para, sob a presidência do primeiro, constituírem a Subcomissão Revisora do Anteprojeto de Código de Processo Penal, elaborado pelo Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Após inúmeras sugestões e revisões, o projeto foi, ao final, enviado ao Congresso Nacional pelo Presidente Ernesto Geisel, por conta da Mensagem nº159/1975 e converteu-se no Projeto de Lei 633/1975, que sofreu inacreditáveis 784 emendas por uma Comissão Especial da câmara dos Deputados. Depois de ser retalhado pela Câmara dos Deputados, o projeto 633/1975 foi enviado para o Senado Federal, mas logo depois foi retirado por conta da Mensagem nº179, de 30 de agosto de 1978<sup>217</sup>, que assim dizia: “o desenvolvimento da sociedade brasileira na década de 70 resultou em problemas novos para a administração da Justiça Criminal, o que impôs a revogação do Código Penal de 1969, antes mesmo de sua entrada em vigor. Tornou-se, assim, inadequado o projeto em muitas de suas concepções, dada a sua relação com postulados do Código Penal revogado. A incorporação do rol de emendas aprovadas pela Câmara afetou-lhe a estrutura sistemática. Finalmente, repercutiram nele as modificações

---

<sup>217</sup> Mais uma vez, como ocorreu no período após a renúncia de Jânio Quadros, o Brasil vivia uma enorme instabilidade política, quando da não aprovação do Anteprojeto, ora em análise, caracterizada especialmente pela lei Falcão (por estar receoso de perder as eleições municipais, o Governo Federal editou uma lei eleitoral que barrou o acesso dos candidatos ao rádio e à televisão; durante as eleições, os partidos apenas poderiam apresentar no rádio e na televisão apenas o nome, número e o currículo dos candidatos e uma fotografia desses no caso da televisão. Era uma forma de impedir a oposição apresentar as suas ideias democráticas e contrárias ao regime.) e pelo “Pacote de Abril”: “entre as medidas do ‘Pacote de Abril’, estava a criação da figura do senador biônico, cujo objetivo era impedir que o MDB viesse a ser majoritário no Senado. Os senadores biônicos foram eleitos, ou melhor, ‘fabricados’, por eleição indireta de um colégio eleitoral, organizado de forma a tornar muito difícil a vitória da oposição. O critério de representação proporcional nas eleições à Câmara dos Deputados foi alterado, de modo a favorecer os Estados do Nordeste. Estes passaram a eleger proporcionalmente maior número de representantes do que os Estados do Centro-Sul. A medida visava favorecer a Arena, que controlava a maioria dos votos do Nordeste. Além disso o ‘pacote’ estendeu as restrições da Lei Falcão às eleições para os legislativos federal e municipal. O mandato do Presidente da República passou de cinco para seis anos”. (Boris Fausto, *História do Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2007 pp. 492-493.)

introduzidas no sistema de penas pela Lei nº 6.416, de 24/05/1977, imposta ao legislador pela crescente pressão dos índices de criminalidade”.

O Anteprojeto Frederico Marques ainda teve uma sobrevida em razão de uma Comissão criada pelo Ministro da Justiça da época, Ibrahim Abi Akel, que tinha como escopo analisar as alterações propostas pelas emendas e apresentar eventuais sugestões. A Comissão em destaque era formada por Francisco de Assis Toledo, Jorge Alberto Romeiro, Rogério Lauria Tucci e José Frederico Marques.

### **5.2.3 – O Projeto de Lei 1655/1983**

Os trabalhos iniciados no começo da década de oitenta, com base no Anteprojeto Frederico Marques, deram início ao projeto de Lei 1655/1983, que começou a tramitar no Congresso Nacional.

A Exposição de Motivos nº 212 estabelecia que o Projeto de Lei mantém “as partes fundamentais da codificação elaborada pelo Professor José Frederico Marques. Adota boa parte do texto original, emendado pela Câmara dos Deputados. Embora resguarde a estrutura do referido Anteprojeto, aproveita as sugestões úteis, formuladas ao longo de tão numerosos debates. Reorganiza-o, enfim com as subtrações, modificações e adições tidas como apropriadas e relevantes. Trata-se de Projeto moderno, ajustado às exigências atuais da Ciência Processual Penal e à realidade brasileira, cujas inovações principais devem ser desde logo destacadas”.

O Projeto de Lei chegou ao Senado Federal em outubro de 1984<sup>218</sup>, e tramitou como Projeto de Lei 175. Contudo, no final de 1989, depois de

---

<sup>218</sup> O momento político não era dos mais calmos, por mais que se vislumbrasse a abertura decantada pelo Presidente João Batista Figueiredo (“É para abrir mesmo e quem quiser que eu não abra, eu prendo e arrebento”) e que culminou na eleição indireta do Presidente Tancredo Neves, em 1985. Sobre o mencionado período histórico, o Professor Emérito da Universidade de São Paulo, Carlos Guilherme Mota destaca que “embora num modelo ainda fechado, restrito, a eleição de Tancredo Neves simbolizava o retorno ao governo civil. Inaugurou-se o período que passou a denominar-se ‘Nova República’, na verdade uma habilíssima conciliação pelo alto. Ou no juízo de alguns cientistas políticos, como Michel Debrun,

muitos anos de tramitação, o Poder Executivo solicitou a retirada do Projeto de lei 175<sup>219</sup>.

#### 5.2.4 – O Anteprojeto Sálvio Figueiredo Teixeira

Já na década de noventa, mais precisamente em 1992, o Ministro da Justiça Célio Borja designou o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo Teixeira<sup>220</sup>, para presidir mais uma Comissão de Juristas para que realizassem estudos aprofundados e para que elaborassem soluções para o vetusto Código de Processo Penal de 1941.

A Comissão era formada pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Vicente Cernicchiaro, pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sidney Beneti, pelo Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Antonio Carlos de Araújo Cintra, pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Francisco de Assis Toledo, pelo Advogado e ex-Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Alagoas, Antonio Carlos Nabor Bulhões, pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Carlos Fontes de Alencar, pelo Professor da

---

não se verificara uma transição de um regime ao outro, mas uma transação”. *História do Brasil: uma interpretação*. São Paulo: Senac, 2008, pp. 862-963.)

<sup>219</sup> Com a promulgação de uma nova Constituição, não faria muito sentido aprovar um projeto de Código de Processo Penal que havia sido idealizado com base na ordem constitucional anterior. Era preciso, assim, que tudo fosse recommençado e um novo projeto fosse idealizado, em consonância com a Constituição de 1988 e dos tratados internacionais de direitos humanos que passaram a ser ratificados depois da redemocratização.

<sup>220</sup> René Ariel Dotti destaca a linha de condução dos trabalhos traçada pelo próprio Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, tanto para o Código de Processo Civil, como para o Código de Processo Penal: a) localização dos pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional; b) afastamento das divergências doutrinárias ou meramente acadêmicas, assim como outros setores a serem reformados, para se concentrar nos objetivos de simplificação, agilização e modernidade do processo; c) o encaminhamento da reforma em mais de um projeto, com características setoriais, para facilitar a publicidade, discussão e tramitação no Congresso Nacional; d) o aproveitamento da própria disposição topográfica dos artigos de lei existentes, abrindo espaços para novos se for necessário, mas sem alterar a fisionomia do Código; e) a busca de consenso em relação as propostas apresentadas. (René Ariel Dotti, *Anteprojeto do júri* in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número 6, 1998 p.294.)

Universidade Federal do Paraná, René Ariel Dotti, pelo Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Paulo José da Costa Junior, pelo Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Sérgio Marcos Moraes Pitombo, pelo Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Rogério Lauria Tucci, pelo Professor da Universidade de Brasília e Procurador Geral da República, Inocêncio Mártires Coelho.

Depois de inúmeros avanços, os trabalhos foram revistos por uma outra Comissão, até que foram sistematizados em dezesseis Anteprojetos publicados no Diário Oficial da União em 1994<sup>221</sup>. Os Anteprojetos foram reunidos em seis projetos de lei, que foram encaminhados para a Câmara dos Deputados, mas depois foram retirados, o que ocasionou a renúncia do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira das funções que exercia como presidente das comissões da reforma.

### **5.2.5 – Comissão Ada Pellegrini Grinover**

No início do segundo mandato do Presidente da República Fernando Henrique Cardoso<sup>222</sup>, o Ministro da Justiça, José Carlos Dias,

---

<sup>221</sup> A opção foi por uma reforma tópica, na medida em que, segundo um dos membros da Comissão, “os projetos de reforma global dos sistemas positivos (de CP, de CPP, de CC, de CPC, de CCom, entre outros) estão condenados ao imobilismo durante várias legislaturas. Dormem o sono profundo do esquecimento quando não da indiferença do Parlamento e até mesmo dos profissionais das áreas respectivas e do próprio povo que é o destinatário final das reformas. E com o imobilismo vem o desestímulo em se prosseguir com as ideias e os textos originais que, em consequência, são jogados ao limbo. Para ilustrar esta conclusão basta rever as tentativas de reforma efetuadas a partir dos anos 60 em setores fundamentais do direito positivo. (René Ariel Dotti, *Anteprojeto do júri* in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número 6, 1998 p.295)

<sup>222</sup> O maior legado do governo Fernando Henrique Cardoso, segundo o Professor Emérito da Universidade de São Paulo, Carlos Guilherme Mota, foi a implementação da “democracia representativa como valor, que permitiu o crescimento eleitoral da esquerda e a prática da rotatividade no poder, que levaria à derrota o candidato do partido do presidente. Nada obstante, Cardoso transmitiu o posto a seu sucessor, Luís Inácio Lula da Silva, dentro de inusual normalidade democrática” (*História do Brasil: uma interpretação*. São Paulo: Senac, 2008, p. 943). Essa maior estabilidade, consagrada na consolidação da democracia representativa, pode ser uma explicação para a maior discussão e a consequente aprovação de diversos projetos de lei que alteraram, significativamente, o Código de Processo Penal, o que nunca havia ocorrido nos turbulentos anos anteriores.

constituiu, pela Portaria nº 61, de vinte de janeiro de 2000, um Comissão para apresentar, em noventa dias, propostas de reforma do Código de Processo Penal<sup>223</sup>, tendo como norte o garantismo e a eficiência<sup>224</sup>.

A Comissão<sup>225</sup> foi presidida pela Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Ada Pellegrini Grinover, e contou com a participação de Professor Titular da Universidade de São Paulo Antonio Scarance Fernandes, do Professor Titular da Universidade de São Paulo, Antonio Magalhães Gomes Filho, do Professor Titular da Universidade de São Paulo, Miguel Reale Júnior, do Professor Titular da Universidade de São Paulo, Rogério Lauria Tucci, do Professor Doutor Luiz Flávio Gomes, do Professor Titular da Universidade Federal do Paraná, René Ariel Dotti<sup>226</sup>, do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rui Stoco, do Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco, Nilzardo

---

<sup>223</sup> Conforme o Professor Doutor da Universidade de São Paulo, Pierpaolo Cruz Bottini, “três foram os objetivos que pautaram a reforma processual. Dois deles comuns ao processo trabalhista, civil e penal e um voltado, de forma preponderante, ao processo penal: i) redução da litigiosidade repetitiva, protelatória ou decorrente; ii) racionalização do processamento de demandas; iii) adequação legislativa aos preceitos constitucionais de garantia”. (*Aspectos gerais da reforma processual*. Boletim do IBCRIM. São Paulo, n. 188, agosto de 2008)

<sup>224</sup> “Como primeira conclusão, pode-se afirmar que a reforma do Código de Processo Penal Brasileiro, com algumas exceções, devidas à tramitação legislativa dos projetos de lei, representa um notável passo rumo à modernização do sistema, atento, de um lado, à sua eficiência e, de outro, às garantias constitucionais. Conclui-se, portanto que eficiência e garantismo constituem a tônica das reformas.” (*O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2009, p. 359).

<sup>225</sup> De acordo com editorial de seu Boletim, “o IBCCRIM sempre propugnou pela ideia de um projeto de Código de Processo Penal inteiramente novo, por entender que se faz necessária uma mudança estrutural na vigente Lei Processual, cujos princípios não estão em consonância com aqueles estabelecidos na vigente Constituição da República, que em outubro próximo completa vinte ano. Esta não foi, porém, a solução adotada pela Comissão de Reforma, que, como se sabe, apresentou ao Ministério da Justiça oito anteprojetos em 2001, três dos quais, após sete anos, agora se transformaram em lei. Dois outros projetos, voltados aos temas de prisão e medidas cautelares e recursos, ainda aguardam aprovação no Congresso Nacional. As modificações ora aprovadas são profundas. Inspiradas no Código de Processo Penal Ibero-Americano, que serviu de base para a reforma levada a efeito na última década em diversos países latino-americanos, as novas leis tratam do procedimento em geral, e objetivam modernizar o processo penal e alcançar a tão esperada celeridade e efetividade.” (*A esperada reforma processual penal*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 188, agosto 2008.)

<sup>226</sup> Ao longo dos trabalhos, o Professor da Universidade Federal do Paraná, René Ariel Dotti, achou, por bem deixar a Comissão, sendo substituído pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rui Stoco.

Carneiro Leão, pelo Professor Doutor Petrônio Calmon Filho e pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sidnei Beneti.

O ponto de partida da Comissão foi a apreciação dos diversos projetos apresentados em 1994 e que foram coordenados pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. A Comissão, contudo, decidiu “propor uma reforma tópica”<sup>227 228</sup> porque a reforma total seria inexecutável operacionalmente. A morosidade própria da tramitação legislativa dos códigos, a dificuldade prática de o Congresso Nacional aprovar um estatuto inteiramente novo, os obstáculos à atividade legislativa do Parlamento, tudo milita contra a ideia de uma reforma global do Código de Processo Penal. Reformas tópicas, portanto, mas não isoladas, para que se mantenham a unidade e a homogeneidade do sistema; e reformas tópicas que não incidam apenas sobre alguns dispositivos, mas que tomem por base institutos processuais inteiros, de forma a remodelá-los completamente, em harmonia com os outros”<sup>229</sup>.

Os projetos foram amplamente discutidos pela comunidade jurídica do Brasil nas “Jornadas de Processo Penal”, organizadas pelo Ministério da Justiça e pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. Várias instituições “enviaram críticas, sugestões e propostas. Pode-se afirmar que todas as categorias

---

<sup>227</sup> Em interessante artigo a respeito do tema, o Professor Fauzi Hassan Choukr critica, severamente, a posição adotada pela Comissão Ada Pellegrini Grinover: “em texto anterior, e em inúmeras oportunidades, vimos debatendo a absoluta inconsistência destas reformas fragmentadas, quer pela dificuldade da compreensão global do modelo acusatório, quer pela natural quebra sistêmica que dela decorre, transformando o processo penal brasileiro numa verdadeira “colcha de retalhos”. Para além de uma mera crítica quanto à necessidade de um sistema coeso e integral, tem se alertado para o fato de que estas reformas fragmentadas não propiciam a formação de um arcabouço cultural condizente com os primados democráticos e, por conseguinte, dificultam a construção de uma sólida cultura jurídica acusatória, e respeitadora dos direitos fundamentais.” (*A reforma do processo penal brasileiro*. Sistemas Judiciales, Buenos Aires, v. 01, n. 1)

<sup>228</sup> De acordo com a Professora Ada Pellegrini Grinover, ao abordar a opção da comissão, “a reforma total seria a seu favor a completa harmonia do novo sistema. Mas seria inexecutável operacionalmente. A morosidade própria da tramitação legislativa dos códigos, a dificuldade prática de o Congresso Nacional aprovar um estatuto inteiramente novo, os obstáculos à atividade legislativa do Parlamento, tudo militava contra a ideia de uma forma global do Código de Processo Penal. Reformas tópicas, portanto, mas não isoladas, para que se mantivessem a unidade e a homogeneidade do sistema; e reformas tópicas que não incidissem apenas sobre alguns dispositivos, mas que tomassem por base institutos processuais inteiros, de forma a remodelá-los completamente, em harmonia com os outros.” (*O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2009, p. 344).

<sup>229</sup> Ada Pellegrini Grinover, *Anteprojetos de lei de reforma do código de processo penal: entregues ao ministro da justiça em seis de dezembro de 2000*.

jurídicas foram ouvidas, por seus representantes: juízes, promotores, advogados, delegados, peritos judiciais, estudiosos em geral. Diversos professores de processo penal compareceram às Jornadas e continuaram contribuindo com suas sugestões. A Comissão examinou todas as propostas recebidas, participando de outros encontros e debates que tinham por objeto a análise dos anteprojetos, onde expunha seus avanços. Muitas arestas foram aparadas, o consenso foi sendo construído e, embora não se possa falar em unanimidade sobre todos os pontos, não será uma demasia afirmar que se chegou um bom ponto de equilíbrio entre reivindicações às vezes diametralmente opostas”<sup>230</sup>.

Dessa forma, ao final dos trabalhos, a Comissão Ada Pellegrini Grinover<sup>231</sup> apresentou os anteprojetos de lei, que versavam sobre os seguintes temas:

- a) Prisão especial: Projeto de Lei 4.210 – transformado na Lei nº 10.258, de 2001.
- b) Interrogatório judicial do acusado: Projeto de Lei 4.204 – transformado na Lei 10.792, de 2003, quando ocorreu uma alteração na Lei de Execuções Penais, com o escopo de introduzir o Regime Disciplinar Diferenciado.
- c) Júri: Projeto de Lei 4.203 - foi transformado na Lei nº 11.689, de junho de 2008.
- d) Provas: Projeto de Lei 4.205 – foi transformado na Lei 11.690, de 2008.
- e) Recursos: Projeto de Lei 4.206 - ainda tramita no Congresso Nacional.
- f) Suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e procedimentos: Projeto de Lei 4.207 – transformado na Lei 11.719, de 2008, apesar do veto parcial do Presidente da República.

---

<sup>230</sup> Ada Pellegrini Grinover. *O Processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2009, pp. 345-346.

<sup>231</sup> Em defesa das reformas pontuais da Comissão Ada Pellegrini Grinover, vale transcrever interessante lição do Professor Doutor da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Luiz Roberto Salles Souza: “o Código de Processo Penal brasileiro, no curso dos últimos sessenta anos, vem sofrendo alterações que mantêm a sua atualidade e vitalidade. A mais recente reforma foi introduzida pelo conjunto de três novas leis que bem demonstram a intenção do legislador em reforçar a adoção do sistema acusatório no processo penal brasileiro, buscar a celeridade processual, aprimorar o processo contraditório e adequar o vetusto Código de Processo Penal a Constituição Federal de 1988. Em realidade, caminha-se para um processo penal mais eficiente e garantista”. (*Investigação defensiva*. in *Estudos de processo penal*. São Paulo: Scortecci, 2011, p.58)

- g) Prisão, liberdade, medidas cautelares: Projeto de Lei 4.208, que foi transformado em lei, com algumas modificações com relação ao texto original, em 2011, através da Lei 12.403.
- h) Investigação Criminal: Projeto de Lei 4.209 – ainda tramita no Congresso Nacional<sup>232</sup>.

### **5.2.6 – O novo Anteprojeto de Código de Processo Penal**

Apesar da recente reforma estrutural do Código de Processo Penal, fundada, basicamente nos trabalhos da Comissão Ada Pellegrini Grinover, o Senado Federal criou (mais) uma Comissão de Juristas para elaborar um novo Anteprojeto.

De acordo com o Requerimento 277, de autoria do Senador Renato Casagrande, “o Processo Penal Brasileiro encontra-se regulado pelo Decreto-Lei n° 3.931, de 11 de dezembro de 1941. Nos seus sessenta e seis anos de vigência e apesar das alterações de que tem sido alvo, revela-se hoje inadequado às exigências de celeridade e eficácia, tendo em vista os mais atuais conceitos e teorias processuais penais que objetivam um direito processual funcional, instrumental, cuja decisão seja produzida em prazo razoável. A experiência adquirida no âmbito da dogmática jurídica permite diagnosticar os principais problemas e insuficiências do

---

<sup>232</sup> Conforme lição do saudoso Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, com a aprovação do Projeto de Lei 4209, “o mencionado Título II do Código de Processo Penal passa a denominar-se ‘Da investigação policial’, porque o Anteprojeto deseja reservar ‘à polícia judiciária funções eminentemente investigatórias’ (2). Quer, também, atribuir ao Ministério Público as ‘funções de supervisão e controle’ (3). da polícia judiciária, ‘hoje conferidas ao juiz’ (4). Dá, na fase preliminar, ao Poder Judiciário competência, apenas, para a ‘concessão das medidas cautelares’ (5). Pretende, também, assegurar a defesa, ‘a partir do momento em que o investigado passa à situação de suspeito’ (6) Almeja, de outra sorte, maior participação do ofendido nas investigações”. (*Breves notas sobre o anteprojeto de lei, que objetiva modificar o código de processo penal, no atinente à investigação policial in Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)*. São Paulo: Método, 2001)

Código de Processo Penal, o que torna o atual momento oportuno para a constituição de um grupo de alta qualificação auxiliar do Poder Legislativo.

Mais do que proceder a alterações pontuais do atual Diploma Normativo impõe-se uma revisão estrutural e conceitual, aproveitando seus méritos e corrigindo suas deficiências. Vive-se um momento de violência amplamente disseminada em nossa sociedade, o que coloca em relevo a necessidade de eficácia punitiva penal.

Em nome da segurança e previsibilidade jurídicas, o processo deve ser um instrumento de celeridade e distribuição de justiça, algo que não vem ocorrendo presentemente. A constituição, portanto, de uma Comissão de Juristas voltada para a construção desse Projeto de Código de Processo Penal mostra-se oportuna e necessária para tomar o processo penal mais ágil, célere, eficaz e justo.”

A Comissão de Juristas foi formada por renomados nomes do meio jurídico, sem deixar de lado a representatividade das instituições que operam diariamente com o tema (Magistratura, Ministério Público, Polícia Judiciária e Advocacia): Antonio Magalhães Gomes Filho, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Hamilton Carvalhido, Tito Souza do Amaral, Sandro Torres Avelar, Felix Valois Coelho Júnior, Fabiano Augusto Martins Silveira, Eugênio Pacelli de Oliveira.

Após inúmeras reuniões, os trabalhos terminaram e a versão final do Anteprojeto foi entregue ao Presidente do Senado, Senador José Sarney<sup>233</sup>, em 22 de abril de 2009. A expectativa inicial da Comissão de Juristas e do Senador Renato Casagrande era de que o Anteprojeto pudesse ser votado ainda em 2009.

---

<sup>233</sup> O Senador José Sarney iniciou, em sua gestão à frente da Presidência do Senado Federal, uma grande frente em nome de novas codificações, destacando-se os estudos para um novo Código Comercial, para um novo Código de Processo Penal (com o Anteprojeto ora em análise), para um novo Código de Processo Civil, para um novo Código Penal e tantos outros diplomas. No tocante ao projeto de novo Código Penal, vale destacar a ferrenha crítica do Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Miguel Reale Júnior, que liderou ato público no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2012, e contou com o apoio de dezenove entidades, entre elas: Ordem dos Advogados do Brasil, Associação dos Advogados de São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Ministério Público de São Paulo, Associação Paulista do Ministério Público, Ministério Público Democrático, Centro Acadêmico XI de Agosto, Instituto dos Advogados e Defensoria Pública.

Entretanto, poucas semanas depois da apresentação do Anteprojeto, o Senado se viu, mais uma vez, mergulhado em uma série de acusações seríssimas, o que, por certo, paralisa o andamento dos burocráticos e morosos Projetos de Lei.

Assim como observamos nas demais tentativas de reformulação do Código de Processo Penal, a situação política instável do Brasil é um importante fator para o anacronismo de nossas leis. Congressistas despreparados, crises políticas diuturnas, eleições federais, estaduais e municipais são apenas alguns fatores que explicam tantos Anteprojeto fracassados no Processo Penal, assim como em outras matérias.

### **5.3 – Visão geral do Código de Processo Penal em discussão no Congresso Nacional**

#### **5.3.1 – A lógica da nova codificação**

Antes de fazermos uma visão geral do Anteprojeto do novo Código de Processo Penal, hoje já transformado em Projeto de Lei nº 156/2009, cabe uma defesa de uma nova codificação, em detrimento de uma simples reforma pontual, mesmo que pensada de forma sistêmica e concatenada, como fez a Professora Ada Pellegrini Grinover e sua comissão de juristas, como analisamos acima. Já sustentamos, em outra oportunidade, que os projetos da Comissão Ada Pellegrini seriam suficientes para que o nosso direito processual penal rompesse, de vez, com sua índole inquisitiva e para que os institutos ganhassem uma roupagem constitucional. Infelizmente, a prática nos provou o contrário, sendo preciso um novo diploma, totalmente em consonância com a Constituição Federal, com um novo espírito, típico das novas codificações, notadamente as do século XXI.

O Código de Processo Penal de 1941 e os seguidos Projetos de Lei que fracassaram, representavam um modelo de codificação

ultrapassado<sup>234</sup>, baseado no modelo oitocentista inaugurado pelo Código Napoleão de 1804, considerado, pelo próprio Napoleão Bonaparte, a sua obra fundamental, a sua obra maior.

Antes de analisarmos o novo modelo de codificação, precisamos fazer uma rápida digressão a respeito da codificação iniciada no século XIX. Norberto Bobbio ensina que hoje estamos acostumados a pensar o direito em termos de codificação, “como se ele devesse necessariamente estar encerrado num código. Isto é uma atitude mental particularmente enraizada no homem comum e da qual os jovens que iniciam os estudos jurídicos devem procurar se livrar. Com efeito, a ideia da codificação surgiu por obra do pensamento iluminista, na segunda metade do século XVIII e atuou no século passado: portanto, há apenas dois séculos o direito se tornou codificado. Por outro lado, não se trata de uma condição comum a todo mundo e a todos os países anglo-saxônicos. Na realidade, a codificação representa uma experiência jurídica dos últimos dois séculos típica da Europa continental”<sup>235</sup>.

O modelo oitocentista de codificação nasceu com o Iluminismo, doutrina revolucionária da burguesia, fruto da cultura racionalista que tem o seu apogeu com a Revolução Francesa e todas as outras revoluções que varreram inúmeras monarquias absolutistas ao redor do mundo. Os iluministas defendiam a ideia de um legislador universal (em que as leis eram válidas para todas as pessoas e para todos os tempos), defendiam um direito simples e, acima de tudo, unitário. Norberto

---

<sup>234</sup> A respeito do modelo oitocentista de Código, em matéria de Direito Processual Penal, não podemos deixar de destacar o importante papel que tais diplomas desempenharam, em seu tempo, como ocorreu na implementação de um modelo liberal com a edição do Código do Processo Criminal do Império, de 1832, ou com importante conquista de um Código para todo o país, sem a possibilidade de códigos estaduais, o que ficou definitivamente garantido com o Código de Processo Penal, de 1941, que em seu artigo 1º estabelece que “o processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro por este Código”. A propósito do Código de Processo Criminal do Império, de 1832, vale destacar a lição do Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, José Reinaldo de Lima Lopes, segundo a qual, o “Código do Processo Criminal é a grande vitória legislativa dos liberais, logo após a abdicação de D. Pedro I. Promulgado em 1832, o Código do Processo Criminal, projeto de Manuel Alves Branco, segundo Visconde de Caravelas, altera substancialmente o direito brasileiro. Põe fim, praticamente, ao sistema judicial antigo, introduz novidades completas, trazidas da Inglaterra, especificamente o Conselho de Jurados (tribunal do júri) e o recurso de habeas-corpus, inexistentes na tradição do direito continental. A investigação criminal das Filipinas, a devassa, de tom inquisitorial, desaparece e é substituída por um juizado de instrução, de perfil contraditório, sob direção do juiz de paz, leigo e eleito.” (José Reinando de Lima Lopes, *O direito na história*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 267)

<sup>235</sup> Norberto Bobbio. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999, p.63.

Bobbio, nesse sentido, destaca que a simplicidade e a unidade do direito “é o Leimotiv, a ideia de fundo, que guia os juristas que nesse período se batem pela codificação. Trata-se de uma exigência que, na França, era particularmente sentida (até atingir extremos de paroxismo), porque a sociedade francesa não possuía um único ordenamento jurídico civil, penal e processual, mas uma multiplicidade de direitos territorialmente limitados. Em particular, era dividida em duas partes: a setentrional, onde estavam vigentes os costumes locais (*droit costumier*), e a meridional, onde vigorava o direito comum romano (*droit écrit*). Ora, a concepção racionalista considerava a multiplicidade e a complicação do direito um fruto do arbítrio e da história. As velhas leis deviam, portanto, ser substituídas por um direito simples e unitário, que seria ditado pela ciência da legislação, uma nova ciência que, interrogando a natureza do homem, estabeleceria quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta do homem. Os iluministas estavam, de fato, convencidos de que o direito histórico, constituído por uma selva de normas complicadas e arbitrárias, era apenas uma espécie de direito ‘fenomênico’ e que, além dele, fundado na natureza das coisas cognoscíveis pela razão humana, existia o verdadeiro direito. Pois bem, a natureza profunda, a essência verdadeira da realidade, é simples e suas leis são harmônicas e unitariamente coligadas; por isto, também o direito, verdadeiro direito fundado na natureza, podia e devia ser simples e unitário”<sup>236</sup>.

Franz Wieacker acrescenta, de maneira precisa, que apesar do caráter muito facetado “das circunstâncias do seu aparecimento, estes códigos apresentam um idêntico perfil espiritual. Distinguem-se de todas as anteriores redações de direitos desde logo pelo facto de que eles não fixam, ordenam ou melhoram (reformam) direito já existente, nem pretendem completá-lo (como, por exemplo, as *Ordenances* francesas e as *Reformationem* alemãs do século XVI); eles dirigem-se antes a uma planificação global da sociedade através de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica. O pressuposto interno mais geral desse empreendimento, é constituído pela convicção, própria do iluminismo de que a actuação morigeradora e racional dos governantes ou da vontade comunitária geral criaria por si só uma sociedade melhor. O direito natural parecia indicar a uma tal actuação um caminho mais

---

<sup>236</sup> Norberto Bobbio. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999, p.64.

seguro, ao fornecer projectos gerais de uma sociedade regida por preceitos ético-naturais e ao permitir a esperança de se descobrirem, de uma vez por todas, os critérios de um direito justo do ponto de vista do seu conteúdo”<sup>237</sup>.

Com base nesse espírito temos uma série de escritos e textos legislativos, merecendo absoluto destaque para a Constituição de 5 de setembro de 1790, segundo a qual, no Título I, intitulado Disposições fundamentais garantidas pela Constituição, “será feito um código de leis civis comuns a todo reino”; no mesmo sentido, temos A Constituição de 24 de junho de 1793, segundo a qual, em seu artigo 85, intitulado “Da justiça civil”, “o código de leis civis e criminais é uniforme para toda a república”.

Apesar dessa origem jusnaturalista, os trabalhos de elaboração do Código caminharam em outra linha. A última característica ligada ao jusnaturalismo estava no artigo 1º, do Título I (“Existe um direito universal e imutável, fonte de todas as leis positivas: não é outro senão a razão natural, visto esta governar todos os homens”) mas foi eliminada durante os trabalhos, após uma série de discussões no Conselho de Estado. Como observa Norberto Bobbio, rompe-se definitivamente a concepção jusnaturalista inicial, representando, na realidade, “a expressão orgânica e sintética da tradição francesa do direito comum”<sup>238</sup>.

Tal modelo, ora analisado, difundiu-se por inúmeros países de tradição ocidental e tinha como escopo disciplinar todas as possíveis situações, num casuísmo exacerbado, um modelo de código total, sem imperfeições, sem possibilidade de brechas. Toda a matéria se esgotava naquele diploma de direito civil, direito penal ou direito processual, sem a possibilidade maior discricionariedade ao magistrado, sem a possibilidade de cláusulas gerais, sem a possibilidade de evocação de princípios, de um diálogo de fontes e de uma vinculação do diploma legislativo a um texto superior, notadamente a Constituição e os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. O primeiro questionamento a respeito da falibilidade do legislador e da

---

<sup>237</sup> Franz Wieacker. *História do direito privado moderno*. Göttingen: Fundação Calouste Gulbenkian de Lisboa, 1967, p. 365.

<sup>238</sup> Norberto Bobbio. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999, p.72.

possibilidade de eventuais lacunas se deu no campo do direito de família, mais precisamente no tocante à inexistência do casamento, hipótese levantada com a obra de Zacarias: O Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Silvio Rodrigues, ensina no volume I de seu consagrado Curso de Direito Civil, que o problema da inexistência foi colocado por Zacarias, uma vez que não existe nulidade virtual em direito de família, em nome da estabilidade das relações ali tratadas, ou seja, todas as nulidades devem constar expressamente do texto legal; e se houvesse uma situação não prevista pelo legislador? E se o sistema não fosse tão perfeito como se defendia? Nesse sentido, Zacarias passou a defender que nesses casos graves, como seria o caso do matrimônio realizado sem consentimento, ou no caso do matrimônio realizado sem autoridade celebrante ou no caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo<sup>239</sup>, não seria possível o casamento, mesmo que sem uma hipótese expressa de nulidade, contrariando a máxima de que *pas de nullité sans texte*.

O nosso Código Civil de 1916, claramente individualista, representa, com precisão esse modelo ultrapassado de codificação, sem a presença de cláusulas gerais, sem a presença de princípios norteadores de todo o sistema, sem um necessário diálogo com a Constituição e demais textos internacionais e nacionais. No mesmo sentido, todos os outros diplomas editados no início do século XX, como ocorre com o nosso Código de Processo Penal, um código fechado, sem previsão de princípios norteadores, sem o necessário diálogo com a Constituição Federal.

As codificações da modernidade, por sua vez, apresentam uma outra estrutura que leva alguns doutrinadores a cunhar a expressão “era da recodificação”, como destaca a Professora Livre Docente da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Judith Martins Costa, segundo a qual, os Códigos não sintetizam toda a matéria e nem pretendem fazê-lo; o Código “requer uma permanente complementação com as demais normas do sistema, em especial com os Direitos Fundamentais, que espelham a tábua de valores essenciais do sistema, a partir do

---

<sup>239</sup> Com relação a essa situação, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou pelo reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e sobre a possibilidade de conversão dessa união estável em casamento, garantindo-se, assim, a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que elimina um dos exemplos citados por Zacarias para sustentar a sua tese da inexistência do ato jurídico.

assentamento de um valor base, estruturante e fundante de todos os demais: o da dignidade da pessoa humana, o ‘valor fonte’ de todos os valores. Daí a ideia da ‘construção permanente’, que é tipicamente culturalista: não uma construção conceitual ao modelo pandectista, mas uma construção atada à experiência social concreta, à ética da situação”<sup>240</sup>.

Essa chamada era da recodificação não se limita ao Código Civil, podendo ser notada, em nosso ordenamento, em alguns diplomas recentes como, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990, que no Título I, “Das disposições preliminares”, em seus 6 primeiros artigos, estabelece uma série de princípios, em plena consonância com a Constituição Federal, de 1988, e com os tratados internacionais de direitos humanos, orientando o intérprete do Estatuto em seus artigos posteriores; essa mesma ideia norteadora, que é uma das marcas da era da recodificação, se encontra o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8069, de 1990 entre os artigos 1º e 7º; também temos o Estatuto do Idoso, Lei 10.741, de 2003, que em seus sete primeiros artigos apresenta uma série de princípios norteadores do microsistema de proteção aos idosos; da mesma forma, cabe destacar, também, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos que em seu artigo 2º, por exemplo, estabelece um rol não taxativo de princípios gerais de tutela jurisdicional coletiva.

O Anteprojeto de Código de Processo Penal, hoje transformado em Projeto de Lei 156, de 2009, ciente dessa nova tendência de codificação, inicia o seu texto com um título próprio aos princípios fundamentais, em sete artigos, que dão o tom o diploma processual, sempre em absoluta consonância e permanente diálogo com a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos<sup>241</sup>. A Exposição de Motivos encaminhada pela Comissão de Juristas

---

<sup>240</sup> Judith Martins Costa. *Culturalismo e experiência no novo Código Civil*, in *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodium, 2006, p.13.

<sup>241</sup> No mesmo sentido, destaca o Procurador de Justiça Fernando Capez que se nota nitidamente a preocupação em “efetivar de fato o protagonismo principiológico dos sistema de garantias da Constituição Federal, tornando nossas regras legais sintonizadas com as novas tendências mundiais. A onda de internacionalização do direito processual penal, por força dos tratados de Direitos Humanos e das modificações introduzidas por sucessivas emendas constitucionais, sobretudo a EC 45, orientou as inovações, tirando-nos da contramão da evolução legislativa que vem se operando globalmente” (*Dos princípios fundamentais in Projeto do novo Código de Processo Penal*. Salvador: Juspodium, 2012, p. 101).

que elaborou o Anteprojeto, estabelece que “na linha, então, das determinações constitucionais pertinentes, o anteprojeto deixa antever, já à saída, as suas opções estruturais, declinadas como seus *princípios fundamentais*. A relevância da abertura do texto pela enumeração dos princípios fundamentais do Código não pode ser subestimada. Não só por questões associadas à ideia de *sistematização* do processo penal, mas, sobretudo, pela especificação dos balizamentos teóricos escolhidos, inteiramente incorporados nas tematizações levadas a cabo na Constituição da República de 1988.”

O Título I, denominado “Princípios Fundamentais”, representa, como já destacamos acima, uma abertura aos princípios e garantias fundamentais, em absoluta consonância com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos. A título de exemplo, o artigo 1º frisa expressamente a influência dos princípios fundamentais constitucionais ao lado das normas prescritas em convenções e tratados internacionais; o artigo 2º, no mesmo embalo, diz respeito ao devido processo legal constitucional; o artigo 3º, por sua vez estabelece 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”<sup>242</sup>; o artigo 4º, da mesma forma, consagra, expressamente, a estrutura acusatória, o que representa um dos principais objetivos da Comissão dos Juristas que elaborou o Anteprojeto, fixando com mais propriedade o real papel dos atores no processo penal, destacando, principalmente, a criação do juiz das garantias para homenagear o princípio da imparcialidade do

---

<sup>242</sup> Com base no que foi previsto no mencionado artigo 3º, o Projeto, em seu artigo 24, dispõe que o Delegado de Polícia, ao tomar conhecimento da prática da infração penal, e desde que haja fundamento razoável, instaurará imediatamente o inquérito, devendo ouvir o investigado, respeitadas as garantias constitucionais e legais, observando o procedimento previsto nos artigos 64 a 72; no artigo 11, consagrando a previsão da Súmula Vinculante de número 14, garantiu ao acusado e ao seu defensor amplo acesso ao material produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; no artigo 12, garantiu ao investigado o direito de ser ouvido pela autoridade competente antes que a investigação criminal seja concluída; no artigo 13, por sua vez, facultou-se ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. Para Fernando Capez, tais previsões, rapidamente citadas, não consagram, ainda, o contraditório na fase investigativa, apesar de posições firmes em contrário, mas abre, sem dúvida alguma, uma oportunidade maior para que a atuação da defesa na investigação “seja ampliada e resguarde de forma mais contundente e abrangente os interesses do investigado, conferindo-lhe o direito de ser ouvido antes que a investigação criminal seja concluída pela autoridade policial e a faculdade de, por meio de seu defensor, identificar fontes de prova em favor de sua defesa”. (*Dos princípios fundamentais in Projeto do novo Código de Processo Penal*. Salvador: Juspodium, 2012, p. 114)

magistrado, separando-se bem as figuras do acusador e do julgador e vedando a iniciativa do juiz na fase de investigação: “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”; no artigo 5º, outrossim, enaltece a dignidade da pessoa humana<sup>243</sup> e a máxima proteção dos direitos dos direitos fundamentais, como diretrizes, critérios orientadores da interpretação das normas processuais e nota-se a preocupação maior da nova codificação com a máxima proteção dos direitos fundamentais consagrados na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos e a consagração do princípio/regra da proporcionalidade<sup>244</sup>: “A interpretação das leis processuais penais orientar-se-á pela proibição de excesso, privilegiando a máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal”; o artigo 6º, seguindo a mesma diretriz, restringe o limite de aplicação as normas das normas restritivas de direitos e garantias fundamentais.

A previsão de um título introdutório, com a previsão de princípios e garantias constitucionais pode parecer, em um primeiro momento, um preciosismo, uma medida pouco efetiva, que nem mereceria tamanha digressão e a alcunha de revolucionária, mas é preciso pontuar que representa um verdadeiro avanço

---

<sup>243</sup> Sobre a menção expressa à dignidade da pessoa humana, que não constava na redação original do Anteprojeto e foi adicionada ao Projeto de Lei 156, de 2009, é preciso pontuar que se trata de um dos pilares do Estado Democrático de Direito, que serve de orientação ao legislador “no momento da elaboração da norma *in abstracto*, e da sua aplicação pelo operador do direito. Trata-se de um ‘braço’ genérico e abrangente, que deriva direta e imediatamente deste moderno perfil político do Estado brasileiro, a partir do qual partem inúmeros outros princípios. É, portanto, um dos pilares básicos de sustentação da estrutura democrática, orientando toda a formação do direito. Qualquer construção normativa, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana, será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado. Assim, toda vez que o dispositivo processual violar a dignidade humana, a norma será considerada inconstitucional. Cabe ao operador do direito exercer controle técnico de verificação da constitucionalidade da norma, de acordo com o seu conteúdo. Afrontoso à dignidade humana, deverá ser expurgado do ordenamento jurídico”. (Fernando Capez. *Dos princípios fundamentais in Projeto do novo Código de Processo Penal*. Salvador: Juspodium, 2012, pp. 105-106)

<sup>244</sup> Quando o artigo 5º fala em proibição do excesso, está, claramente se referindo ao princípio/regra da proporcionalidade, levando-se em conta a lição de muitos doutrinadores, entre eles o Professor Doutor da Universidade de Brasília e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, que estabelecem a proibição do excesso como uma das sub-regras da proporcionalidade. Vale destacar, contudo, como já analisado em capítulo antecedente, a lição do Professor Titular da Universidade de São Paulo, Luís Virgílio Afonso da Silva, baseado nos ensinamentos do Professor Titular da Universidade de Kiel, Robert Alexy, que são apenas três as sub-regras da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

para um verdadeiro Processo Penal Constitucional, em que o Código de Processo Penal faz parte integrante de um ordenamento jurídico<sup>245</sup>, um sistema aberto de regras e princípios em que não é possível interpretar de maneira praticamente literal qualquer dispositivo de lei, sem analisá-lo em consonância com a Carta Magna. Pouco adiantou a Constituição Federal, de 1988, garantir, por exemplo, o direito ao silêncio em seu artigo 5º, inciso LXIII, (“o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”). A respeito do citado inciso, não podemos cair na armadilha de uma leitura apressada e legalista, porque estaríamos limitando o dispositivo constitucional ao acusado preso. Logo ficou claro, contudo, que o dispositivo em destaque se estendia a todos os acusados<sup>246</sup>, tanto na fase judicial, como na fase do inquérito policial, pouco importando se estavam ou não estavam presos: o legislador constituinte realça a condição do acusado preso, em nome de sua inegável vulnerabilidade.

Apesar da construção constitucional, referendada pelos tratados internacionais de direito humanos, como ocorre com o Pacto de São José da

---

<sup>245</sup> Lênio Luiz Streck denomina esse quadro de “baixa constitucionalidade”, ou seja, os operadores do direito estão acostumados a aplicar regulamentos, portarias, leis isoladas, códigos, mas não aplicam a Constituição Federal e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, que como vimos em capítulo anterior, estão integrados em nosso ordenamento jurídico. (*A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo* in *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, vol. 40, nº. 45, jan./jun. Bauru: 2006, pp. 257-290)

<sup>246</sup> A Professora Doutora Maria Elizabeth Queijo ensina em sua tese de doutorado, sob a orientação da Professora Titular da Universidade de São Paulo, Ada Pellegrini Grinover, que “sendo o direito ao silêncio decorrência do princípio *nemo tenetur se detegere*, todos aqueles que possam auto-incriminar-se por meio de declarações prestadas perante autoridade têm o direito de calar. Desse modo, não é somente o indiciado ou o acusado, em processo penal, que tem o direito ao silêncio. Igualmente, o averiguado ou suspeito, contra o qual ainda não existem indícios convergentes de autoria de infração penal, faz jus ao direito ao silêncio. À testemunha também se reconhece esse direito. Entretanto, o suspeito, o indiciado e o acusado, em processo penal, podem exercê-lo com relação a todas as perguntas formuladas. A testemunha, por sua vez, tem o dever de dizer a verdade, sob pena de falso testemunho. Desse modo, quanto a ela, somente incidirá o direito ao silêncio com referência às perguntas cujas respostas conduzam à sua auto-incriminação. Assim sendo, o direito ao silêncio, para a testemunha, somente é reconhecido com referência a determinadas perguntas. O reconhecimento do direito ao silêncio para o suspeito e a testemunha tem grande relevância na tutela do *nemo tenetur se detegere*. Se o princípio somente fosse reconhecido ao indiciado e ao acusado, em processo penal, facilmente se poderia fraudar a sua incidência. Bastaria tomar declarações do suspeito como testemunha. Por isso é essencial que a tutela do princípio seja antecipada, a exemplo do que ocorre no ordenamento italiano, recaindo sobre o suspeito e sobre a testemunha. Referida tutela seria incompleta se somente se reconhecesse a incidência do *nemo tenetur se detegere* no interrogatório do indiciado ou do acusado, já na pendência de inquérito ou processo”. (*O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 197-198)

Costa Rica, a redação original do Código de Processo Penal, em seu artigo 186 estabelecia que “antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”<sup>247</sup>. Enquanto a Constituição Federal consagra, de forma expressa, o direito ao silêncio, sem qualquer tipo de mitigações, o revogado artigo 186 do Código de Processo Penal é uma clara marca da superada teoria do ônus da verdade, que não foi recepcionada.

A despeito de tudo que foi analisado, parte considerável da jurisprudência e da doutrina teimavam em interpretar o silêncio do réu em prejuízo da sua própria defesa, isto é, sancionando, como antes, o acusado com o ônus da verdade, marca do sistema inquisitório do vetusto Código de Processo Penal do Estado Novo. É preciso destacar, nesse ponto, que o operador do direito, e principalmente o operador do processo penal em razão de um Código em consonância com a Constituição Polaca, não pode limitar a sua interpretação à letra fria de numa uma norma infraconstitucional, negligenciando, por completo, uma norma constitucional; pelo contrário, o operador do direito deve interpretar os institutos processuais à luz da Constituição Federal de 1988. Por conta dessa teimosia foi preciso alterar a legislação infraconstitucional, já que a Carta Magna era seguidamente ignorada; em 2003, a Lei 10.792 reformou o artigo 186 que passou a contar com a seguinte redação, em seu parágrafo único: “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

A Lei 10.792, de 2003, deixou de reformar o artigo 198 do Código de Processo Penal que estabelece, em absoluta contrariedade do próprio artigo 186, parágrafo único e ao próprio inciso LXIII, do artigo 5º da Constituição cidadã, que “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”. Há, ainda, quem invoque tal artigo para sancionar

---

<sup>247</sup> A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, em seu item VII, não deixava dúvidas de qual era a orientação do diploma processual, de inspiração fascista: “outra inovação, em matéria de prova, diz respeito ao interrogatório do acusado. Embora mantido o princípio do *nemo tenetur se detegere* (não estando o acusado na estrita obrigação de responder o que se lhe pergunta), já não será esse termo do processo, como atualmente, uma série de perguntas predeterminadas, sacramentais, a que o acusado dá as respostas de antemão estudadas, para não comprometer-se, mas uma franca oportunidade de obtenção de prova. É facultado ao juiz formular ao acusado quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade, e se é certo que o silêncio do réu não importa confissão, poderá, entretanto, servir, em face de outros indícios, à formação do convencimento do juiz”.

o réu que fica calado em seu interrogatório, exercendo uma garantia fundamental à ampla defesa, mais especificamente, com respeito à autodefesa<sup>248</sup>.

Dessa forma, com base nesse exemplo e em tantas outras situações, parte considerável da doutrina entende que não seria possível contar com o bom senso dos intérpretes na análise do texto em consonância com a Constituição Federal, fazendo-se necessário reformular, por completo, o nosso diploma processual, para que, desde o início esteja completamente compatível com a Carta Magna, para que, desde o início, consagre expressamente alguns princípios e garantias fundamentais, mesmo que para isso precise repetir o que já está em outros textos, para que, desde o início, deixe aberta a possibilidade de diálogo com outros direitos e garantias fundamentais que ainda estão por vir, que ainda precisam ser positivados.

Nesse sentido, vale destacar a exposição de motivos do Anteprojeto de Código de Processo Penal, enviado pelo Presidente do Senado, Senador José Sarney, em abril de 2009: “se em qualquer ambiente jurídico há divergências quanto ao sentido, ao alcance e, enfim, quanto à aplicação de suas normas, há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada, e, práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção estatal. O Código de Processo Penal atualmente em vigor – Decreto-lei no 3.689, de 03 de outubro de 1941 –, em todas essas perspectivas, encontra-se

---

<sup>248</sup> Vale destacar a respeito do tema a dissertação de Mestrado, sob a orientação do Professor Titular da Universidade de São Paulo, Antonio Magalhães Gomes Filho, do Promotor de Justiça João Cláudio Couceiro: nessa dissertação, o autor defende a possibilidade de se valorar o silêncio do acusado como elemento de prova, na medida em que o artigo 5º, inciso LXIII, seria norma constitucional de eficácia contida, baseando-se na classificação do Professor José Afonso da Silva e criticada pelo Professor Luís Virgílio Afonso da Silva, que era justamente limitada pelo já criticado artigo 198 do Código de Processo Penal. Segundo João Cláudio Couceiro, “o interesse da sociedade, titular do direito de ver a lesão à ordem pública causada pelo crime reparada (direito este protegido pelo artigo 5º, inciso XXXV, da CF: ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’), prevalece sobre o interesse do indivíduo em não prestar declarações. As limitações legais deste são legítimas, uma vez que não afetam o núcleo de proteção (ou conteúdo essencial) do direito fundamental ao silêncio, ou seja, a dignidade humana do acusado, representada, aqui, por sua integridade física e mental (razão histórica da consagração do princípio), concepção esta que acabou sendo acolhida pelo Código de Processo Penal brasileiro, de 1941” (*A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 130.)

definitivamente superado. A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei no 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. É essencial. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional. E isso, em processo penal, não só não é pouco, como também pode ser tudo. O Código de 1941, anunciava em sua Exposição de Motivos que ‘...as nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade...’. Ora, para além de qualquer debate acerca de suposta identidade de sentido entre garantias e favores, o que foi insinuado no texto que acabamos de transcrever, parece fora de dúvidas que a Constituição da República de 1988 também estabeleceu um seguro catálogo de garantias e direitos individuais (art. 5º). Nesse passo, cumpre esclarecer que a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais. É de ver e de se compreender que a redução das aludidas garantias, por si só, não garante nada, no que se refere à qualidade da função jurisdicional. As garantias individuais não são favores do Estado.

A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado. Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático. O garantismo, quando conseqüente, surge como pauta mínima de tal modelo de Estado. De modo geral, o processo judicial pretende viabilizar a aplicação de uma norma de Direito, necessária à solução de um conflito ou de uma forma qualquer de divergência entre os jurisdicionados. Precisamente por isso, a decisão judicial há de se fundar em conhecimento – o mais amplo possível – de modo que o ato de julgamento não seja única e solitariamente um ato de autoridade.”

Conclui-se, assim, que o atual modelo, fortemente influenciado por institutos contrários ao processo acusatório somente será verdadeiramente reformulado com a edição de um novo Código de Processo Penal<sup>249</sup>,

---

<sup>249</sup> No mesmo sentido, a posição do Professor Doutor da Pontifícia Universidade Católica, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, segundo a qual, “a alteração normativa, no entanto, nem sempre é

consciente das conquistas trazidas pela Carta Magna. Não podemos abrir mão da unidade sistêmica, da coerência e de uma perfeita conferência com o modelo constitucional conquistado após trágica experiência autoritária somente em nome de um pragmatismo de que seria mais fácil aprovar projetos segmentados ao invés de um único Anteprojeto.

Cumpre, agora, fazermos uma rápida ilustração a respeito de tópicos importantes do Anteprojeto, hoje Projeto de Lei 156/2009, com já algumas modificações pontuais, que nos permitem um melhor entendimento do que se propõe para o direito criminal em nosso país.

### **5.3.2 – A consolidação do modelo acusatório**

O Anteprojeto, hoje Projeto de Lei 156, de 2009, como vimos, partiu de uma premissa muito clara: a incompatibilidade do atual Código de Processo Penal, mesmo que alterado profundamente pelos trabalhos da Comissão Ada Pellegrini Grinover, com a Constituição Federal de 1988. De acordo com os trabalhos da Comissão de Juristas, o atual diploma processual penal consagra, ainda, um sistema inquisitório disfarçado, o que não é possível à luz da Constituição Federal de 1988.

Segundo a lição de do Professor Titular da Universidade Federal do Paraná, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “é preciso manter o foco no que há de ser reformado, fugindo-se às questões infra-sistemáticas para se reconhecer que o problema está no próprio sistema, o que se não atinge com reformas parciais e, desde este ponto de vista, meros remendos. Se é assim, qualquer reforma deve ser global

---

acompanhada pela modernização dos operadores do Direito, ou seja, há juízes, promotores e advogados que não se adaptaram ao novo diploma. A interpretação de normas constitucionais, como choques de princípio Exames de proporcionalidade não é tarefa fácil, e, com a revogação parcial da lei processual, a diversidade de soluções não poderia trazer outro resultado que a crise no sistema processual. Para uma melhor adequação do regime jurídico legal à Constituição – lembrando que a lei deve alcançar a Carta Magna, e não o contrário – seria realmente necessária uma reforma legislativa global.” (*A crise do direito processual penal brasileiro: comentários aos projetos de reforma do código de processo penal in Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 212).

e incidente sobre todo ele, bastando recordar a origem fascista do Código e Processo Penal brasileiro (Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941), e seu absoluto descompasso para com a atual Constituição da República, democraticamente promulgada em 5 de outubro de 1988. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. Portanto, não recepcionado, o que já deveria ter sido declarado se se tivesse ‘vergonha’ (como diziam os antigos, mas não ultrapassados), mesmo em tempos bicudos de neoliberalismo e consumo da ética”<sup>250</sup>.

Dessa forma, a proposta de novo Código de Processo Penal consagra expressamente o princípio acusatório e elenca, logo no início, seus princípios fundamentais. Trata-se de uma clara opção da Comissão de Juristas em explicitar a concordância com a Constituição Federal e a ideia de sistematização de todo o processo penal<sup>251252</sup>: já no mencionado artigo 4º, faz-se menção à estrutura exclusivamente acusatória do processo pena, com divisão clara das funções, dos atores processuais, como previu a Constituição Federal de 1988, que prevê o Ministério Público como titular da ação penal pública, seja ela incondicionada ou condicionada,

---

<sup>250</sup> *As reformas parciais do Código de Processo Penal e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo.* Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 188, julho 2008, p.11.

<sup>251</sup> Sobre o modelo idealizado, segundo José Antonio Paganella Boschi, “fácil ver, então, que se o Projeto for convertido em Lei, ficarão no passado os poderes que o atual CPP contempla ao juiz de a) requisitar a abertura de inquérito (art. 5º, II); b) proceder, de ofício, a verificação da falsidade documental (art.147); c) ordenar, mesmo antes de iniciada a ação, a produção de prova e determinar a realização de diligência, no curso da instrução, para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156, I e II); d) reinterrogar o acusado (art. 196); e) ordenar a intimação de pessoas referidas para serem ouvidas como testemunhas (art. 209, par. 1º); f) ordenar a juntada de documento relativo a ponto relevante da acusação ou h) recorrer de ofício (art. 574, I, art. 746, art. 7º da Lei 1521/51)”. (*Notas introdutórias ao PLS 156 – Projeto de Código de Processo Penal in O projeto do novo código de processo penal.* Bahia: Juspodium, 2012, p. 79)

<sup>252</sup> O Anteprojeto assume, claramente, a ideia do processo penal como mais uma forma de autolimitação do Estado, divergindo do diploma de 1941 que é, antes de mais nada, um instrumento destinado à persecução criminal. Dessa forma, ensina Afrânio da Silva Jardim, que o processo penal “é fruto do avanço civilizatório da humanidade, resultante da juridicização do poder punitivo do Estado. Enquanto o Direito Penal apresenta caráter marcadamente repressivo, o Direito Processual Penal é comprometido com a questão da liberdade. Por isso, um código democrático há de ser informado pela necessidade de tutelar direitos e garantias individuais, sem se descurar, entretanto, da defesa social. Note-se que tais direitos e garantias individuais não podem ser vistos romanticamente em plano abstrato, mas estão concretamente vinculados à consecução do bem comum, valor preponderante na vida de relação, conforme ressaltaremos mais adiante”. (*Direito processual penal: estudos e pareceres*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990 p.447)

conforme o artigo 129, I da Carta Magna, assim como o artigo 25, III da Lei 8625/1993 (LONMP) e o artigo 103, VI, da Lei Complementar 734/1993 (LOEMP).

Uma clara homenagem ao sistema acusatório é o artigo 20, §1º do Projeto 156, de 2009, que não constava na redação original do Anteprojeto, que prevê a imediata comunicação do Ministério Público, quando da abertura do Inquérito Policial por conta de requerimento, verbal ou escrito, da vítima ou de seu representante legal ou mesmo quando instaurado de ofício, demonstração inequívoca de que o titular da ação penal deve tomar as rédeas da situação desde o início das investigações e não apenas ao final do trabalho policial, com o inquérito policial relatado.

Ressalte-se, outrossim, a manutenção da identidade física do juiz, não se limitando o artigo 280 a prevê-lo, como fez o parágrafo segundo do artigo 399 do atual diploma, mas especificando exceções à regra geral, sem necessidade de aplicação subsidiária de outros diplomas legais, como ocorre a partir da Lei 11.719, de 2008, bem como prevendo expressamente a possibilidade do magistrado sucessor de repetir provas já produzidas, em nome de um julgamento justo, com respeito às partes e a todo o trabalho já produzido até então: “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por motivo independente da sua vontade, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”.

Outra grande valorização do sistema acusatório diz respeito ao artigo 162 do Projeto de Lei, que dispõe que “as provas serão propostas pelas partes” acrescentando seu parágrafo único que “será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no artigo 4º”, já mencionado neste capítulo, o que representa, em breve resumo, uma verdadeira vedação ao magistrado para que produza prova em sede de investigação, que tem natureza administrativa, limitando-se a tutelar os direitos e garantias fundamentais, admitindo-se, contudo, mesmo que seja de ofício, em caráter excepcional, a determinação de diligências para o esclarecimento de dúvidas sobre a prova já produzida pelas partes, em nome do princípio da imparcialidade.

Uma grande peculiaridade do Anteprojeto diz respeito à criação de um juiz das garantias, objeto central deste trabalho e principal mola propulsora para a consolidação de um modelo acusatório, verdadeira homenagem e valorização ao princípio da imparcialidade, o que é bem diferente de um juiz gestor do inquérito policial. Dessa forma, o Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal ressalta que “o juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.”

### **5.3.2.1 – Críticas ao modelo proposto**

Em rápida análise, não podemos deixar de pontuar duas críticas ao modelo proposto, uma propriamente de mérito e a outra por clara omissão, resolvida pela análise do sistema, sem maiores dificuldades.

Com relação à questão de fundo, andou mal a proposta de novo Código ao manter, sem qualquer questionamento, a redação do atual artigo 385 do Código de Processo Penal, na medida em que prevê a possibilidade do juiz “proferir sentença condenatória, nos estritos limites da denúncia, ainda que o Ministério Público tenha opinião pela absolvição, não podendo, porém, reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada”.

Sem qualquer aprofundamento em tema árido e bastante complexo, parece-nos que o poder punitivo do Estado-Juiz está condicionado à invocação feita pelo Ministério Público em sua pretensão acusatória, ou seja, “o pedido de absolvição equivale ao não exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo. Condenar sem pedido é violar, inequivocamente, a regra fundante do sistema acusatório que é o *ne procedat iudex ex officio*”<sup>253</sup>.

Feita esta observação crítica no tocante ao mérito, deve-se pontuar omissão significativa<sup>254</sup> do Anteprojeto e repetida pelo Projeto de Lei 156, no tocante ao Poder de Investigação do Ministério Público, uma vez que se se clama por um sistema pautado por estrutura acusatória e, destarte, não poderia ter deixado de constar expressamente que o Ministério Público, titular da ação penal pública e gestor da prova processual, ostenta poderes investigatórios, nos termos da Constituição Federal e como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal.

Durante a tramitação do Projeto de Lei 156, a omissão não passou despercebida e o Senador Pedro Simon apresentou Emenda 54 para constar expressamente o poder de investigação do Ministério Público. Contudo, a Emenda foi rejeitada sob a seguinte justificativa: “agregaria enorme complexidade política para a aprovação do projeto”, lembrando que a movimentação da PEC 37 ocorreu mais ou menos na mesma época.

---

<sup>253</sup> Aury Lopes Junior. *Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvicao> Acesso em dezembro de 2014.

<sup>254</sup> Trata-se de omissão grave e proposital, que reflete pensamento ideológico de parcela da doutrina que insiste, com base em interesses muitas vezes escusos e pessoais, em defender a retirada dos poderes de investigação do Ministério Público, como ficou registrado quando das tratativas da famigerada PEC37: “definitivamente, há um vezo em certos segmentos da doutrina (provavelmente por concepções ideológicas) de querer estipular algumas regras não de acordo com o ordenamento constitucional, mas de acordo com suas compreensões e vontades. É que, vê-se aos montes, propalações da necessidade de que haja a instauração de um sistema verdadeiramente (o que seria isto, aliás?) acusatório, mas com cortes de algumas das principais consequências que subjaz da adoção de um modelo desta natureza” (Douglas Fischer. *O sistema acusatório brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156 in O projeto do novo código de processo penal*. Bahia: Juspodium, 2012, p. 53.

Apesar das mencionadas críticas, conclui-se que logrou êxito a proposta de reforma legislativa ao estabelecer as diretrizes principais em nome de um modelo processual calcado no sistema acusatório, com valorização da paridade de armas e clara separação entre os diferentes atores no processo penal e suas respectivas atribuições, garantindo-se os direitos fundamentais do acusado e a defesa intransigível dos interesses da sociedade.

### **5.3.3 – Procedimento e Prova na reforma do Código de Processo Penal**

No tocante ao tema dos procedimentos e das provas, a proposta de alteração legislativa destaca expressamente que sofreu profunda influência das recentes reformas do Código de Processo Penal. No entanto, de acordo com a exposição de motivos do Anteprojeto, a “experiência judiciária cuidou de demonstrar algumas dificuldades imediatas na aplicação de determinadas normas, frutos das particularidades concretas de situações específicas, a recomendar um novo acomodamento legislativo. Assim, embora o anteprojeto mantenha a unidade da instrução criminal, ressalvou-se a possibilidade de fracionamento da audiência, quando presentes razões que favoreçam o livre curso do procedimento. Mantém-se, a possibilidade do interrogatório e da inquirição de testemunhas por videoconferência, naquelas situações de excepcionalidade já canceladas pelo Congresso Nacional”.

Vale a pena destacar o formato dado ao interrogatório judicial. Diferentemente do Código de Processo Penal de 1941 que regulamentou o interrogatório no capítulo das provas, em razão do tratamento dado ao direito ao silêncio do réu e a consagração da corrente do ônus da veracidade, o Anteprojeto do Código de Processo Penal tratou do interrogatório judicial em um capítulo próprio, intitulado “Do Acusado e seu Defensor”.

O artigo 63, nesse sentido, é expresso ao afirmar que “o interrogatório constitui **meio de defesa** do investigado ou acusado e será realizado na presença de seu defensor”.

Não satisfeito em consagrar a natureza jurídica do interrogatório judicial, o Anteprojeto, em consonância com os avanços da Lei 10.792/2003, procurou dar concretude ao princípio da ampla defesa, respeitando, por completo, as duas vertentes principais, quais sejam, a autodefesa e a defesa técnica.

Vale destacar, nesse sentido, ao artigo 65 e os seus incisos, que expressam bem o que já foi estudado no Capítulo IV: “antes do interrogatório, o investigado ou acusado será informado: I – do inteiro teor dos fatos que lhe são imputados ou, estando ainda na fase de investigação, dos indícios então existentes; II – de que poderá entrevistar-se, em local reservado, com o seu defensor; III – de que as suas declarações poderão eventualmente ser utilizadas em desfavor de sua defesa; IV – do direito de permanecer em silêncio, não estando obrigado a responder a uma ou mais perguntas em particular, ou todas que lhe forem formuladas; V – de que o silêncio não importará confissão, nem poderá ser interpretado em prejuízo de sua defesa.”

No interrogatório judicial do acusado, em conformidade com o artigo setenta, caberá à autoridade judicial, depois de informar o acusado dos direitos previstos no artigo sessenta e cinco, proceder à sua qualificação. As perguntas relacionadas aos fatos, ou seja, a segunda fase do interrogatório, serão formuladas diretamente pelas partes, concedida a palavra primeiro ao Ministério Público, depois à defesa. Somente ao término das indagações formuladas pelas partes, o juiz poderá complementar o interrogatório sobre pontos não esclarecidos.

Sobre o Interrogatório judicial do réu preso, vale destacar que o Anteprojeto teve uma grande preocupação com o tema, ao criar uma subseção própria, chamada “Do Interrogatório do Réu Preso”. Diferentemente do atual artigo 185 do Código de Processo Penal (alterado em 2003 pela Lei 10.792/2003 e em 2009 pela Lei 11.900), o Anteprojeto estabelece que a regra geral é a realização do interrogatório na sede do juízo, como podemos perceber pela análise do artigo 73: “o interrogatório do

réu preso, como regra, será realizado na sede do juízo, devendo ser ele requisitado para tal finalidade.”

O interrogatório do réu preso poderá, também ser realizado, não mais como regra geral, no próprio estabelecimento prisional em que se encontrar, desde que este possua sala própria e desde que seja garantida a segurança do juiz e das demais pessoas presentes, bem como a publicidade do ato.

No tocante à utilização da videoconferência, o parágrafo terceiro foi expresso ao tratá-la como algo excepcional e que deve ocorrer após decisão fundamentada do magistrado. Cabe ressaltar, que o Anteprojeto adotou redação quase idêntica à Lei 11.900/2009, que regulou o tema de forma expressa em nosso diploma processual penal.

Com relação aos recursos, o Anteprojeto buscou eliminar uma série de formalismos que atravancavam o bom andamento do feito nos tribunais, sem, contudo, violar o princípio constitucional da ampla defesa. Ainda no tocante ao tema, nota-se uma ampliação do poder cautelar dos juízes e relatores, bem como o afastamento definitivo da prisão como condição de admissibilidade da apelação. Nota-se, também, uma limitação dos embargos infringentes e de declaração.

Outra importante alteração estrutural do Anteprojeto diz respeito ao tema das medidas acautelatórias e o reconhecimento da prisão como uma intervenção excepcional, somente quando da extrema e comprovada necessidade, prevendo um grande número de medidas cautelares pessoais (16)<sup>255</sup> e de medidas cautelares reais (4), que somente podem ser aplicadas se previstas em lei<sup>256</sup>. Segundo a Exposição de

---

<sup>255</sup> Prisão preventiva, Liberdade provisória, fiança, recolhimento domiciliar, monitoramento eletrônico, suspensão do exercício da função pública ou atividade econômica, suspensão das atividades da pessoa jurídica, proibição de frequência de determinados lugares; suspensão da habilitação para direção de veículo automotor, aeronave ou embarcação, afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima, proibição de ausentar-se da comarca ou do país, comparecimento periódico em juízo, proibição de aproximação, suspensão de registro de arma de fogo e seu porte, suspensão do poder familiar, bloqueio de endereço eletrônico na internet.

<sup>256</sup> Os artigos 526 e 530 da proposta de reforma do Código de Processo Penal prescrevem, expressamente, o princípio da legalidade das medidas cautelares que devem ser justificadas e motivadas para a sua aplicação, não admitindo o poder geral de cautela, limitado, portanto, ao âmbito cível, podendo ser revogada ou substituída quando não for mais justificável e necessária: “as medidas cautelares dependem

Motivos, “esse conjunto de medidas não é desconhecido da jurisprudência nacional. Deu-lhe o Anteprojeto apenas consistência, de modo a consagrar a evolução histórica de decisões judiciais que se insurgiram contra formas autoritárias de prisão provisória. Rompe-se, assim, com a marca ideológica do Código de 1941, em cujo texto e contexto inexistia o vocábulo cautelar”.

Nota-se, durante todo o capítulo das medidas cautelares, a influência do princípio/regra da proporcionalidade, essencial para o estudo dos direitos fundamentais, que ganham enorme relevo quando da atuação restritiva do Estado no *status libertatis* do cidadão ou mesmo em restrição patrimonial de qualquer forma. Em primeiro lugar, vale citar o artigo 529, que prevê a escolha das medidas cautelares “será orientada pelos parâmetros de necessidade, adequação e vedação de excesso, atentando o juiz para as exigências cautelares do caso concreto, tendo em vista a natureza e as circunstâncias do crime”, sendo certo que elas poderão ser aplicadas “isolada ou cumulativamente, nas hipóteses e condições previstas neste Livro, sem prejuízo de outras previstas na legislação especial”.

Também representa homenagem à proporcionalidade com o veto expresso à aplicação de medida cautelar que seja mais grave do que a pena decorrente de eventual condenação, conforme artigo 527.

Curiosidade sobre o tema diz respeito à preocupação quanto à duração razoável do processo e a imposição de medidas cautelares, na medida em que prevê o prazo máximo de 720 dias para a prisão preventiva e impõe a revisão da sua necessidade sempre que exceder 90 dias, conforme artigos 558, 560 e 562.

Sobre as nulidades, nota-se um modelo basicamente principiológico, uma vez que por um lado considera nulidade absoluta o ato processual que represente uma violação dos direitos e garantias fundamentais do processo, notadamente “os que se referem à observância dos prazos, ao contraditório e à ampla

---

de expressa previsão legal e somente serão admitidas como meio absolutamente indispensável para assegurar os fins de persecução criminal e de reparação civil, ficando a respectiva duração condicionada à subsistência dos motivos que justificaram a sua aplicação” e “o juiz deverá revogar a medida cautelar quando verificar a falta de motivo para que subsista, podendo substituí-la, se for o caso, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões para sua adoção”.

defesa, às regras de impedimento, à motivação obrigatória das decisões judiciais e às disposições sobre competência”, sempre fundamentado na ideia do prejuízo, conforme inciso I, do artigo 157, “porque nenhum ato será declarado nulo se da irregularidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. E acrescenta-se, nos termos do artigo 159, que não poderá a parte “arguir nulidade a que haja dado causa ou para a qual tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só interesse à parte contrária” e que não se invalidará o ato quando realizado de outro modo, alcance a mesma finalidade da lei, preservada a amplitude da defesa, conforme artigo 157.

#### **5.3.4 – Livro fechado**

A análise acadêmica de trabalhos legislativos, em curso, no Congresso Nacional é um tanto quanto inglória, na medida em que o trabalho parlamentar é dinâmico e pode transformar em obsoleto, de um dia para o outro, toda uma análise ou crítica, quer por alterações pontuais feitas nas duas casas legislativas, quer por uma *vacatio legis* postergada e que não se consuma em legislação vigente, como ocorreu com o Código Penal de 1969 e que teve uma série de destacados estudos sobre o assunto e de temas peculiares, que apesar do interesse acadêmico, nunca se efetivaram na prática na vida dos brasileiros. Por conta dessa dificuldade fala-se, ora em dispositivos do Anteprojeto, ora em dispositivos do Projeto de Lei 156, de 2009, uma vez que são diversas as alterações pontuais no trabalho original, que, apesar de não modificar a essência fundamental do que se propõe para o Processo Penal no Brasil, mantendo a proposta de sistema acusatório e a instituição do juiz de garantias, merece, ao menos, alguma menção quando se propõe a analisar o histórico legislativo em nosso país até os dias de hoje.

Ainda no tocante ao tema da instabilidade legislativa e da modificação dos Anteprojeto, sempre que discutimos a edição de um novo Código, surge a questão do Livro Fechado, ou seja, da impossibilidade de o Projeto realizado por

uma Comissão de Juristas, de notável conhecimento técnico, ser emendada, ou melhor dizendo, ser retalhada por parlamentares, em regra, sem a devida formação técnica.

Os críticos dessa teoria sustentam, antes de mais nada, ao argumento da arrogância, na medida em que apenas a comissão de juristas teria condições de saber o que seria melhor para toda a população. Há quem vá além e cite o caso clássico de Bentham, ardoroso defensor da Codificação, mas crítico das Comissões de Juristas. Para Bentham, o duro trabalho da codificação deveria ser um trabalho de um homem só, ele mesmo: “Bentham tinha - ideias totalmente suas, mas pouco práticas, a respeito do modo pelo qual se deveria proceder redação a uma comissão de juristas. Em primeiro lugar, porque desconfiava radicalmente dos juristas. Em primeiro lugar, porque desconfiava radicalmente dos juristas (juízes e advogados), os quais, segundo ele, tinham todo o interesse em manter em vigor a situação caótica então existente no direito, porque era dela mesma que extraíam seus ganhos profissionais; se fosse criado um direito simples e claro, a necessidade do trabalho deles seria menor. Esperar uma contribuição para a codificação por parte dos juristas era, portanto, tão ingênuo como esperar que os fabricantes de armas se pusessem a fazer propaganda pela paz. Em segundo lugar, Bentham desconfiava das comissões, porque queria que a redação do código fosse obra de uma só pessoa. Deste modo revelava mais uma vez sua mentalidade tipicamente racionalista: um código unitário, coerente, simples, um código, pois que pudesse valer como lei universal só podia ser obra de uma única pessoa, com princípios estáveis e ideias claras. Evidentemente pensava nele mesmo”.<sup>257</sup>

Interessante discussão ocorreu na arguição da Professora Associada da Universidade de São Paulo, Mariângela Gama Magalhães Gomes, por ocasião de seu Concurso Público de Livre Docência, realizado em novembro de 2012, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em que estiveram presentes o Professor Titular da Pontifícia Universidade de São Paulo, Desembargador Dirceu de Mello, o Professor Titular da Universidade Federal do Pernambuco, Cláudio Brandão, o Professor Titular da Universidade Federal do Paraná, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o Professor Titular da Universidade de São Paulo, Renato de Mello Jorge

---

<sup>257</sup> Norberto Bobbio. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999, p.99.

Silveira e, por fim, o Professor Titular da Universidade de São Paulo, Miguel Reale Júnior.

Para a Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, “embora a decisão de codificar seja política e dependa de circunstâncias conjunturais, a tarefa de codificar somente pode ser realizada por juristas. A decisão política deve se limitar a organizar, entre os penalistas de indiscutível prestígio, uma ampla comissão encarregada de preparar os respectivos textos levando em consideração as inquietudes do povo refletidas nas propostas dos parlamentares e demais interessados, públicos ou não, pelas questões penais; sua obra final, após discussões necessárias com os legisladores e com a sociedade em geral, deverá ser aprovada pelos primeiros como livro fechado”<sup>258</sup>.

Concluída esta visão geral do Anteprojeto, passaremos, agora, a analisar com mais cuidado, em capítulo próprio, o juiz das garantias no mencionado texto legislativo.

---

<sup>258</sup> Mariângela Gama de Magalhães Gomes, *Bases para uma teoria geral da parte especial do direito penal*. Tese de Livre Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2012, p. 220.

## **CAPÍTULO VI - O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

### **6.1 – Primeiras observações**

Após uma análise conceitual, cumpre, agora, tecermos algumas ponderações sobre o modelo que se propõe ao nosso país, não somente com as alterações legislativas em discussão no Congresso Nacional, mas também com a implementação de medidas já previstas, de certo modo, em nosso ordenamento, que contribuem sobremaneira para o tema, como ocorreu, por exemplo, com o Projeto de Audiência de Custódia do Conselho Nacional de Justiça, em consonância com Tratados Internacionais de Direitos Humanos há muito tempo assinados, aprovados, ratificados e depositados.

### **6.2 – O juiz das garantias e a proteção dos direitos fundamentais durante a investigação preliminar**

A instituição do juiz das garantias além de representar um passo importante na consolidação do modelo acusatório (previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 129, I: compete ao Ministério Público, privativamente, promover a ação penal pública na forma da lei), representa uma decisiva medida na proteção dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 e nos tratados internacionais de direitos humanos.

O Projeto estabelece, expressamente, em seu artigo 14 que “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”, ou seja, existe uma correlação entre os temas, como pontuou o *caput* do artigo 14: o controle da legalidade da investigação é uma forma de garantia e a garantia se expressa através do mesmo controle.

Sobre a importância do juiz das garantias na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, especialmente os de primeira geração, cumpre destacar a precisa lição de Aury Lopes Jr.: “o juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, que não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como no superado modelo positivista. O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver quando não existirem provas plenas e legais (atendendo ao princípio da verdade formal). Esta é a posição que o juiz deve adotar quando chamado a atuar no inquérito policial: como garante dos direitos fundamentais do sujeito passivo.”<sup>259</sup>

No mesmo sentido, temos a lição do Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Maurício Zanoide de Moraes, a introdução de um juiz de garantias em nosso ordenamento seria uma possibilidade de diminuição das seguidas violações dos direitos humanos durante a fase de investigação criminal (gênero), em especial, durante o inquérito policial (espécie), sendo certo que em nosso atual estágio o Estado é o principal violador<sup>260</sup>.

A defesa dos direitos fundamentais é missão do Processo Penal, como vimos especialmente no primeiro capítulo inicial, fundamental para o

---

<sup>259</sup> Aury Lopes Junior. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 150-151.

<sup>260</sup> As principais violações aos direitos humanos, segundo a Professora Flávia Piovesan estão divididas em oito diferentes grupos: a) violência contra a mulher; b) discriminação racial; c) violação de direitos das crianças e dos adolescentes; d) violência rural; e) violência contra povos indígenas f) violência contra os defensores dos direitos humanos g) detenção arbitrária, tortura e homicídios cometidos durante a ditadura militar; f) violência policial.

Estado Democrático de Direito que se constrói a partir da Constituição Cidadã e que não pode mais compactuar com seguidas violações que inserem o Brasil no centro de investigação do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos.

### **6.3 – A Exposição de Motivos e as justificativas para a instituição do juiz das garantias**

Com relação ao juiz das garantias, a Exposição de Motivos do Anteprojeto trouxe três justificativas para a adoção do novo modelo: distanciamento do juiz ao processo; homenagem ao princípio acusatório; otimização da atuação jurisdicional criminal.

#### **6.3.1 – Distanciamento do juiz ao processo**

A Exposição de Motivos apresentou expressamente como uma das justificativas para a reforma projetada “manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação”.

O distanciamento do juiz do processo com a investigação preliminar é o mecanismo escolhido para a efetiva instituição do sistema acusatório e aprimoramento do princípio da imparcialidade.

Segundo Mauro Fonseca Andrade, “a origem desse argumento está centrada na incorporação do entendimento da contaminação judicial, tantas vezes repetida por Lopes Junior. Seguiu-se, com esse distanciamento, a proposição de Maier, que, ao justificar o modelo do juiz pretendido pelo CPP Modelo,

afirmou que o juiz do processo sequer deveria saber o nome do acusado, ao menos até o oferecimento da acusação”<sup>261</sup>.

A regra de ouro para tanto está prevista no artigo 16 do Projeto de Lei 156, de 2009: o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748.

O artigo 748, em complementação, estabelece que a mencionada regra será excepcionada em duas situações: a) nos processos em andamento no início da vigência deste Código; b) nas 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.

Com relação aos processos em andamento, nenhuma dificuldade, na medida em que é uma simples regra de transição para que os processos já iniciados não tenham sofram qualquer solução de continuidade, simples regra de direito intertemporal que evita problemas e alegações futuras. Já com relação às Comarcas com apenas um magistrado, fixa-se solução intermediária que será analisada posteriormente, ainda neste capítulo.

A regra geral prevista no artigo 16, portanto, rompe com o modelo atual: de acordo com a legislação processual em vigor, por conta da prevenção, o juiz que atuou na investigação preliminar está vinculado ao processo criminal, nos termos do artigo 75, parágrafo único e do artigo 83.

Com isso, consolida-se a noção de que as duas fases da persecução penal são substancialmente diferentes e que o juiz que atuou na primeira fase estaria contaminado para realizar o julgamento do processo de conhecimento, sendo, portanto essencial para a construção da imparcialidade no processo penal, um modelo em construção e constante lapidação para que o sistema acusatório seja, enfim, implantado, como determinou a Constituição Federal de 1988.

---

<sup>261</sup> Mauro Fonseca Andrade. *Juiz das Garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 76.

### **6.3.2 – Homenagem ao princípio acusatório**

O Anteprojeto aborda expressamente a consolidação de um modelo acusatório e objetiva estabelecer os limites da atuação do magistrado na fase da investigação, evitando-se os desvios que rotineiramente ocorrem no atual modelo. Não podemos perder de vista o que ocorre em nosso país, em especial em Comarcas de pequeno e médio porte, quase sempre envolvendo o tráfico de drogas e crimes conexos, em que o juiz deixa a sua imparcialidade de lado e passa a atuar como um verdadeiro “xerife” de filmes americanos, com contato diuturno com as Autoridades Policiais, recebendo relatórios informais de investigações, antes mesmo do Ministério Público tomar contato com o Inquérito, chancelando ilegalidades e abusos, realizando reuniões prévias sobre a melhor forma de conduzir as investigações.

Nesse sentido, precisa a observação de Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo: “A experiência tem mostrado que certos magistrados adotam ativismo excessivo na investigação criminal, ao fazerem reuniões com policiais antes de operações, ao decretarem, de ofício, medidas assecuratórias, e ao chegarem a sugerir que se requeiram prisões cautelares. Longe da proteção dos investigados contra a arbitrariedade, passam eles a tratar com aparência de normalidade práticas policiais em desconformidade com a ordem jurídico-constitucional, tais como o uso indevido de algemas, a exposição pública de pessoas presas, a apreensão desmensurada de documentos e a interceptação telefônica sem restrição temporal, dentre outros abusos. Em simples palavras, perdem tais juízes de direito a equidistância necessária ao exercício da jurisdição, para se tornarem algozes dos investigados — em casos de repercussão, especialmente. Mais tarde, no desenvolvimento do processo-crime, constata-se esse envolvimento do juiz criminal graças a seu vínculo psicológico com as provas produzidas na fase policial, até porque ele, vez ou outra, participou de atos instrutórios que lhe influenciam o convencimento. Torna-se o magistrado um escudeiro

da pretensa legitimidade da investigação criminal, em vez de juiz imparcial capaz de enxergar as aberrações que se deram no procedimento investigatório”<sup>262</sup>.

Em função disso, o Anteprojeto foi expresso em destacar que “para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz *das garantias*, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz *de inquéritos*, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação”.

### **6.3.3 – Otimização da atuação jurisdicional criminal**

Uma importante justificativa para separar os órgãos judiciais que atuam nas fases extrajudicial e judicial da persecução penal, segundo a Exposição de Motivos, diz respeito à “otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional”, com ganhos com cognitivos e executivos: a especialização tem sido

---

<sup>262</sup> Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo . *Juiz é fiscal dos atos do MP, e não defensor deles*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-dez-29/juiz-criminal-fiscal-atos-acusatorios-nao-defensor-deles>.

apontada como grande divisor de águas para a o desenvolvimento da humanidade nos últimos séculos, para a obtenção de melhores resultados, tanto no campo da ciência, como na indústria, na administração pública e privada, etc.

No campo do direito, especialmente no âmbito criminal, não é diferente, como podemos atestar com a criação de Varas específicas para o julgamento de crimes de grande complexidade como, por exemplo, nos crimes tributários, crimes contra a administração pública, lavagem de dinheiro, em que a especialização expertise, eficiência e agilidade.

Resultados expressivos também são obtidos com a especialização de Varas e Promotorias (GEVID) no caso da violência doméstica, em que existe um trabalho multidisciplinar e que vem obtendo resultados expressivos, especialmente no Estado de São Paulo, bastante premiado, exemplo para todo o país.

Da mesma forma, depois de diagnosticado um problema endêmico durante a investigação preliminar, urge uma especialização que não apenas significará um acréscimo de proteção aos direitos fundamentais, mas também simbolizará um ganho em qualidade, celeridade, em perfeita harmonia com o binômio garantismo e eficiência, citado no primeiro capítulo, essencial para qualquer discussão em matéria processual penal hoje em dia.

O exemplo de São Paulo e seu Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária (DIPO) é bastante significativo no tocante à especialização, com análise de um volume extraordinário de investigações preliminares, muito acima do que uma Vara normal faria e influenciou enormemente, como bem ressaltou um dos próprios membros da Comissão de Juristas em artigo sobre o tema<sup>263</sup>.

Não podemos perder de vista que em uma situação sem a devida especialização, a autoridade judiciária atua em diversas esferas, um verdadeiro clínico geral, sendo certo que a especialização redundaria em um ganho de velocidade,

---

<sup>263</sup> Fabiano Augusto Martins Silveira. *O Código, as cautelares e o juiz das garantias*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 183, julho/setembro de 2009.

conhecimento tudo em nome de um serviço público melhor prestado para o jurisdicionado e para toda a coletividade: “delimitado o espaço de atuação do juiz das garantias, descobre-se um magistrado com atribuições voltadas exclusivamente para a investigação criminal, isto é, dotado de habilidades e com suficiente experiência para decidir sobre as medidas cautelares urgentes e requeridas no curso do inquérito, bem como sobre a formação antecipada da prova, os pedidos de interceptação telefônica, de quebra de sigilos fiscal, telefônico e bancário, o acesso a outras informações sigilosas, etc.”<sup>264</sup>.

Do outro lado, também se notará melhoria, celeridade e eficiência nas varas criminais em que serão analisados ordinariamente os processos de conhecimento, sem a análise da fase preliminar, extremamente complexa e sensível às liberdades públicas.

É importante frisar, no tocante a este tópico, que a otimização da atuação jurisdicional com a especialização apenas ocorrerá, efetivamente, nas Comarcas com um número razoável de juízes, sendo certo que, nas demais, não haverá tal ganho, certo, contudo de que ainda assim teremos profícua evolução com a alternância, com a separação entre as funções judiciais na fase extrajudicial e na fase judicial, em nome da imparcialidade e de um sistema verdadeiramente acusatório.

Observa-se, oportunamente, que a especialização no tocante ao juiz das garantias não impede e não limita os mencionados casos de absoluto sucesso de especializações em matéria criminal, como ocorre com a lavagem de capitais e crimes tributários, sendo certo que a única diferença para o atual momento seria a necessidade de um juiz das garantias para atuar na fase preliminar.

Não se trata de uma imposição legal, mas, sim, de uma possibilidade apresentada com a instituição do juiz das garantias, que traria, certamente, bons frutos, aprimoramento da relação institucional com outras carreiras e um ganho

---

<sup>264</sup> Fabiano Augusto Martins Silveira. *O juiz de garantias entre os caminhos da reforma do código de processo penal* in *Processo penal, constituição e crítica - estudos em homenagem ao prof. dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 257.

efetivo em celeridade, técnica, volume e, principalmente, proteção dos direitos fundamentais.

#### **6.4 – Particularidades do projeto no tocante ao juiz das garantias**

Em capítulo anterior, observamos, rapidamente, algumas características gerais do Projeto em discussão no Congresso Nacional, uma espécie de visão global para, enfim, estudarmos os principais pontos no tocante ao tema central do trabalho.

O juiz das garantias é a essência do novo Código de Processo Penal, premissa para a criação de um sistema verdadeiramente acusatório, que separa muito bem os atores do Processo Penal e garante um julgamento imparcial ao acusado e ajuda a preservar os direitos fundamentais durante a investigação preliminar, reconhecendo a relevância da função jurisdicional no âmbito do Poder Público e da dimensão transindividual das decisões judiciais, não mais limitadas às partes<sup>265</sup>.

Trata-se de um verdadeiro *tertius* na persecução penal que não tem papel ativo na persecução preliminar, que não é um gerente do inquérito policial, sendo certo que o “modelo político rotulado de democrático exige do Juiz, na construção do modelo acusatório do processo penal, uma função de guardião derradeiro dos direitos e garantias fundamentais”<sup>266</sup>.

Após um título inicial que trata dos princípios fundamentais, como já visto anteriormente, o Título II, que trata da “Investigação Criminal”, em seu Capítulo II traz os principais contornos do “Juiz das Garantias”.

---

<sup>265</sup> André Machado Maya. *Imparcialidade e processo penal da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 227.

<sup>266</sup> Fauzi Hassan Choukr. *O Juiz de garantias na reforma do Código de Processo Penal in Processo penal, constituição e crítica - estudos em homenagem ao prof. dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 271.

Em seu artigo 14, dispõe um rol exemplificativo das suas atribuições, que devem ser desenvolvidas nos termos orientadores acima detalhados: “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”.

Em dezessete incisos, o artigo 14 estabelece as principais atribuições do juiz das garantias, em rol, repita-se, exemplificativo, na medida em que assim dispõe o seu inciso XVII, que fala em outras matérias inerentes às suas atribuições e ao próprio *caput* do mencionado artigo que fala em especialmente, deixando claro de que não se trata de um rol exaustivo, o que fez muito bem.

Nos incisos I, II e III, discute-se, basicamente a respeito da prisão em flagrante delito e quais as medidas que devem ser adotadas, sendo certo que a própria Constituição Federal e Tratados Internacionais de Direitos Humanos já disciplinaram sobre o tema.

Destarte, estabelece em seu inciso I que o juiz das garantias deve ser comunicado imediatamente da prisão, assim como já fez o artigo 5º, inciso LXII da Constituição Federal, que disciplina também a comunicação aos familiares e a pessoa indicada pelo detido.

O inciso II estabelece que o juiz das garantias deve receber o auto de prisão em flagrante para decidir sobre o seu relaxamento, conversão em preventiva ou fixação de outra medida cautelar alternativa à prisão, admitindo-se, em seu inciso III, a possibilidade de que seja conduzido à sua presença. Neste ponto, foi tímido o legislador em seu inciso II, como veremos ainda neste capítulo, ao tratarmos da audiência de custódia e sem embasamento convencional em nosso ordenamento jurídico.

A possibilidade de ser a qualquer tempo conduzido à sua presença deve ser destacada e não se limita ao momento inicial da prisão em flagrante, podendo ser, concretizada durante toda a persecução penal, como, por exemplo, quando da notícia de qualquer prática abusiva em Estabelecimento Prisional que abrigue detido

preso cautelarmente, sem com a premissa de proteção de direitos e garantias fundamentais em face do arbítrio estatal.

No inciso IV, está prevista a necessidade do juiz das garantias ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal, evitando-se, assim, por exemplo, prática comum nos dias de hoje, como já mencionado no capítulo sobre a persecução preliminar, de investigações em folhas soltas, sem a devida formalização e conhecimento de quem exerce o controle externo da atividade policial, que perduram por muito tempo e não têm espaço no atual estágio do Estado Democrático de Direito.

A partir do inciso V, nota-se a atribuição fundamental do juiz das garantias na determinação de prisão provisória ou de outras medidas cautelares, reafirmando-se, obviamente, a impossibilidade de que sejam fixadas de ofício, em nome do sistema acusatório que se objetiva construir: nos termos do artigo veda-se a atuação investigatória do juiz, mas não o exercício de atividade jurisdicional, que lhe é afeita durante persecução penal, tanto na fase preliminar, como judicial; trata-se, na verdade, de uma ruptura com o modelo anterior que enxergava no juiz uma figura interessada no sucesso da atividade investigatória, objetivando-se com a reforma que cada ator desempenhe o seu papel, sem interferências e usurpações<sup>267</sup>.

No inciso VI, como não poderia deixar de ser pela própria natureza das medidas cautelares, seu caráter instrumental e provisório, possibilita-se ao juiz das garantias prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, se o caso concreto assim demandar, sempre tendo em vista que a prisão é medida excepcional e que apenas deve ser aplicada quando as outras medidas cautelares, não forem suficientes em caso de aplicação individual ou cumulativa.

O inciso VII, na mesma toada, prevê que compete ao juiz das garantias decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa. Neste inciso,

---

<sup>267</sup> Marcos Alexandre Coelho Zilli. *Os atores e seus papéis*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, edição especial sobre o Código de Processo Penal, agosto 2010.

reconhece-se que a atividade processual demanda tempo e que ele pode redundar no comprometimento dos seus resultados ou de sua própria realização: “daí a utilização, pela técnica processual, de certos mecanismos tendentes a antecipar algumas providências, de modo a evitar que a demora possa comprometer a eficácia ou a correção da função judiciária”<sup>268</sup>.

Destarte, imprescindível a instituição de instrumentos processuais que garantam eficiência à atividade probatória diante do risco do fator tempo, que pode impedir ou dificultar que pessoas ou coisas possam funcionar como fonte de prova. São procedimentos instrutórios antecipados, de natureza cautelar, excepcionais, que estão sujeitos ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*.

Observe-se, que o projeto foi expresso em dizer que nos casos de produção antecipada de provas, consideradas urgentes e não repetíveis, serão realizadas mediante contraditório e ampla defesa.

Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho, ao comentar a reforma de 2008, a inspiração para tanto se deu no direito processual italiano que prevê a instauração de um incidente probatório, com respeito ao contraditório e das demais garantias do devido processo legal<sup>269</sup>: “no curso das investigações preliminares, o Ministério Público ou as demais partes do processo podem requerer ao juiz que se proceda por meio de um incidente probatório. Trata-se de um procedimento excepcional no qual a prova é produzida com as mesmas regras e garantias que regulamentam a fase de instrução do processo. Assim, em razão da urgência na produção da prova, como por exemplo, quando a testemunha sofre de doença grave e pode não sobreviver até a audiência de instrução ou a perícia deva realizar-se imediatamente sob pena de modificação com o tempo, da coisa ou lugar a ser periciado, esta realizar-se-á

---

<sup>268</sup> Antonio Magalhães Gomes Filho. *Provas – lei 11.690, de 09.06.2008 in Reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 252.

<sup>269</sup> Antonio Magalhães Gomes Filho. *Provas – lei 11.690, de 09.06.2008 in Reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 254.

imediatamente, sob o crivo do contraditório e com as demais garantias de defesa, por meio de procedimento denominado incidente probatório”<sup>270</sup>.

Além de decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, é preciso pontuar que o juiz das garantias também será o responsável por tomar a prova a ser produzida de forma antecipada, conforme fica explícito nos artigos 195<sup>271</sup> e 391, inciso III<sup>272</sup>.

Mauro Fonseca Andrade critica a opção do projeto porque resultaria em clara repercussão na fase do julgamento, contribuindo com o mérito da decisão final da causa, funcionando como uma verdadeira delegação do juiz do processo, mencionando a solução adotada pela legislação italiana: “quicá por esse motivo, o legislador italiano procurou corrigir o erro histórico em que incidiu em 1989, ao conferir a tomada desse tipo prova pelo *giudice per le indagini preliminari*. Em recente reforma de seu CPP, admitiu-se que aquele juiz, ao haver simplesmente recebido antecipadamente a prova, não estará impedido de participar da fase intermédia (recebimento, ou não, da acusação) e, muito menos, da fase de julgamento”<sup>273</sup>.

Sendo assim, conclui-se que não há qualquer problema na produção antecipada da prova durante a persecução preliminar e o julgamento do processo pelo mesmo magistrado, sendo ele o juiz mais indicado para tanto, em nome do princípio da identidade física do magistrado, que figura em nosso sistema processual desde as recentes reformas pontuais do Código de Processo Penal.

---

<sup>270</sup> Nota 31 da tradução de Alexandre Martins e Daniela Mróz, na obra clássica de Paolo Tonini (*A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p 237).

<sup>271</sup> “Artigo 195. Na fase de investigação, ao decidir sobre o pedido de produção antecipada de prova testemunhal de criança ou de adolescente, o juiz das garantias atentarà para o risco de redução da capacidade de reprodução dos fatos pelo depoente, em vista da condição da pessoa em desenvolvimento, observando, quando recomendável, o procedimentário previsto no art. 194. § 1º Antecipada a produção da prova na forma do *caput* deste artigo, não será admitida a reinquirição do depoente na fase de instrução processual, inclusive na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade, em requerimento devidamente fundamentado pelas partes.”

<sup>272</sup> “Artigo 391. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: III – aos depoimentos prestados na fase de investigação criminal, ressalvada a prova antecipada”.

<sup>273</sup> Mauro Fonseca Andrade. *Juiz das garantias*. Curitiba: 2011, p. 101.

No inciso VIII, discute-se a prorrogação do inquérito policial do investigado preso. Antes de analisá-lo, porém, destaque-se que o novo Código de Processo Penal propõe alteração significativa no tocante aos prazos do Inquérito Policial de um modo geral: se o investigado estiver solto, o prazo previsto é de noventa dias e no caso de não conclusão das investigações, os autos serão enviados ao Ministério Público com proposta de renovação e as razões da autoridade policial. Se o investigado estiver preso, contudo, o prazo para encerramento do Inquérito Policial permanece de dez dias, sendo que se a investigação não terminar neste prazo, a prisão será, em regra, revogada, excepcionando-se tal situação se o juiz das garantias autorizar, após analisar as razões apresentadas pela autoridade policial pleiteando a prorrogação, que é única e tem duração de quinze dias, conforme análise combinada do inciso VIII e do parágrafo único, todos do artigo catorze.

No tocante ao investigado preso, a doutrina, em peso, critica a opção adotada, porque o juiz das garantias deverá analisar o conteúdo da investigação para decidir se ela pode seguir o seu curso, ao invés de analisar apenas o *status libertatis* do cidadão e na prática impor ao Ministério Público o oferecimento da denúncia, com base no que foi apurado até então. Defende-se, portanto, a mesma solução no caso do investigado solto, qual seja, atribui tal análise ao titular da ação penal: “como deliberar sobre o pedido de prorrogação de prazo para a conclusão do inquérito policial sem avaliar se a prova até então colhida é ou não suficiente para o oferecimento da denúncia? É evidente que tal função deve ser exercida pelo Ministério Público, órgão destinatário da prova colhida na fase pré-processual”<sup>274</sup>.

Compete também ao juiz das garantias, acertadamente, nos termos do inciso IX, determinar o trancamento do Inquérito Policial, quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento, situações rigorosamente excepcionais de clara e inquestionável ilegalidade ou abuso de poder<sup>275</sup>.

---

<sup>274</sup> Simone Schreiber. *O juiz de garantias no projeto do Código de Processo Penal* in *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 213, p. 02-03, agosto, 2010.

<sup>275</sup> STF – HC 80.772, 2ª Turma, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 03/04/2001, DJU: 29/06/2001, RTJ 182/613.

Por sua vez, no inciso X, confere-se também a possibilidade de requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação.

No tocante a tal dispositivo, como já se observou anteriormente, em nome do sistema acusatório, o juiz das garantias não pode atuar de ofício durante a persecução preliminar, não sendo possível determinar a complementação da investigação criminal, mesmo que provocado pela vítima ou pelo investigado, como determina o artigo 26 e seu parágrafo primeiro: “Artigo 26. A vítima, ou seu representante legal, e o investigado poderão requerer ao delegado de polícia a realização de qualquer diligência, que será efetuada, quando reconhecida a sua necessidade. § 1º Se indeferido o requerimento de que trata o *caput* deste artigo, o interessado poderá representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público”.

Destarte, a requisição prevista no inciso X limita-se ao material constante nos autos da investigação criminal e servirá, por exemplo, para que o magistrado melhor se informe sobre a persecução preliminar, no caso de requerimento de trancamento do inquérito policial, previsão do inciso IX, já mencionada. Qualquer outra interpretação diferente do que foi aqui exposto compromete a ideia de um *tertius*, que apenas controla a legalidade da investigação criminal<sup>276</sup>.

Em seu inciso XI, determina que compete ao juiz das garantias 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. Conforme ponderou o Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Marcos Alexandre Coelho Zilli, o dispositivo foi bastante coerente tendo em vista a o papel eminentemente investigatório dos mencionados meios de obtenção de prova, em especial, a interceptação telefônica: “afinal, o juiz que determina a interceptação, independentemente de provocação, se antecipa aos sujeitos que seriam naturalmente

---

<sup>276</sup> Mauro Fonseca Andrade. *Juiz das garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 92.

interessados nos resultados de tal meio de busca de prova, assumindo ele próprio o papel do investigador. É justamente isso que o Projeto procura coibir. O fato é que a sua aprovação levaria à derrogação de outros dispositivos que, por preverem a atuação do juiz na formação do material investigatório, se mostram incompatíveis com os princípios desenhados”<sup>277</sup>.

Compete ao juiz das garantias julgar, nos termos do inciso XII, o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia. O Projeto 156 definiu corretamente instituto como ação autônoma de impugnação, no Capítulo II, do Livro IV, diferentemente do atual Código de Processo Penal que o define como recurso, uma ação constitucional consistente no restabelecimento da liberdade de locomoção, ou ainda na remoção de ameaça, em caso de ilegalidade ou abuso de poder.

Com relação à insanidade mental do investigado, em caso de dúvida sobre a sua integridade mental, não se admite, nos termos do inciso XIII, que o juiz das garantias determine, de ofício, a realização de exame médico-legal, durante a persecução preliminar, somente se manifestando depois de representação da autoridade, mantendo a coerência do instituto, mantendo a posição de um *tertius*, distanciada dos rumos da investigação.

Dispõe o inciso XIV que o juiz das garantias é o competente para o arquivamento do Inquérito Policial. Em primeiro lugar, é preciso destacar que a redação final do Projeto representou um verdadeiro retrocesso ao manter o modelo do atual Código de Processo Penal. Segundo a proposta inicial, em nome do sistema acusatório, dispunha o artigo 38 que “ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o Ministério Público comunicará a vítima, o investigado, a autoridade policial e a instância de revisão do próprio órgão ministerial, na forma da lei” e “se a vítima, ou representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.”

---

<sup>277</sup> Marcos Alexandre Coelho Zilli. *Os atores e seus papéis*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, edição especial sobre o Código de Processo Penal, agosto 2010.

Entretanto, lamentavelmente, a redação final do Projeto 156 modificou o tema e retomou o assunto nos moldes atuais, conforme dispõe o artigo 38: “o órgão do Ministério Público poderá requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, seja por insuficiência de elementos de convicção, seja por outras razões de direito”. E em seu parágrafo único prevê que “o juiz das garantias, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”. Andou mal, neste ponto, a redação final do Projeto na medida em que quando o próprio titular da ação penal opina pelo arquivamento e se permite que a autoridade judicial realize o mencionado juízo de legalidade e conveniência, nota-se uma confusão entre os papéis no processo penal, típica do sistema inquisitório e que era solucionada pela redação original, ao conferir ao próprio Ministério Público o controle do arquivamento, sem interferências.

No inciso XV, confere ao juiz das garantias assegurar o direito previsto nos artigos 11 e 37. Em seu artigo 11, nos termos da atual Súmula Vinculante de nº 14, confere-se ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento. O artigo 37, por sua vez, estabelece que a remessa dos autos do inquérito policial ao Ministério Público não restringirá em nenhuma hipótese o direito de ampla consulta de que trata o artigo 11. Neste ponto, andou mal a proposta de reforma e demonstrou um total desconhecimento da prática, na medida em que se esquece que o Ministério Público, diferentemente da Polícia Civil e do Poder Judiciário, não ostentam estrutura de cartório e também não possuem pessoal para garantir vista da investigação quando o feito está com vista para o *parquet*. Tal medida tumultua o andamento do trabalho do Promotor de Justiça e de sua equipe e é clara violação à paridade de armas, uma vez que a acusação não vai ao escritório de advocacia quando os autos estão por lá, mas é recorrente o advogado se deslocar até a Promotoria de Justiça com o intuito de consultar os autos, com vista e prazo abertos ao membro do Ministério Público. Na atual conjuntura, portanto, incabível tal solução, totalmente distanciada da

realidade e do bom senso, não gozando o juiz de autoridade para ditar o dia a dia do gabinete ministerial, claro desrespeito à autonomia institucional.

Por fim, o inciso XVI do Projeto 156 confere a possibilidade do juiz das garantias deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia, em verdadeiro juízo de pertinência em que deve ser avaliada a legitimidade do postulante, sendo certo que apenas os diretamente interessados na investigação serão admitidos, como, por exemplo, a vítima, o investigado e o próprio Ministério Público.

Trata-se de inovação importante, que não fazia parte da redação original do Anteprojeto, e que era há muito tempo reclamada pela doutrina, como forma de garantir maior credibilidade à investigação, admitindo-se a possibilidade do assistente técnico atuar na fase de investigação e acompanhar diretamente o trabalho realizado pelo perito, oficial ou não.

Critica-se, contudo, o fato da matéria ter sido apenas tratada no mencionado inciso XVI e não ser mais explorada na seção responsável por abordar a prova pericial e o exame do corpo de delito (Seção V, do Capítulo II referente aos Meios de Prova, do Título VIII a respeito da Prova), que trata do tema em detalhes apenas durante o processo criminal, merecendo ajustes quando da análise pela Câmara de Deputados.

## **6.5 – Críticas ao projeto**

Feitas estas colocações, é chegada a hora de analisarmos as principais críticas apresentadas aos trabalhos legislativos, que vão desde a nomenclatura até questões processuais eminentemente técnicas, passando por argumentos políticos e orçamentários.

### **6.5.1 – Impropriedade da expressão juiz das garantias**

Ante de mais nada, surge uma primeira ponderação a respeito do termo juiz de garantias ou juiz das garantias. Segundo parte da doutrina, a acolhida ao termo em questão se deu, principalmente, no Brasil pela sugestão de Aury Lopes Junior, mas não é unanimidade e recebe algumas críticas.

Para Mauro Fonseca Andrade, o primeiro questionamento diz respeito a uma questão de rótulos, já que, segundo ele, o juiz de garantias faz mais do que o seu nome parece indicar, ou seja, vai muito além de simplesmente garantir a observância de direitos fundamentais, defendendo, assim, um novo nome, quase seja, “juiz da fase de investigação criminal”: “sua atividade vai muito além de simplesmente garantir a observância dos direitos fundamentais na fase de investigação. Na verdade, a incumbência de dever controlar a investigação criminal também lhe retira a própria condição de garante. Nesta atividade, ele passa a atuar em sua zona de estrito interesse do próprio Ministério Público, qual seja, analisar se há, ou não, elementos suficientes para o ajuizamento da ação penal, sempre que o juiz das garantias foi instado a prorrogar o tempo de trâmite da apuração policial. Aqui, a confusão de papéis com o acusador público é manifesta. O segundo aspecto se vincula à própria impressão que o nome escolhido passará a quem com ele tiver contato, em especial ao próprio juiz. Melhor explicando, setores de nossa doutrina muito vêm se empenhando em fazer prevalecer a ideia de que os direitos fundamentais se prestam unicamente a albergar os interesses dos sujeitos passivos da persecução penal. Há um completo abandono quanto à abordagem dos direitos fundamentais das vítimas que tenham algum interesse no acompanhamento da fase de investigação, o que se explica por estarmos vivendo um período em que dificilmente se diferencia a atividade acadêmica da atividade advocatícia. Por isso, não nos parece descabido o receio de que, a partir do nome escolhido para esse magistrado,

os operadores do direito – em especial, os magistrados – passem a acreditar que juiz das garantias se preste somente a garantir os direitos fundamentais dos investigados.”<sup>278</sup>

A despeito da crítica anterior, da qual concordamos, entendemos que não há nenhum prejuízo em enfatizar uma das atribuições deste juiz controlador da legalidade da investigação criminal e chamá-lo de juiz de garantias ou juiz das garantias, destacando-se, assim, em especial, a proteção dos direitos fundamentais.

### **6.5.2 – Decretação de medida cautelar durante o processo e imparcialidade**

Critica-se, em segundo lugar, uma possível incoerência da proposta de reforma, na medida em que as questões que são dadas por competência ao juiz de garantias podem ser apreciadas pelo juiz que irá julgar a causa: como a competência do juiz das garantias se encerra com o ajuizamento da ação penal, o parágrafo primeiro do artigo 15 do Projeto de Lei 156/2009, prevê que “as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo”, enquanto o parágrafo segundo do mesmo artigo 15 prevê que a decisão proferida pelo juiz de garantias não vincula o juiz da causa, podendo este “reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso”<sup>279</sup>.

Para esta parcela da doutrina, a incoerência se dá porque se considera contaminado para o julgamento do mérito o magistrado que decretou medidas cautelares durante a investigação, mas não considera violação à imparcialidade se o juiz responsável pelo processo decretar qualquer dessas medidas restritivas de direitos.

---

<sup>278</sup> Mauro Fonseca Andrade. *Juiz das garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 111.

<sup>279</sup> Larissa Marila Serrano da Silva. *A construção do juiz das garantias no Brasil: a superação da tradição inquisitória*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2012.

Defende-se a solução adotada pelo projeto de reforma sob o argumento de que são realidades distintas, na medida em que a investigação e o processo não são apenas pontos situados em locais diferentes na linha do tempo, momentos diferentes dentro do gênero persecução penal, como vimos, uma primeira fase preliminar e uma segunda fase judicial: a investigação preliminar “se distingue pela unilateralidade e pelo sigilo; o segundo, pelo contraditório, pela ampla defesa e pela publicidade. Onde quero chegar? Ora, o momento certo para o magistrado formar o seu convencimento é o processo, sob o fogo cruzado do contraditório e da ampla defesa. Se a tomada de determinadas decisões na fase de investigação propicia, como dificilmente se há de negar, a formação prematura do convencimento sobre a causa, parece que algo está fora de lugar. Falando realisticamente, nenhum mal que o juiz, no processo, instado a se manifestar sobre medidas cautelares ou probatórias, comece, pouco a pouco, a formar o seu convencimento sobre a causa, já que ali impera o devido processo legal, e não a visão unilateral dos órgãos da persecução penal. em síntese, estou de acordo que a tomada de decisões cautelares e probatórias no curso do processo não leva à quebra do dever de imparcialidade. O que se tem é a jurisdição a pleno vapor”<sup>280</sup>.

Desde a formação da relação processual, o juiz toma contato com as provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, deixa o estado de ignorância institucionalizada no tocante aos fatos imputados ao acusado, rumo ao seu livre convencimento racional e motivado em prol da condenação ou da absolvição, razão pela qual não há qualquer incongruência do projeto e qualquer violação ao princípio da imparcialidade, tônica dos trabalhos da Comissão que apresentou o Anteprojeto para o Senado Federal.

Ainda no tocante ao tema, cita-se a crítica do magistrado federal Fausto de Sanctis, segundo a qual, o parágrafo segundo, ao permitir que o juiz do processo criminal possa reexaminar as decisões anteriormente proferidas pelo juiz de garantias, uma vez que não há qualquer vinculação, criaria mais uma instância, uma quinta instância e contribuiria para uma maior morosidade processual: um juiz da mesma

---

<sup>280</sup> Fabiano Augusto Martins Silveira. *O juiz de garantias entre os caminhos da reforma do código de processo penal* in *Processo penal, constituição e crítica - estudos em homenagem ao prof. dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, pp. 260-261.

hierarquia estaria revendo a decisão proferida pelo colega, em detrimento da celeridade processual<sup>281</sup>.

Trata-se de crítica equivocada na medida em que valoriza a independência do juiz e está em consonância com a diretriz atual da variabilidade das medidas cautelares, assim como ocorreu na reforma pontual do Código de Processo Penal, em virtude da Lei 12.403, de 2011 que instituiu nova redação ao artigo 282, parágrafo quinto: “o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

Perceba-se que o Projeto é preciso tecnicamente ao dizer que o juiz pode reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, determinadas pelo juiz das garantias, que as decretou durante a persecução preliminar: “assim, uma vez decretada qualquer das medidas cautelares alternativas à prisão, mudanças do estado de fato subjacente ao momento de sua decretação ou mesmo o surgimento de novas provas que alterem o convencimento judicial sobre o *fumus commissi delicti* ou o *periculum libertatis* podem levar à necessidade de: (1) revogação da medida cautelar; (2) substituição da medida cautelar por outra, mais gravosa ou mais benéfica; (3) reforço da medida cautelar, por acréscimo de outra medida em cumulação; (4) atenuação da medida cautelar, pela revogação de uma das medidas anteriormente imposta cumulativamente com outra”<sup>282</sup>.

Destarte, o Projeto apenas respeitou a natureza da medida cautelar e sua variabilidade, dentro da sua necessidade, com o preenchimento de todos os requisitos legais, através de uma decisão devidamente fundamentada, sem qualquer criação de outra instância e aumento da morosidade.

---

<sup>281</sup> Fausto Martin Sanctis. *Juiz de garantias é obstáculo ao processo*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-dez-09/criacao-juiz-garantias-obstaculo-celeridade-processual>, acessado em março de 2013.

<sup>282</sup> Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. *Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da lei 12. 403/2011 in Medida cautelares no processo penal – prisões e suas alternativas: comentários à lei 12403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.224.

### 6.5.3 – Juiz das garantias e juizados especiais criminais?

O artigo 15 do Projeto de Lei 156/2009 prevê que a competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com a propositura da ação penal.

Como já analisamos no capítulo referente à persecução preliminar, a Lei 9099, de 1995, significou uma supressão parcial do inquérito policial e instituiu o termo circunstanciado, instrumento para os delitos de menor potencial ofensivo, em consonância com os princípios basilares da legislação em comento, notadamente a celeridade, oralidade, informalidade e economia processual.

Existe discussão doutrinária a respeito da natureza jurídica do termo circunstanciado, se seria essencialmente instrumento de investigação preliminar ou se a real intenção do legislador era de um simples boletim de ocorrência mais detalhado, como ensinam os autores do trabalho legislativo apresentado aos então Deputados Federais Michel Temer, Nelson Jobim e Ibrahim Abi-Ackel.

A análise do Projeto, contudo, demonstra, a despeito do silêncio do tema na Exposição de Motivos, a opção clara pela corrente que sustenta ser o termo circunstanciado um mero boletim de ocorrência detalhado, sem, em tese, atividade investigatória, que não justificaria, portanto, a atuação de um juiz de garantias. Para o Projeto o termo circunstanciado, em regra, serve apenas para a colheita dos dados necessários à identificação do autor dos fatos, termo de declarações das eventuais testemunhas e vítimas, sem propriamente uma atividade investigativa<sup>283</sup>.

Critica-se o Projeto, neste tópico, portanto, por ter excluído expressamente a figura do juiz de garantias no mencionado artigo 15, o que seria uma grande incoerência da proposta legislativa, assim como demonstração

---

<sup>283</sup> André Machado Maya. *Imparcialidade e processo penal da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 227.

inequívoca de que seria um instituto inútil<sup>284</sup>: “ora, se a intenção é impedir a vinculação psicológica do juiz que atua na fase pré-processual e purificar o julgamento da ação penal, nos parece óbvia a necessidade de também aqui atuar a figura do ‘juiz das garantias’ e fazer valer a regra de impedimento contida no artigo 16, do PLS 156/2009”<sup>285</sup>.

Sendo assim, em regra, o juiz das garantias não tem competência para os delitos de menor potencial ofensivo. Surgem, imediatamente, duas exceções à regra geral, conforme o parágrafo único, do artigo 296 do Projeto de Lei 156, de 2009: quando o autor do fato não for encaminhado imediatamente ao Juizado Especial Criminal ou quando não assumir o compromisso de a ele comparecer, quando cientificado. Nestes casos, não há a proibição de prisão em flagrante ou de aplicação de outra medida cautelar, razão pela qual, diferentemente do que sustenta Mauro Fonseca Andrade<sup>286</sup>, deve ser instaurado inquérito policial e o feito não deve correr perante o Juizado Especial Criminal, excepcionando-se a regra do artigo 15 e contando com a atuação do juiz das garantias durante a fase pré-processual.

Outra exceção à regra analisada no presente tópico diz respeito ao parágrafo segundo do artigo 304 do Projeto, que prevê o não processamento dos delitos de menor potencial ofensivo no Juizado Especial Criminal em casos complexos, cabendo ao Ministério Público requerer o encaminhamento das peças ao juízo comum, onde poderá contar com a atuação do juiz das garantias, especialmente se forem decretadas medidas cautelares antes do oferecimento da denúncia.

Destarte, conclui-se pelo acerto do Projeto, enfatizando que se durante a fase extrajudicial for preciso decretar qualquer uma das medidas do já tantas vezes mencionado artigo 14, não será o caso de ser processado perante o Juizado Especial Criminal, mas, sim, no Juízo comum, por conta da complexidade dos fatos ou das circunstâncias do caso concreto, que exigem outro enfrentamento, absolutamente

---

<sup>284</sup> Mauro Fonseca Andrade. *Juiz das Garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, pp. 103-106.

<sup>285</sup> Gustavo de Oliveira da Luz. *Juiz das garantias: ainda na busca do sistema constitucional acusatório*. Disponível na internet: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2332>.

<sup>286</sup> Mauro Fonseca Andrade. *Juiz das Garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, pp. 104-105.

incompatível com o procedimento sumaríssimo, marcado pela informalidade, celeridade e economia processual.

#### **6.5.4 – Juiz das garantias e a competência originária**

A competência por prerrogativa de função nada mais é do que um critério definido pela norma que determina a competência originária de um tribunal, tendo em vista a função desempenhada pelo agente infrator.

Trata-se de instituto presente em praticamente toda a nossa história legislativa, apontando-se como origem remota do instituto as Ordenações Filipinas, de 1603, Livro V, em que notamos privilégios na aplicação da pena em relação aos nobres, aos quais se reservava a pena pecuniária e penas corporais eram destinadas aos mais humildes, com referência expressa aos peões, como prevê o Título XXXVIII. No mesmo Livro V, aponta-se outra origem remota da competência por prerrogativa de função na medida em que existe a previsão de que os clérigos eram julgados pela Igreja, enquanto os demais cidadãos eram julgados por um magistrado, uma distinção em função do cargo exercido em uma época de um Estado expressamente confessional.

Atualmente, nota-se uma excessiva ampliação do instituto, não se limitando ao texto da Constituição Federal, sendo bastante frequente a ampliação abusiva por Constituições Estaduais e até por legislação infraconstitucional<sup>287</sup>.

Aponta-se a necessidade do instituto como uma forma de preservação de funções próprias do estado, preservação da instituição em si, mas nota-se, no presente momento, um verdadeiro abuso, um verdadeiro desvirtuamento do instituto, absolutamente ampliado, sinônimo de impunidade, com raríssimas

---

<sup>287</sup> Segundo Maria Lúcia Karam, regras processuais de natureza infraconstitucional a respeito do tema “tornam-se, assim, ou inúteis, por simplesmente repetirem o que dispões a Constituição, ou violadoras de dispositivos constitucionais, caso ampliem o que lá se dispões. Dispensável, portanto, um exame maior do que contêm os artigos 84 a 87 do Código de Processo Penal”. (*Competência no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 102)

condenações pelos Tribunais, muito diferente do que ocorre no primeiro grau de jurisdição.

É constrangedor para o Brasil, país marcado pela corrupção de seus agentes políticos, que a primeira condenação à prisão de um parlamentar em processo crime no Supremo Tribunal Federal, desde a nova Constituição Federal, tenha demorado aproximadamente vinte cinco anos para ocorrer, apenas em 2013, com a punição do então Deputado Federal Natan Donadon<sup>288</sup>.

São comuns estratégias jurídicas, verdadeiras chicanas processuais, como a renúncia ao mandato eletivo para a modificação da competência, como ocorreu no episódio Cunha Lima e que levou o Ministro Gilmar Mendes a expressar a expressão “ciranda processual” para as seguidas mudanças de *status* dos acusados, para que a movimentação processual dificulte o seu julgamento e, no final, ocorra uma prescrição.

Cessado o mandato eletivo ou o exercício do cargo acobertado pela prerrogativa de função, cessa também o foro privilegiado. Com o cancelamento da Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, que previa que “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”, iniciou-se uma movimentação pela alteração legislativa, que logo ocorreu. Em 2002, nos últimos dias da legislatura, aprovou-se a Lei 10.628 que retomou a ideia da súmula cancelada, mas que foi felizmente fulminada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797.

É chegada a hora de uma total rediscussão do tema com toda a sociedade civil a respeito da manutenção, ou não, da competência por prerrogativa de função e em que termos e para que cargos.

---

<sup>288</sup> <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/06/26/pela-primeira-vez-stf-manda-prender-deputado-condenado.htm>

O Projeto de Lei 156 estabelece, no artigo 314, inciso I, que nas ações penais de competência originária, o procedimento nos tribunais superiores obedecerá às disposições gerais previstas neste código e no respectivo regimento interno e que as funções de juiz de garantias serão exercidas por membro do tribunal, escolhido na forma regimental, que ficará impedido de atuar no processo como relator.

Nota-se que não existe qualquer impedimento para sua participação no processo como revisor ou vogal, o que suscita uma crítica inicial: enquanto o juiz de primeiro grau que atuou como juiz de garantias fica impedido de atuar no processo crime, permite-se que o magistrado de segundo grau que fez as vezes de garante atue no mesmo feito, mesmo que não como relator, única limitação imposta pelo Projeto.

Mauro Fonseca Andrade critica tal opção e questiona se o magistrado de primeiro grau é mais suscetível a romper o “princípio acusatório e se tornar parcial, se comparado ao colega com jurisdição no tribunal, mesmo que, frente a algumas das hipóteses descritivas da exclusão do juiz das garantias da fase processual, a atuação de ambos seja idêntica? Ou, então, há como transigir com o conceito ou significado de imparcialidade judicial, que seria preservada ou violada, em razão da potencialidade ofensiva de uma infração penal, ou da instância em que a ação penal condenatória for ajuizada?”<sup>289</sup>.

Neste ponto, andou mal o Projeto, por tudo o que já se discutiu até o presente momento, em especial no tocante à concretização do modelo acusatório e da homenagem ao princípio da imparcialidade, uma vez que apenas se limitou a impedir que atue como relator, quando deveria seguir a diretriz do artigo 16.

---

<sup>289</sup> Mauro Fonseca Andrade. *Juiz das Garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 106.

### 6.5.5 – Juiz das garantias e o duplo grau de jurisdição

Desde os tempos mais remotos, as legislações têm se preocupado em criar mecanismos para a correção dos possíveis erros contidos nas decisões judiciais, emergindo, assim, dois grandes nortes, quais sejam, a segurança das decisões e a justiça das mesmas. O desafio, portanto, está na criação de um sistema processual que não impeça a impugnação das decisões judiciais, como ocorre em certos regimes autoritários, nem multiplicar incontrolavelmente os meios de impugnação.

Ensina Jaques Camargo Penteadó que a pacificação com justiça representa uma das formas de realização do bem comum, uma das finalidades do Estado, e implica na resolução das causas e no controle interno desse exame que ocorre, operacionalmente, pelo duplo grau de jurisdição<sup>290</sup>.

Podemos conceituar o duplo grau de jurisdição como uma garantia conferida ao vencido de obter uma nova decisão, que substitui a anterior, no âmbito do mesmo processo, por órgão jurisdicional de hierarquia superior.

Por mais que a garantia do duplo grau de jurisdição não esteja expressamente prevista na Constituição Federal, é preciso destacar sua presença em Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a própria Carta Magna prevê expressamente a existência de Tribunais e de recursos em seu texto.

Nota-se, no atual cenário, uma enorme quantidade de recursos que criaram um sistema tumultuado com quatro instâncias, enorme morosidade, uma verdadeira fábrica de impunidade e desrespeito ao trabalho realizado em primeiro grau de jurisdição.

É chegada a hora de uma racionalização dos recursos e das ações autônomas de impugnação, em consonância com o que já foi dito quando da

---

<sup>290</sup> Jaques de Camargo Penteadó. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.21.

análise da competência por prerrogativa de função, valorizando-se o trabalho realizado por quem teve real conhecimento do problema, real contato com a prova e vivência na comunidade em que se deu o fato.

O Projeto 156, que apresentou tímida reformulação no tema dos recursos, não foi bem ao não impedir que o magistrado do tribunal que participou do julgamento do recurso de algo ocorrido na fase da persecução preliminar possa atuar quando do seu julgamento, agora, em sede processual, por conta de recurso.

Além de representar uma clara violação à imparcialidade, como temos sustentado, a opção em questão representa mais um claro desprestígio ao primeiro grau, que ostenta, no atual cenário, pouquíssima relevância e crise de credibilidade, por certo que as próprias partes não levam, em muitos casos, em consideração o julgamento, vangloriando-se abertamente da enorme quantidade de recursos e instâncias julgadoras: “se o magistrado de primeiro grau decretar a prisão preventiva do investigado, prevê o projeto que ele não poderá julgar esse sujeito. Entretanto, se, ainda na fase de investigação, o magistrado de segundo grau acolher recurso do Ministério Público e decretar a prisão do investigado, nenhuma mácula é colocada sobre a sua imparcialidade ou possível ferimento do princípio acusatório. Nesse sentido, o projeto é totalmente omissivo, nenhum empecilho criando, de modo a tornar o magistrado de segundo grau impedido de condenar ou absolver o –agora – acusado, como decorrência natural do exame de recursos que, por ventura, chegarem ao seu conhecimento”<sup>291</sup>.

Trata-se de crítica contundente de quase todos os comentadores do tema, mesmo de seus defensores, como, por exemplo, a crítica de André Machado Maya, que aponta grande incoerência do projeto ao manter o critério de prevenção como regra de fixação da competência nos Tribunais e Cortes Superiores, com clara violação à imparcialidade: a otimização da imparcialidade e a consequente neutralização dos danos, orientada ao devido processo legal “exige um passo adiante em relação à figura do juiz de garantias referido no tópico anterior, uma dose pouco mais

---

<sup>291</sup> Mauro Fonseca Andrade. *Juiz das Garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 107.

concentrada de ousadia, sob pena de a imparcialidade restar garantida apenas em primeira instância, pondo-se a perder todo o resultado que pode ser alcançado com o juiz de garantias quando o recurso interposto em face da decisão de mérito for julgado por órgão judiciário de segunda instância que, anteriormente, já tenha analisado medida recursal ou habeas corpus referente ao mesmo feito e, por isso, formado já uma convicção acerca do caso penal em questão, ou mesmo sobre a culpabilidade do acusado”<sup>292</sup>.

Propõe-se<sup>293</sup>, assim, um passo adiante ao que foi dado ao projeto, que neste ponto foi extremamente tímido, criando-se o mesmo instituto em segunda instância, em homenagem ao princípio da imparcialidade, verdadeiro juizado de garantias, que não poderá atuar quando do julgamento do feito, em sede recursal, a respeito do mérito da causa, já apreciada pelo magistrado *a quo*.

#### **6.5.6 – Juiz das garantias e o recebimento da denúncia**

Outra crítica recorrente aos trabalhos legislativos diz respeito ao tema do recebimento da denúncia, na medida em que o artigo 15 prevê que a competência do juiz das garantias cessa com a propositura da ação penal.

Sabe-se, que na prática, o recebimento da denúncia é um ato pouco valorizado sendo quase sempre delegado a servidores do cartório judicial, com manifestações padronizadas pelo prosseguimento do feito. Entretanto, não podemos perder de vista a sua importância para análise dos elementos colhidos na fase preliminar, não podendo ser a denúncia inepta, bem como ser carecedora de pressuposto processual ou condição da ação. Analisa-se, neste momento, outrossim, se existe justa causa para a ação penal, tarefa que deveria ter sido conferida ao próprio juiz das garantias, para evitar

---

<sup>292</sup> André Machado Maya. *Imparcialidade e processo penal da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 232-232.

<sup>293</sup> Solução intermediária seria a análise da violação da imparcialidade para cada caso concreto, de acordo com as suas peculiaridades, em consonância com precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

que o juiz da causa tome contato com tudo o que foi colhido até então, limitando-se, oportunamente, ao normal desenrolar do processo, com a formação da prova, sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa.

O Instituto Brasileiro de Direito Processual em suas propostas de melhoria ao Projeto de Lei 156, de 2009, apontou a mencionada falha e sugeriu a alteração para que a competência do juiz das garantias não se encerre com o oferecimento da denúncia, mas que seja ele o responsável pelo recebimento ou rejeição da denúncia, passando ao juiz da causa a ação penal já instaurada e a relação processual já plenamente formada.

Maurício Zanoide de Moraes sustenta que ao conferir ao juiz das garantias a competência para o recebimento da denúncia, impedir-se-ia que o juiz da causa formasse o seu convencimento com os elementos de prova produzidos durante a fase da investigação preliminar, ressaltando-se, por óbvio, os elementos de informação urgentes e irrepetíveis e o material utilizado como base decisória do juiz das garantias para a decretação de medidas cautelares e que forem revistas durante a instrução, como já analisado<sup>294</sup>.

É preciso pontuar, contudo, que o tema não passou em branco pela comissão de juristas responsável pelos trabalhos, sendo certo que foi opção consciente em nome da tradição processual e o risco de não compreensão imediata dos operadores diante de tantas mudanças, devendo vencer o teste de ser compreendida e apoiada nos seus aspectos principais como enfatizou Fabiano Augusto Martins Silveira, um dos membros da comissão redatora do Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal<sup>295</sup>.

A despeito da questão estratégica apontada pelos idealizadores do novo Código, melhor seria, por tudo o que foi exposto, que fosse

---

<sup>294</sup> Maurício Zanoide de Moraes. *Quem tem medo do “juiz das garantias”?* Boletim IBCCRIM. São Paulo, edição especial sobre o Código de Processo Penal, agosto 2010.

<sup>295</sup> Fabiano Augusto Martins Silveira. *O Código, as cautelares e o juiz das garantias*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 183, julho/setembro de 2009.

conferida a competência ao juiz das garantias para o recebimento ou rejeição da peça acusatória, para a consolidação do modelo acusatório e fortalecimento do novo instituto.

### **6.5.7 – A questão orçamentária e as comarcas com apenas um juiz**

Crítica recorrente, ainda mais em tempos de grave crise econômica como o em que vivemos na atualidade, diz respeito ao aumento excessivo no orçamento público, na medida em que a sua implementação redundaria em grande aumento do número de magistrados<sup>296</sup> para a realização das mesmas tarefas que o atual modelo já o faz, sendo certo que necessitaria, ao menos, a duplicidade do número de magistrados nas comarcas com apenas um juiz, fato recorrente em um país de dimensão continental<sup>297</sup>, com grande capilaridade e com regiões de difícil acesso e, por vezes, pouquíssimo povoadas.

Antes de mais nada, é preciso salientar que o argumento estrutural é sempre recorrente quando da análise de qualquer proposta de mudança, sendo o mais famoso deles, em sede processual penal, a Exposição de Motivos do atual Código de Processo Penal, que justificou, expressamente, a não adoção do juizado de instrução com a justificativa de apenas ser praticável sob a condição de que as “distâncias dentro do território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para

---

<sup>296</sup> Urge o aumento do número de juízes, sendo certo que o Brasil ostenta menos de dez juízes para cada cem mil habitantes, índice muito abaixo dos países de primeiro mundo, que ostentam índices próximos a vinte juízes a cada cem mil habitantes.

<sup>297</sup> Segundo o Procurador de Justiça Aposentado Carlos Frederico Coelho Nogueira, “há, em vários Estados tupiniquins, comarcas e sedes de seções e subseções judiciárias que se distanciam, das mais “próximas”, centenas de quilômetros (como no Amazonas, no Pará, no Acre, em Rondônia, em Tocantins, em Roraima, no Amapá, no Maranhão, no Piauí etc.), muitas delas acessíveis apenas por barco, o que faz com que o envio de documentos de uma para outra dure às vezes até uma semana ou mais... Imaginemos inquéritos policiais tramitando incessantemente entre comarcas (ou seções, ou subseções judiciárias) longínquas umas das outras, muitas vezes para que o juiz das garantias de uma delas decida sobre um pedido urgente, emanado da Polícia ou do MP de outra, de busca domiciliar, de prisão preventiva, de prisão temporária, de interceptação telefônica etc. Evidentes as dificuldades logísticas, não somente nos locais anteriormente citados, como em praticamente todo o Brasil, inclusive no Estado de São Paulo, onde até a tramitação de cartas precatórias é problemática, ainda mais de inquéritos policiais.” (*O Aberrante Juiz de Garantias no Novo Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: 2010)

atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juizados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiquidade. De outro modo, não se compreende como poderia presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona da jurisdição, a grande distância uns dos outros e da sede da comarca, demandando, muitas vezes, com os morosos meios de condução ainda praticados na maior parte do nosso *hinterland*, vários dias de viagem. Seria imprescindível, na prática, a quebra do sistema: nas capitais e nas sedes de comarca em geral, a imediata intervenção do juiz instrutor, a continuação do sistema atual”<sup>298</sup>.

Da mesma forma, com a publicação dos trabalhos da comissão, logo surgiram as primeiras críticas, no mesmo sentido das discussões do século passado, citando-se, em primeiro lugar o problema das comarcas com apenas um juiz, ou seja, não se discutiu o mérito da proposta, mas apenas questões de exequibilidade, deixando de analisar o tema pelo o que representa de mudança para o sistema processual penal.

Em um primeiro momento, falava-se apenas em formas de substituição, deixando o problema para as normas de organização judiciária, como estava prescrito no artigo 678 da redação original da proposta: “nas Comarcas onde houver apenas um juiz, as normas de organização judiciária disciplinarão formas de substituição, de modo que seja observada a regra de impedimento do artigo 17”.

Segundo Fabiano Augusto Martins Silveira, a Comissão de Juristas se viu diante de um dilema: “excepcionar a regra de impedimento em relação às comarcas com apenas um juiz, agredindo a noção de sistema, ou conferir liberdade à organização judiciária para construir as soluções mais adequadas a sua realidade (por exemplo, a permuta entre juízes de comarcas vizinhas, um juiz das garantias itinerante, um juiz das garantias regional, o destacamento de juízes auxiliares etc.). Prevaleceu esta última fórmula, que, afinal, veio a gerar muitas inquietações”<sup>299</sup>.

---

<sup>298</sup> Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, de 1941.

Em um segundo momento, após muitas críticas, apresentou-se uma nova solução, qual seja, a fixação da *vacatio legis* em seis anos para a comarcas com apenas um magistrado e em três anos para as demais, conforme artigo 701 do Substitutivo da Comissão Temporária ao Projeto de Lei 156, de 2009: “este Código entra em vigor no prazo de seis meses após a sua publicação. Parágrafo único. A regra de impedimento de que trata o artigo 16 entrará em vigor no prazo de 3 (três) anos após a publicação desde Código, e em 6 (seis) anos, se se tratar de comarca onde houver apenas 1 (um) juiz”.

Mesmo com a fixação de um prazo extenso, o Conselho Nacional de Justiça, na Nota Técnica nº10, de 2010, ponto 8, fez dura crítica também pautada no argumento da impossibilidade operacional, em especial nas comarcas com apenas um juiz: “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 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

---

<sup>299</sup> Fabiano Augusto Martins Silveira. *O juiz de garantias entre os caminhos da reforma do código de processo penal* in *Processo penal, constituição e crítica - estudos em homenagem ao prof. dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, pp. 261-262.

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”.

Após toda essa discussão, passou-se a costurar uma terceira solução no Senado Federal, negociada com diversos setores da sociedade civil e do Poder Judiciário, conforme redação do artigo 748 do texto final aprovado em 7 de dezembro de 2010: o impedimento previsto no artigo 16 não se aplicará às comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas um juiz, enquanto a respectiva lei de organização judiciária não dispuser sobre a criação de cargo ou formas de substituição.

Trata-se de uma solução que não elimina a figura em questão e estabelece uma noção de gradação, sem a fixação de prazos, confiando no sucesso da proposta nos grandes e médios centros, difundindo-se, naturalmente, para todo o território nacional, aos poucos. Com isso, encerra-se com esta polêmica que não quer discutir o mérito e apenas se funda em situação formal, apostando-se no conteúdo, na valorização dos direitos fundamentais e na homenagem à imparcialidade como fundamento para um sistema processual verdadeiramente acusatório.

Importante mencionar, depois dessas explicações sobre a atual conjuntura, que a irreversível e crescente digitalização do processo facilita, sobremaneira, tal situação, na medida em que o feito pode ser acessado, instantaneamente, em qualquer localidade, com total acesso a todos os documentos, inclusive vídeos e áudios, por outro magistrado, por exemplo, da comarca contígua, da sede da circunscrição, por juiz substituto, auxiliar ou até mesmo itinerante, como já se falou.

A digitalização, especialmente no Estado de São Paulo, ganha corpo e os *softwares* passam por contínuo aprimoramento, assim como se discute em sede do Ministério Público, a criação de estrutura digital própria, idealizada em conformidade com o modelo adotado pelo Poder Judiciário, mas customizada com nossa

atual realidade e necessidades, permitindo, da mesma forma, uma maior celeridade processual e um ganho a toda população.

Em pouquíssimo tempo, todos os Inquéritos Policiais estarão digitalizados, assim como ocorrerá com os processos criminais, incluindo os volumosos autos da execução criminal, mediante grande esforço conjunto da Polícia Civil, do Ministério Público e do Poder Judiciário, bastando, depois de devidamente regulamentado, um clique para que o feito esteja, em tempo real, na tela do juiz responsável pela análise, por exemplo, de uma medida cautelar durante a fase da persecução preliminar.

#### **6.5.8 – Juiz defensor**

Outra crítica reiterada diz respeito à criação de um juiz defensor, que substituiria o juiz acusador, que hoje está em vigor no atual Código de Processo Penal.

Para os críticos que comungam desta opinião, o juiz das garantias seria criado para defender o acusado, hipossuficiente, que estaria em situação de vulnerabilidade por conta da acusação.

Com base neste entendimento, temos a posição do Promotor de Justiça José Ademir Campos Borges que vê na criação e desenvolvimento da Defensoria Pública a desnecessidade da reforma processual penal: “enfim, a construção de uma defensoria pública bem estruturada, certamente, dispensaria a criação desse luxo perdulário que se pretende incrustar na magistratura e traria melhores e maiores benefícios a serviço da sociedade e ao processo penal, sem maiores entraves à investigação policial... Abaixo, pois, o juiz de garantias<sup>300</sup>”.

---

<sup>300</sup> José Ademir Campos Borges. *Juiz de garantias: luxo ou necessidade?* Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18227>>. Acesso em: 07 de junho de 2012.

Nem uma coisa, nem outra. Como vimos ao longo do trabalho, a reforma significará a consolidação do modelo acusatório, com o aprimoramento do princípio da imparcialidade, que significará um grande fortalecimento dos direitos fundamentais durante a persecução preliminar. É uma construção sistemática que nada tem a ver com o trabalho realizado pelo defensor, responsável pela defesa técnica do acusado durante toda a persecução. A ideia de um juiz das garantias é muito mais ampla do que a defesa do interesse individual do cidadão acusado, mas, sim, um aprimoramento do sistema para que o procedimento, de uma forma geral, seja aprimorado e desenvolvimento, em nome de todos.

Como vimos, há intrínseca relação entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento, sendo tarefa de todos o aprimoramento e a consolidação do modelo acusatório, competindo a cada um dos atores do processo penal exercer o seu papel de forma independente e equilibrada<sup>301</sup>.

Além disso, cumpre destacar que não haverá decréscimo no número de condenações e muito menos impunidade. Com a criação do juiz das garantias e a consolidação do Projeto de Audiência de Custódia, haverá uma sensível diminuição das alegações de tortura e maus tratos em sede policial, quando do processo criminal propriamente dito.

Da mesma forma que a violação dos direitos fundamentais, em sede de persecução preliminar, é um problema gravíssimo a ser resolvido, com urgência, não podemos deixar de citar que impressionante número de acusados, depois de orientados pela defesa técnica, sustenta em juízo que apenas confessaram a prática delitiva porque foram torturados e obrigados a assinar o termo forjado pela Autoridade Policial.

Sem dúvida alguma, tais inovações, assim como a gravação dos atos realizados na Delegacia de Polícia e a efetiva mudança de mentalidade dos operadores do direito no tocante à punição pelos crimes de falso testemunho e

---

<sup>301</sup> Marcos Alexandre Coelho Zilli. *Os atores e seus papéis*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, edição especial sobre o Código de Processo Penal, agosto 2010.

denúncia caluniosa, significariam uma grande melhoria no serviço público prestado e garantiriam muito mais confiabilidade da população no Poder Judiciário.

#### **6.5.9 – Fim da atividade policial**

Logo que o primeiro esboço dos trabalhos da Comissão de Juristas veio à tona, imediatamente surgiu ferrenha crítica por parte de alguns Delegados de Polícia e suas respectivas Associações de classe, no sentido de que o Projeto seria inconstitucional, porque violaria o artigo 144, da Constituição Federal, 1988.

Além disso, também foi dito que o objetivo principal do Projeto 156, de 2009 seria acabar com a Polícia Judiciária no Brasil, o que não procede, já que, como vimos quando da análise da persecução preliminar, o legislador tinha outras opções para o comando das investigações e optou por manter o atual padrão, com reformas estruturais, que a fortalecem e revigoram<sup>302</sup>.

Não há espaço para interferência do magistrado nas investigações ou nas atividades próprias da acusação e da defesa, sem qualquer atuação de ofício como já ocorreu com as medidas cautelares e com a possibilidade de requisição de inquérito policial.

---

<sup>302</sup> Priscilla Placa Sá. *Juiz de garantias: breves considerações sobre o modelo proposto no projeto de lei do Senado 156/2009* in *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 160.

### 6.5.10 – Tipicidade das hipóteses de configuração do impedimento

Como vimos, o artigo 14 previu uma série de situações, em rol exemplificativo, das atribuições do juiz das garantias, em clara preocupação com a preservação do princípio da imparcialidade e da consolidação do sistema acusatório, duas das três justificativas da Exposição de Motivos.

A opção reformista foi, como já destacado, pela total separação da atividade judicial da fase preliminar e da fase processual, com o intuito de evitar qualquer contaminação, qualquer prejulgamento, porque entende o magistrado ter definido seu convencimento, tanto para a absolvição, quanto para a condenação, já na fase preliminar, antes da fase instrutória propriamente dita, perante a autoridade judicial, em contraditório e ampla defesa.

Mauro Fonseca Andrade aponta, equivocadamente, que a preocupação com imparcialidade na fase processual não orientou também o raciocínio para a fase preliminar. Para o Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul, o Projeto deveria, também, em nome da lógica, impedir a atuação do juiz das garantias a cada ato praticado previsto no artigo 14: “melhor explicando, se cada hipótese arrolada pelo projeto determina, por si só, o rompimento do princípio acusatório, então por simples lógica, após a incidência de apenas uma dela, um novo magistrado deveria ser chamado para atuar na fase de investigação, substituindo aquele que já haveria aderido à visão acusatória. Teríamos, assim, um juiz das garantias encarregado de receber um ofício, um segundo juiz para autorizar a interceptação telefônica, um terceiro que decretaria a prisão temporária, um quarto a decretar a prisão preventiva, e assim por diante. Do contrário, deveremos aceitar que há dois parâmetros de imparcialidade estabelecidos no projeto”<sup>303</sup>.

A crítica acima desvirtua a ideia central do projeto que tem como escopo preservar a fase processual e criar a figura de um controlador da legalidade

---

<sup>303</sup> Mauro Fonseca Andrade. *Juiz das garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 109.

da investigação, que não perderá sua imparcialidade porque não investiga, porque não age de ofício e porque não julgará o mérito, ao final, uma vez que está expressamente impedido, rompendo a regra da prevenção hoje em vigor.

## **6.6 – Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária da Capital e audiências de custódia**

Neste momento, cumpre tecer alguns comentários sobre o modelo aplicado na Comarca de São Paulo, mais especificamente a gestão dos inquéritos policiais por meio do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária da Capital e o recente projeto das Audiências de Custódia.

O Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária da Capital (DIPO) foi criado por meio da resolução 11, de 1985 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e é composto por um Juiz Diretor e Juízes Auxiliares da Capital, devidamente nomeados<sup>304</sup>.

Indiscutível, como reconheceu um dos membros da Comissão de Juristas, Fabiano Augusto Martins Silveira, a influência dos mencionados Departamentos de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária de São Paulo, Belo Horizonte e Curitiba<sup>305</sup>, como fator de otimização, especialização e celeridade da jurisdição criminal, com o distanciamento do juiz do processo com a investigação preliminar.

---

<sup>304</sup> A estrutura do DIPO sempre gerou muitos questionamentos, sendo interessante citar a manifestação encaminhada à Egrégia Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por Flávia Rahal Bresser Pereira, então Presidente do Instituto do Direito de Defesa, que sustentava a violação do juiz natural: “no que se refere à estrutura do DIPO, realmente merece destaque a sua composição por juízes auxiliares nomeados. É premente a observância do previsto no artigo 93, inciso II, de nossa Constituição Federal, assegurando-se que o exercício da magistratura se dê somente mediante o acesso por merecimento ou antiguidade, alcançando-se, assim, a independência e a imparcialidade, advindas da inamovibilidade, sob o risco de ficar o juiz submetido à sorte das ocasiões, uma vez que lhe é subtraída a garantia constitucional de que só deixará de ali judicar por vontade própria, ou por motivo disciplinar”.

<sup>305</sup> Fabiano Augusto Martins Silveira. *O Código, as cautelares e o juiz das garantias*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 183, julho/setembro de 2009.

A despeito de tantas similitudes, existe uma diferença essencial entre o modelo de São Paulo atual, mesmo com as Audiências de Custódia e o Juiz das Garantias projetado no Código de Processo Penal em tramitação no Congresso Nacional: no modelo atual, o juiz que trabalha na investigação preliminar ainda atua como um gerente do Inquérito Policial, sendo possível, por exemplo, requisitar a abertura de procedimento administrativo investigatório, interferir no prazo em que os autos permanecerão em cartório, indeferir e solicitar diligências; o juiz das garantias, por sua vez, agirá mediante provocação, em casos em que a investigação atinja direitos fundamentais do investigado.

Em suma, o juiz das garantias não é um gerente da investigação, mas, sim, um controlador da sua legalidade.

#### **6.6.1 – Audiência de custódia**

O artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas prevê que qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.

No mesmo sentido, o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, estabelece que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de 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”.

A análise dos mencionados dispositivos suscita uma série de questionamentos envolvendo o papel do Direito Internacional dos Direitos Humanos: saber se o direito do preso em flagrante ser apresentado, sem demora, à autoridade judiciária figura em nosso ordenamento jurídico, se ostenta aplicabilidade imediata e qual a hierarquia da mencionada norma.

Respondidas estas questões, é preciso descrever a instalação do projeto no Brasil e a sua importância para o tema do juiz das garantias, sua importância para o juiz competente para atuar durante a persecução preliminar.

#### **6.6.1.1 – Carta internacional de direitos humanos e sistema interamericano de direitos humanos**

A Carta da Organização das Nações Unidas, de 1945, verdadeiro marco do século XX, estabeleceu o respeito dos direitos humanos como uma das obrigações da própria Organização das Nações Unidas e dos Estados membros. Entretanto, a Carta da Organização das Nações Unidas não estabeleceu esses direitos, o que foi destinado à Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, representa uma ruptura com o cenário de Guerras e atrocidades cometidas na primeira metade do século XX. Trata-se de um documento de convergência muito denso e que consagra a universalidade e a interdependência dos direitos fundamentais em suas mais diversas gerações. Para Flávia Piovesan, a Declaração Universal dos Direitos do Homem surgiu como um “código de princípios e valores universais a serem respeitados pelos Estados. Ela demarca a concepção inovadora de que os direitos humanos são direitos universais, cuja proteção não se deve reduzir ao domínio reservado ao Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos a pertença à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade humana como

fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana é concepção que posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos”<sup>306</sup>.

Apesar de sua fundamental importância para a história da humanidade, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 foi alvo de uma interminável discussão a respeito de sua natureza jurídica: mera resolução, tratado internacional, apêndice da Carta da Organização das Nações Unidas.

Nesse sentido, vale destacar a lição sempre precisa do Professor da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Oscar Vilhena: “se por um lado Truman acertou ao antever a importância que a Declaração de 1948 assumiria no cenário político internacional, errou rotundamente no que se refere à força jurídica da Declaração. Muito mais tensa do que a discussão sobre o conteúdo do documento foi a decisão sobre seu status jurídico: se um tratado multilateral, um apêndice à Carta da ONU, ou uma simples resolução da Assembleia Geral, sem capacidade de vincular a conduta dos Estados, o que acabou prevalecendo. Como pretendia o bloco comunista, acompanhado pelos Estados Unidos, a Declaração não nasceu com pretensão de obrigar juridicamente os Estados. Além das divergências ideológicas, não queriam as superpotências ver suas soberanias limitadas por qualquer forma de agência internacional de fiscalização de suas práticas domésticas. A Declaração de 1948, talvez por não ter alcançado força jurídica recebeu um amplo reconhecimento por parte da comunidade internacional. A Declaração foi aprovada pela unanimidade de países membros das Nações Unidas, com a abstenção de apenas oito Estados.”<sup>307</sup>

Em razão da posição dominante de que a Declaração Universal dos Direitos do Homem não tem força jurídica obrigatória vinculante de um tratado internacional, a comunidade internacional iniciou um grande debate que culminou com a conclusão de que a Declaração deveria ser juridicizada sob a forma de

---

<sup>306</sup> Flávia Piovesan. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.80.

<sup>307</sup> Oscar Vilhena Vieira. *A gramática dos Direitos Humanos*, in *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, n. 4, julho/setembro de 2002, p.25.

um tratado internacional, até que em 1966 foram assinados dois importantes tratados internacionais: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Flávia Piovesan entende que a conjugação da Declaração de 1948 com os dois Pactos citados resulta na “Carta Internacional dos Direitos Humanos, ou na International Bill of Rights, que traduz a mais significativa expressão do movimento internacional dos direitos humanos”<sup>308</sup>.

Para o presente trabalho, vale mais a pena destacar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução n.º 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil somente em 24 de janeiro de 1992. Segundo este tratado, com base em seu artigo, 9º, item 3, qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.

O sistema interamericano de direito humanos, por sua consiste, basicamente, em dois regimes jurídicos de suma importância: a Carta de Organização da OEA e a Convenção American de Direitos Humanos. A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi assinada em 1969 no citado país, e entrou em vigor somente em 1978. Dos 35 Estados membros da Organização dos Estados Americanos, 24 são hoje parte da importante Convenção. O Brasil aderiu à Convenção em 1992 e somente reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998. A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê, em seu artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, estabelece que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em

---

<sup>308</sup> Flávia Piovesan. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84.

liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

Ainda no tocante ao tema do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a doutrina costuma citar a importante Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Organização das Nações Unidas em 28 de setembro de 1984, a qual está intimamente ligada à persecução preliminar. Esta Convenção, em consonância com os postulados do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ampliou significativamente o conceito de tortura<sup>309</sup>, estabelecendo que o termo tortura designa “qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.”

---

<sup>309</sup> Por mais que o Brasil tenha ratificado a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes em 1989 e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura em 1989, somente em 1997 o Brasil aprovou a Lei nº 9.455, que define o crime de Tortura; até esta data, a nefasta prática era punida como lesão corporal ou como constrangimento ilegal. Ainda sobre a Convenção, cumpre destacar a lição da Professora Flávia Piovesan: “ao comparar a definição de tortura da Lei nº 9.455/97 e a da convenção, dois aspectos merecem destaque: 1º) a lei brasileira restringe o fator discriminação racial e religiosa, enquanto a convenção menciona discriminação de qualquer natureza; 2º) a lei brasileira não requer, como faz a convenção, a vinculação do agente ou responsável pela tortura com o Estado, quer direta ou indiretamente. Quanto ao primeiro aspecto, entende-se descabida a restrição imposta pela lei brasileira, na medida em que qualquer discriminação deveria ser considerada, e não apenas a racial ou religiosa. Note-se, por exemplo, que no País há elevado número de denúncias envolvendo discriminação por orientação sexual das vítimas. No que se refere ao agente da tortura, a lei brasileira determina ser causa de aumento de penal ser o crime cometido por agente público, nos termos do artigo 1º, § 4º, I. Isto é, para a caracterização do crime, não é necessário que o agente seja agente público. Essa concepção transcende a própria concepção introduzida pela convenção, que demanda, necessariamente, para a configuração do crime de tortura, a qualidade de agente público. Parece mais adequada a definição da convenção, ainda que mais ampla se mostre a definição nacional. Isto porque a gravidade da tortura e o fato de ser considerada crime contra a ordem internacional justifica-se na medida em que sua prática revela a perversidade do Estado, que de garante de direitos, passa a ter em seus agente brutais violadores de direitos.” (Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e Direito Internacional Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 196)

Dessa forma, fica claro que a Convenção prevê três elementos essenciais neste conceito, conforme estabelece a Professora Flávia Piovesan: “a) a inflição deliberada de dor ou sofrimentos físicos ou mentais; b) a finalidade do ato (obtenção de informações ou confissões, aplicação de castigo, intimidação ou coação e qualquer outro motivo baseado em discriminação de qualquer natureza); c) a vinculação do agente ou responsável, direta ou indiretamente, com o Estado”<sup>310</sup>.

No artigo 11 da mesma Convenção de 1984, destacamos uma importante orientação em nome das garantias fundamentais: “cada Estado Membro manterá sistematicamente sob exame as normas, instruções, métodos e práticas de interrogatório, bem como as disposições sobre a custódia e o tratamento das pessoas submetidas, em qualquer território sob a sua jurisdição, a qualquer forma de prisão, detenção ou reclusão, com vistas a evitar qualquer caso de tortura”.

#### **6.6.1.2 – Breves considerações sobre a formação e incorporação dos tratados internacionais**

O artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”<sup>311 312</sup>.

---

<sup>310</sup> Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e Direito Internacional Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 195-196.

<sup>311</sup> “De acordo com a interpretação mais afinada com o espírito da norma contida no artigo 5º, parágrafo segundo, da Constituição Federal de 1988, vale lembrar que a abertura material do catálogo de direitos fundamentais abrange tanto direitos expressamente positivados em outras partes do texto constitucional quando sediados em tratados internacionais, incluindo, de resto, os assim (genericamente) designados direitos implícitos, no sentido de posições jusfundamentais não amparadas em texto constitucional expresse (portanto, direitos não explicitados), aos quais o Constituinte se referiu ao mencionar direitos decorrentes do regime e dos princípios da Constituição”. (Ingo Wolfgang Sarlet, *Os direitos fundamentais, a reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal*. Revista da AJURIS. Rio Grande do Sul, ano XXXIII, n.102, junho de 2006, p.186)

O tratado internacional, enquanto acordo juridicamente obrigatório e vinculante dos Estados e das Organizações Internacionais, é a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. Trata-se de um termo genérico que congrega as espécies dos acordos internacionais: Cartas, Pactos e Convenções.

A Convenção de Viena<sup>313</sup>, assinada em 23 de Maio de 1969 e também chamada de a “Lei dos Tratados”, é a responsável por disciplinar e regular o processo de formação dos tratados internacionais entre os Estados soberanos.

---

<sup>312</sup> Ainda no tocante ao parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, é preciso destacar, para o bom entendimento do tema, que a expressão ‘tratados internacionais’ foi utilizada de forma bem ampla, abarcando os pactos, convenções e os demais instrumentos de direito internacional. Não cabe, nesse ponto, uma interpretação restritiva da expressão, uma vez que os principais documentos internacionais sobre o tema não se enquadram na categoria jurídica ‘tratados internacionais’ e estaríamos, assim, restringindo, por demais, o alcance do citado parágrafo segundo, que outra função não tem senão a ampliação de outros direitos e garantias fundamentais em nosso ordenamento jurídico. No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet acrescenta que “o objetivo precípua da consagração, pela nossa Carta, do princípio da não-tipicidade na esfera dos direitos fundamentais certamente não é o de restringir, mas, sim, o de ampliar e completar o catálogo dos direitos fundamentais, integrando, além disso, a ordem constitucional interna com a comunidade internacional, solução que, aliás, corresponde às exigências de uma ordem internacional cada vez mais marcada pela interdependência entre os Estados e pela superação da tradicional concepção da soberania estatal.” (Ingo Wolfgang Sarlet, *Os direitos fundamentais, a reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal*. Revista da AJURIS. Rio Grande do Sul, ano XXXIII, n.102, junho de 2006, p.188)

<sup>313</sup> Cumpre destacar que mesmo depois de mais de quarenta anos, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados “não havia sido ainda aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro. No Brasil, somente em 22 de abril de 1992 foi que o Poder Executivo, coma Mensagem 116, encaminhou o texto da Convenção de 1969 à apreciação do Congresso Nacional. A Mensagem presidencial foi aprovada na Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados em 2 de dezembro do mesmo ano, tendo sido transformada no Projeto de Decreto Legislativo 214/92, após aprovação unânime do parecer do relator, Deputado Antônio Carlos Mendes Thame, em que recomendava a aprovação da Convenção, mas com reservas aos artigos 25 e 66. Desde outubro de 1995, a matéria – tema do Projeto de Decreto legislativo 214-C/92, aprovado pela Comissão de relações Exteriores da Câmara dos Deputados – encontrava-se pronta para a *Ordem do Dia*, tendo nessa situação permanecido até 19 de junho de 2007, quando então foi reaberta em turno único, mas sem apreciação naquele dia. Em várias outras oportunidades, durante os anos de 2007 (julho, agosto e setembro) e 2008 (novembro), a matéria foi reaberta e encerrada até voltar à pauta da Câmara dos Deputados em 14 de maio de 2009, quando finalmente foi aprovada e encaminhada ao Senado Federal. Na Câmara Alta a Convenção foi aprovada em 15 de julho de 2009, tendo sido ao final promulgado o Decreto Legislativo 496, de 17 de julho desse mesmo ano. Nesse mesmo dia, pelo ofício 1.401 a Secretaria de Expediente do Senado encaminhou a Mensagem 160/2009 ao Presidente da República participando a promulgação da Convenção, faltando agora somente a ratificação presidencial para que a Convenção entre formalmente em vigor no Brasil. Como se percebe, mais de quarenta anos se passaram até que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados fosse aprovada pelo Parlamento brasileiro, e a nossa esperança é que seja rapidamente ratificada pelo Presidente da República. Contudo, ainda que a Convenção tenha sido (até o momento) ratificada pelo Brasil, o mais interessante é que o governo brasileiro (vg., o próprio Ministério das Relações Exteriores) tem se utilizado oficialmente da

É possível, no que se refere ao processo de formação dos tratados, a identificação de quatro diferentes fases: assinatura, análise do Poder Legislativo, ratificação e depósito<sup>314</sup>.

A assinatura representa o primeiro momento e nada mais é do que um simples aceite, precário e provisório, dos chefes de cada Poder Executivo, representando a concordância na forma e no conteúdo final do texto acordado. No Brasil, destaca-se o artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal que estabelece a competência privativa do Presidente da República para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

A segunda fase, tendo em vista a Separação de Poderes e o corolário dos freios e contrapesos, essencial ao Estado Democrático de Direito, é pautada pela análise e, conseqüente, aprovação do Poder Legislativo, como se nota da análise do inciso I, do artigo 49 da Constituição Federal: “é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Em um terceiro momento, destaca-se a ratificação pelo Poder Executivo, que simboliza o aceite definitivo do Estado aos termos do tratado. Por

---

Convenção de 1969 nas suas atividades relativas a tratados internacionais. É o que se conclui da leitura do Manual de Procedimentos, Atos Internacionais e Prática Diplomática Brasileira, divulgado pelo Departamento Consular e Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, desde 1984”. (Valério de Oliveira Mazzuoli. *Breves Notas à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969* in *Comentários à Reforma Criminal de 2009*. São Paulo: RT, 2009, pp.117-118)

<sup>314</sup> A despeito do modelo enunciado, cabe ressaltar a existência de uma forma simplificada para os acordos internacionais chamada de *executive agreements*, segundo a qual, existe apenas uma única fase, consistente na assinatura do acordo, que é suficiente para obrigar as partes no que foi pactuado. Enquanto o modelo tradicional está regulamentado pelo artigo 13 e seguintes da citada Convenção, o modelo abreviado se encontra no artigo 12 da mesma Convenção de 1969. Segundo a lição de Valério de Oliveira Mazzuoli, “tais acordos advêm da prática norte-americana em não submeter determinados atos internacionais ao crivo do Senado (sistema do *fast track*), levando-se em consideração a morosidade das câmaras legislativas e a crescente intensificação das relações internacionais, que demanda resposta rápida na solução de problemas de interesse imediato, não podendo ficar na pendência de um referendo que pode vir a destempero, o que implicaria em entrave às relações exteriores” (*Breves Notas à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969* in *Comentários à Reforma Criminal de 2009*. São Paulo: RT, 2009, p.122)

fim, a quarta e última etapa se refere ao depósito do tratado em um órgão internacional para a sua devida custódia.

De acordo com a lição de Flávia Piovesan, “discute-se ainda se após a ratificação seria necessário um ato normativo interno, a fim de que o tratado passasse a irradiar efeitos também no plano nacional. Vale dizer, discute-se a necessidade de ato jurídico nacional que transportaria o conteúdo do tratado internacional para o plano do ordenamento jurídico interno, reproduzindo-o sob a roupagem de ato normativo interno”<sup>315</sup>.

A discussão em questão representa um secular debate entre duas teorias que norteiam o Direito Internacional: a teoria monista e a teoria dualista. Segundo teoria monista, o direito internacional e o direito interno formam um único ordenamento jurídico, bastando, assim, a ratificação do tratado internacional para que os seus efeitos jurídicos possam obrigar tanto no plano externo como no plano interno; para a teoria dualista, no sentido contrário, fala-se em duas ordens jurídicas distintas e incomunicáveis, sendo, portanto, indispensável, a edição de ato normativo para que os efeitos jurídicos possam ser sentidos no plano interno.

Como se vê, a teoria monista é a forma ideal para que os tratados internacionais ganhem efetividade no ordenamento jurídico interno; destaca-se, neste sentido, que a maioria dos países europeus, os Estados Unidos da América do Norte e alguns países da América Latina adotam o modelo da teoria monista. No ordenamento jurídico pátrio, contudo, não há menção alguma sobre o modelo adotado, o que dá margem para uma intensa discussão jurisprudencial e doutrinária.

A doutrina e a jurisprudência dominantes entendem que em função da lacuna constitucional o Brasil adota o modelo dualista, fazendo-se, assim, necessário a edição de um ato normativo que, segundo a tradição brasileira, é de competência do Executivo.

---

<sup>315</sup> Flávia Piovesan. *A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro* in *O sistema interamericano de proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 156.

Ressalte-se, a respeito dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, a posição minoritária da Professora Flávia Piovesan, com base no artigo 5º, parágrafo primeiro: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, ou seja, após a ratificação do tratado internacional, independentemente de qualquer ato normativo, o tratado internacional que verse sobre direitos humanos terá aplicação imediata. Para esta posição, a Constituição Federal de 1988 adota um modelo misto: os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos fundamentais terão aplicação imediata, enquanto que para os outros tratados, a sistemática cumpre as regras do modelo dualista.

No tocante à hierarquia dos tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos, é pacífico o entendimento que ingressam em nosso ordenamento jurídico com uma natureza jurídica de lei ordinária, sendo alterado por conta de uma lei posterior, contrária ou especial sobre o tema.

A controvérsia se dá no tema da hierarquia dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e que não passaram pelo processo formal introduzido pela Emenda Constitucional nº45, que introduziu o parágrafo terceiro ao artigo 5º. Para a corrente mais progressista, liderada por Flávia Piovesan, Cançado Trindade e Fábio Konder Comparato, adota-se, também, um modelo misto para tratar da hierarquia: os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e não passaram pelo procedimento formal previsto na Emenda Constitucional nº45, recebem tratamento constitucional, enquanto que os demais tratados têm hierarquia de legislação federal (ficando, assim, submetidos ao princípio de que lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível).

Para uma segunda corrente, mais conservadora, os tratados internacionais sobre direitos humanos ingressam em nosso ordenamento com a hierarquia de lei federal. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 80.004, em 1977, fixou o entendimento (ratificado em 1995, por ocasião do julgamento de caso relativo à prisão civil de depositário infiel, abolida pelo Pacto de São José da Costa Rica) de que os tratados internacionais entram no ordenamento jurídico brasileiro com a hierarquia de lei federal. Sendo assim, admitiu-se que um

tratado internacional pode ser derogado por lei posterior, que verse sobre o mesmo tema, o que simboliza uma grande afronta ao artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que assim dispõe: “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Há, também, uma terceira corrente sobre o tema que, como não poderia ser diferente, adota uma posição intermediária no que se refere às duas correntes anteriores e hoje é a que prevalece no âmbito jurisdicional, depois do posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Para esta corrente, os tratados internacionais sobre direitos humanos não entram em nosso ordenamento nem como norma constitucional, nem como lei ordinária. Segundo esta corrente, os tratados internacionais sobre direitos humanos ingressam em nosso ordenamento com o status de norma supra legal, ou seja, numa posição intermediária entre a norma constitucional e a norma legal.

Vale destacar, no que se refere à terceira corrente interessante passagem de voto do Ministro Gilmar Mendes, defensor dessa corrente: “Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. Em outros termos, solucionando a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quórum especial nas duas Casas do Congresso Nacional -, a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988. Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de ‘supra legalidade’ aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam

dotados de um atributo de ‘supra legalidade’. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”.

A mencionada posição defendida pelo Ministro Gilmar Mendes foi a vencedora e o Supremo Tribunal Federal, que firmou posição pela impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, consagrando a tese de que o Pacto de São José da Costa Rica, Tratado Internacional de Direitos Humanos que não se submeteu às formalidade do artigo 5º, parágrafo terceiro da Constituição Federal, tem hierarquia superior à legislação ordinária: possuir hierarquia superior à legislação ordinária significa dizer que leis ordinárias anteriores ou superiores ao Tratado Internacional de Direitos Humanos que com ele colidirem não terão eficácia jurídica.

Feitas estas colocações, já temos um panorama do tema em questão, na medida em que o fundamento da audiência de custódia se encontra no Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 7º, item 5, como vimos, devendo prevalecer sobre o Código de Processo Penal atual ou futuro.

### **6.6.1.3 – Prisão em flagrante delito e o direito de ser apresentado ao juiz**

A análise pura e simples da legislação ordinária reformada em 2011 e do texto constitucional nos direciona à prisão em flagrante sem a apresentação à autoridade judiciária: ressalvada a prisão em flagrante delito, ninguém poderá ser preso, senão por ordem judicial devidamente fundamentada (inciso LXI), sendo a prisão comunicada imediatamente ao juiz e à família do preso (inciso LXII), que também terá direito à defesa técnica (inciso LXIII), bem como à identificação dos responsáveis pela prisão.

De acordo com a já mencionada reforma processual de 2011, a prisão em flagrante delito perdeu sua autonomia como medida cautelar apta, de *per si*, a lastrear o cerceamento da liberdade do indivíduo durante toda a persecução penal.

Destarte, transmudando-se o instituto para uma feição nitidamente pré-cautelar, é preciso analisar a sua eventual conversão em prisão preventiva, com o preenchimento de todos os requisitos legais, pode meio de uma decisão fundamentada, depois de ouvido o Ministério Público: “HABEAS CORPUS. POSSE E DISPARO DE ARMA DE FOGO. FLAGRANTE. MEDIDA PRÉ-CAUTELAR. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. (...) 2. O flagrante justifica-se para impedir a continuidade da prática criminosa. Contudo, não basta por si só. Trata-se de uma medida pré-cautelar, devido à sua precariedade único caso previsto constitucionalmente em que a prisão pode ser realizada por particular ou autoridade policial sem mandado judicial), devendo ser submetida ao crivo do julgador que a homologará ou não. Não está dirigida a garantir o resultado final do processo ou a presença do sujeito passivo. Destarte, é preciso que o magistrado, após requerimento formulado pela acusação, se manifeste acerca da necessidade ou não da prisão cautelar, nos termos do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não sendo possível a conversão automática do flagrante em prisão preventiva. (...)” (TJRS, 7ª Câmara Criminal, Habeas Corpus 70016357089, rel. Des. Nereu Giacomolli, j. 31.08.2006)

Nas Comarcas em que não se implementou o Projeto da Audiência de Custódia, os autos da prisão em flagrante logo são enviados pelo Delegado de Polícia à sede do Poder Judiciário competente para a apreciação do Promotor de Justiça e, depois, para a decisão do magistrado, sem o contato com o preso, que permanece detido e somente será ouvido, no tocante à autodefesa, quando de seu interrogatório judicial.

Mas por tudo o que foi analisado até o presente momento, o ordenamento jurídico pátrio não exige a realização de audiência de custódia para todos aqueles que forem presos em flagrante delito?

Como vimos, o Pacto de São José da Costa Rica prevê expressamente que toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. Trata-se de norma incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, com status constitucional, como defende parte considerável da doutrina, ou supra legal, como pontificou o Supremo Tribunal Federal, mas, em todo caso, com hierarquia superior à legislação ordinária, o que exige um questionamento não sobre sua validade, mas sim a respeito da extensão de seu conteúdo.

No interessante precedente *Tibi X Equador*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em que o comerciante de pedras preciosas Daniel Tibi por detido, sem ordem judicial, pela polícia de Quito, enviado à cidade de Guayaquil, onde permaneceu preso por vinte e oito meses em uma prisão. Durante todo este tempo, foi seguidas vezes torturado para que se declarasse culpado do crime de tráfico de drogas, mesmo tendo se declarado inocente, desde o início.

A Corte definiu, ao final, que “este Tribunal estima necesario realizar algunas precisiones sobre este punto. En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alegó el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente”<sup>316</sup>.

Segundo o citado voto, o direito de ser apresentado ao juiz constitui uma importante forma de controle para evitar capturas arbitrárias e ilegais, e que, além da proteção do direito de liberdade, também assegura e protege outros direitos, como a vida e a integridade pessoal, uma garantia importante em países com histórico de

---

<sup>316</sup> <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

brutalidade policial e tortura, como vimos em capítulo anterior sobre o presente e o passado do Brasil<sup>317</sup>.

Segundo Gustavo Badaró, a definição do conteúdo do direito de ser apresentado ao juiz após a prisão em flagrante delito deve ser analisada sob três planos: a) temporal; b) subjetivo; c) procedimental<sup>318</sup>.

Do ponto de vista temporal, urge delimitar o prazo para a apresentação do detido ao juiz, ou seja, o que seria a expressão “sem demora”, em português, “sin demora”, em espanhol e “promptly”, em inglês?

Gustavo Badaró ressalta que a mesma discussão surgiu no âmbito da doutrina e da jurisprudência internacional dos direitos humanos e que normalmente as legislações internas estabelecem prazos específicos de apresentação, que normalmente variam de vinte e quatro a quarenta e oito horas, sendo certo que o seu início é o momento em que a pessoa é presa e tem privada a sua liberdade, ocorrendo a violação de tal direito quando o detido não é apresentado, quando o prazo não é respeitado, não sendo permitida qualquer forma de exceção, mesmo que seja um episódio de terrorismo ou de investigação em curso.

De qualquer forma, independentemente do padrão a ser adotado pelos países signatários dos mencionados tratados, não existe muita margem para atender e respeitar a expressão sem demora, ou prontamente, exigindo-se, assim, por parte dos responsáveis pela detenção em flagrante a apresentação do detido, para que ele se pronuncie a respeito da prisão cautelar, para que se manifeste a respeito de alguma intercorrência durante as atividades estatais.

Com relação ao aspecto subjetivo, não existe dúvida maior, na medida em que os textos falam em juiz ou autoridade habilitada por lei para exercer as funções judiciais. Por mais que para parcela da doutrina a expressão “outra

---

<sup>317</sup> Gustavo Henrique Righi Ivhay Badaró. *Prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia*. Parecer. São Paulo: 2014.

<sup>318</sup> Gustavo Henrique Righi Ivhay Badaró. *Prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia*. Parecer. São Paulo: 2014.

autoridade judiciária” abra espaço para que não se limite ao juiz <sup>319</sup>, evidente que não existe tal flexibilidade em nosso ordenamento, até porque a Constituição Federal, quando se manifesta a respeito da comunicação da prisão em flagrante e de seu relaxamento em caso de ilegalidade, não abre qualquer exceção e fala explicitamente em juiz, razão pela qual, ilógica qualquer interpretação em contrário, que não exija a apresentação a um magistrado, devidamente investido no cargo.

Com relação ao terceiro plano de análise, que diz respeito ao procedimento para a efetivação do mencionado direito, não há dúvidas de que ser apresentado sem demora ao juiz significa que o deito tem o direito de ser ouvido pelo magistrado a respeito da prisão que se efetivou, se transcorreu tudo corretamente e se não ocorreu qualquer ilegalidade.

Este é o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez X Equador, cuja sentença de 21 de novembro 2007 merece ser parcialmente reproduzida: “por otro lado, la Corte no acepta el argumento estatal referente a que se cumplió con el artículo 7.5 puesto que la Jueza de la causa estuvo presente al momento de las detenciones y ejerció un control judicial directo, dando a entender que no había necesidad de llevar a las víctimas nuevamente ante ella. Aún cuando la presencia de la Jueza podría calificarse como una garantía adicional, no es suficiente por sí misma para satisfacer la exigencia del artículo 7.5 de “ser llevado” ante un juez. La autoridad judicial debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad. En el presente caso no existe evidencia de que esto haya ocurrido”<sup>320</sup>.

No mesmo sentido, no caso Acosta Calderón X Equador, a mesma Corte Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou a respeito do mero

---

<sup>319</sup> Thiago Costa. *Audiência de custódia - avanço ou risco ao sistema acusatório?* Disponível em <http://thiagofscosta.jusbrasil.com.br/artigos/161368436/audiencia-de-custodia-avanco-ou-risco-ao-sistema-acusatorio> Acesso em: 02 de abril de 2015.

<sup>320</sup> [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf)

envio do feito, referente à prisão em flagrante, como ocorre ainda na maioria das Comarcas do país: “los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El simple conocimiento por parte de un juez de que una persona está detenida no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente”<sup>321</sup>.

Trata-se de consagração, também, da ampla defesa, na medida em que, mesmo que não se discuta o mérito da causa, reservado para o processo de conhecimento, o direito tem o direito de exercer a autodefesa, assim como também a defesa técnica, ou seja, deve ser acompanhado por defensor quando da realização dessa audiência de custódia.

#### **6.6.1.4 – A implementação da audiência de custódia no Brasil**

Com base em tudo o que foi exposto até agora, do ponto de vista doutrinário, jurisprudencial e convencional, em fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Ministério da Justiça lançaram o projeto Audiência de Custódia, que “consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso”<sup>322</sup>.

---

<sup>321</sup> [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_129\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf)

<sup>322</sup> <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>

Desde então, o projeto se estendeu para outras unidades da federação e os resultados têm sido positivos, apesar de críticas pontuais, que merecem ajustes de rota para melhor concretização dos ideais de um processo justo e equo.

Na Comarca de São Paulo, mais precisamente no Fórum Criminal da Barra Funda, os trabalhos ocorrem ao longo de todo o dia e as audiências duram, em média, contando com todos os preparativos, trinta minutos. A audiência é presidida por um juiz de direito de entrância intermediária, denominado “auxiliar da Capital”, designado para atuar perante o DIPO e alterna um dia de audiências de custódia e um dia de trabalho em gabinete para avaliação dos inquéritos policiais e de eventuais medidas cautelares. No tocante ao Ministério Público, são Promotores de Justiça de entrância final, sem cargo fixo, conhecidos como “jacarés”, designados pelo Procurador Geral de Justiça, periodicamente para officiar em cargos da capital, sendo certo que, assim como os magistrados, não ostentam em sua plenitude a garantia da inamovibilidade, na medida em que periodicamente podem ser designados para outros cargos, gozando de uma estabilidade um pouco maior apenas do que a de um juiz ou promotor substituto. Do ato também participa o defensor, público ou privado, que exerce a importante feição da defesa técnica, sendo-lhe, por óbvio, facultado o direito de entrevistar-se reservadamente antes do ato propriamente dito.

No tocante à estabilidade do juiz designado reside, sem dúvida alguma, a grande crítica ao projeto uma vez que não exerce, em sua plenitude, as a garantias profissionais, podendo ser facilmente designado para outro cargo na capital, a depender da vontade da direção do Tribunal.

Crítica semelhante é feita também com relação à execução criminal, apontando-se tanto lá, como cá, que em nome da economia de recursos, existe uma afinidade de ideias entre o Executivo e Judiciário para prisões sejam esvaziadas, designando-se, assim, magistrados mais liberais para estes cargos estratégicos, em clara violação ao interesse público primário, apenas justificando-se do ponto de vista do interesse público secundário do Estado, conforme clássica definição de Renato Alessi.

A audiência de custódia é uma inovação louvável para evitar episódios de tortura e brutalidade policial, conferindo ao Judiciário e aos demais atores, o controle de tal ato com muito mais propriedade, sendo possível o detido relatar, poucas horas depois de sua prisão, algum episódio que fugiu da normalidade processual<sup>323</sup>.

Entretanto, não há espaço para desvirtuamento do instituto, sendo bastante temerária qualquer influência, por menor que seja, na independência funcional do magistrado que atue em áreas tão sensíveis para a segurança de toda a coletividade.

Melhor seria, portanto, que os cargos do Ministério Público e da Magistratura para a atuação nestas searas, obedeçam à regra geral, que sejam agentes políticos de entrância final, no caso de São Paulo, que se promoveram ou removeram para determinado cargo, com atribuição predefinida, para que qualquer questionamento sobre o assunto não exista mais e tudo transcorra na maior naturalidade, em conformidade com o que dispõe o nosso ordenamento jurídico.

Com base na experiência mencionada, em 15 de dezembro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça, durante a sua 223ª Sessão Ordinária, aprovou por unanimidade a Resolução 213 que regulamenta as audiências de custódia, detalhando o procedimento de apresentação de presos em flagrante ou por mandado de prisão à autoridade judicial competente, observando-se a existência de protocolos de atuação – um sobre aplicação de penas alternativas e outro sobre os procedimentos para apuração de denúncias de tortura.

Fixou-se o prazo de 90 dias, a partir de 1º de fevereiro de 2016, para que todos os Tribunais do país implantem as audiências de custódia, tendo

---

<sup>323</sup> Interessante a recomendação apresentada pelo Relatório sobre a Tortura no Brasil, produzido pelo Relator Especial sobre a Tortura da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) E/CN.4/2001/66/Add.2: “as pessoas legitimamente presas em flagrante delito não deveriam ser mantidas em delegacias de polícia por um período maior que 24 horas necessárias para a obtenção de um mandado judicial de prisão provisória. A superlotação das cadeias de prisão provisória não pode servir de justificativa para se deixar os detentos nas mãos da polícia (onde, de qualquer modo, a condição de superlotação parece ser substancialmente mais grave do que até mesmo em algumas das unidades prisionais mais superlotadas)”.

em vista os resultados positivos obtidos e a efetividade dos direitos humanos, frisando a necessidade da presença do Ministério Público e da Defesa Técnica, pública ou privada, e sua ocorrência inclusive durante finais de semana e feriados.

Interessante inovação diz respeito à criação de um Sistema Audiência de Custódia (SISTAC), que foi desenvolvido e distribuído gratuitamente pelo Conselho Nacional de Justiça para que todas as unidades judiciais envolvidas com o projeto possam trabalhar na coleta de dados e na produção de estatísticas sobre o encarceramento e sobre denúncias de torturas e maus tratos pelos agentes estatais.

Em seu artigo 8º, conforme já destacado, traça-se verdadeiro roteiro da audiência de custódia, mencionando-se, expressamente pela impossibilidade de discussão do mérito da causa, limitando-se os questionamentos a respeito das circunstâncias da prisão ou apreensão, valendo a pena transcrever os incisos, extremamente didáticos: “I – esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial; II – assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito; III – dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio; IV – questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares; V – indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão; VI – perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis; VII – verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que: a) não tiver sido realizado; b) os registros se mostrarem insuficientes; c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado; d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito; VIII – abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante; IX – adotar as providências a seu cargo para sanar possíveis

irregularidades; X – averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar.”

#### **6.6.1.5 – Projeto de lei 554/2011**

Depois de todas as observações sobre a respeito dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a implementação no ano de 2015, cumpre destacar que existe Projeto de Lei de nº 554, de 2011, em tramitação no Congresso Nacional, que institui, na legislação ordinária, inferior, portanto aos tratados de direitos humanos que não foram submetidos às formalidades previstas no parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição Federal, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares.

De acordo com o Projeto, que altera o atual Código de Processo Penal, em seu artigo 306, parágrafo primeiro, determinando o prazo de 24 horas para a apresentação à autoridade judicial, depois de efetivada a sua prisão em flagrante.

Uma interpretação apressada poderia dizer que se trata de uma inutilidade, na medida em que, como já foi exaustivamente explorado, norma de caráter supra legal já supriria tal necessidade. Entretanto, a aprovação do projeto é importante, em primeiro lugar, porque define, com precisão, qual deverá ser o prazo, desde a prisão em flagrante até sua apresentação, que é fixado em vinte e quatro horas, devendo ser respeitado em todas as detenções, mesmo naquelas realizadas durante período de plantão judiciário, em finais de semana, feriados ou no recesso forense. Além disso, deixa claro, como não poderia deixar de ser, que tal apresentação deve ser feita ao

magistrado, pelas razões já exploradas acima, não abrindo qualquer brecha para outra interpretação.

#### **6.6.1.6 – O juiz das garantias e a audiência de custódia**

Indiscutivelmente a audiência de custódia mantém íntima relação com a figura do juiz das garantias, sendo certo que atuam na defesa dos direitos fundamentais durante a persecução preliminar.

Curiosamente, o Projeto de Lei 156, de 2009, em tramitação no Congresso Nacional não prevê a apresentação do detido ao juiz das garantias, como regra, mas somente estabelece que o juiz, após receber os autos da prisão em flagrante, tem, nos termos do artigo 555, vinte e quatro horas para: a) relaxar a prisão ilegal; b) converter, fundamentadamente, a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os seus pressupostos legais; c) arbitrar fiança ou aplicar outras medidas cautelares mais adequadas às circunstâncias do caso; d) conceder liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Excepcionalmente, nos termos do artigo 14, inciso III, o Projeto permite ao juiz das garantias que, na curadoria dos direitos do preso, que determine seja ele conduzido à sua presença.

Andou mal, neste ponto, o Projeto que deveria ter se alinhado à jurisprudência internacional, em homenagem aos direitos fundamentais previstos no direito convencional.

A despeito desta falha, repita-se, mais uma vez, que qualquer alteração da legislação ordinária não tem o condão de aniquilar norma de hierarquia supra legal, nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual mesmo com a entrada em vigor do novo Código, nos termos da proposta da comissão de juristas, deverá ser realizada a audiência de custódia, presidida pelo juiz das

garantias que deverá ouvir o detido a respeito da sua prisão, na presença do membro do Ministério Público e da defesa técnica.

## CONCLUSÕES

De acordo com o trabalho desenvolvido nos seis capítulos já analisados, podemos ressaltar as seguintes e principais conclusões:

O Direito Processual Penal interage profundamente com o Estado e reflete o seu atual estágio de desenvolvimento, de cultura, das instituições e do papel do cidadão na sociedade, sempre tendo em vista a dicotomia envolvendo segurança da coletividade e liberdade individual.

Existe intrínseca relação entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento, sendo certo que o Estado brasileiro idealizado com a Constituição Federal, de 1988, incumbe ao Poder Legislativo, ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário a concretização de tais direitos.

A despeito dos textos constitucional e convencional, fundamental que a legislação infraconstitucional esteja em absoluta consonância para o cumprimento de tudo o que foi projetado pelo constituinte, valendo destacar o desenvolvimento crescente do estudo do direito processual constitucional para tanto.

O Direito Processual Penal é verdadeiro Direito Constitucional Aplicado, em que as liberdades individuais são natural e sistematicamente restringidas, com base no princípio/regra da proporcionalidade, em nome do direito fundamental à segurança pública, sempre com o respeito do binômio eficiência e garantismo.

A persecução preliminar se faz necessária em razão da imperfeição do processo penal, sendo necessário, para o ajuizamento da ação penal um mínimo de fundamento, a imprescindível justa causa.

São diversas as formas de persecução preliminar a depender do Estado e do momento histórico, elencando-se variadas formas no atual estágio de desenvolvimento brasileiro, com absoluto destaque para o inquérito policial, marcado

pela autonomia e pela instrumentalidade. Apontam-se como principais funções da persecução preliminar a preparatória, a preservadora, bem como a garantia da paz e tranquilidade da sociedade de que não haverá a impunidade e de que os cidadãos que praticaram delitos receberão a devida sanção prevista na lei.

A depender do modelo investigatório, o ordenamento jurídico incumbe a diferentes órgãos a direção da investigação preliminar, apontando-se três modelos principais, com a liderança do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Autoridade Policial.

A investigação preliminar é alvo de uma série variada de críticas tanto no ponto de vista global, como do ponto de vista individual, com propostas radicais de supressão e alternativas intermediárias em nome da maior preservação dos direitos fundamentais e de maior eficiência, sendo possível falarmos em conceito de crise.

Observa-se um deslocamento do ponto nevrálgico do direito processual penal, da fase judicial para a fase extrajudicial, razão pela qual se exige a estruturação de um novo paradigma, preocupado com a sofisticação da criminalidade e dos meios de obtenção de prova, assim como de uma banalização de episódios de agressões, maus tratos e tortura no Brasil e em países da América Latina, o que não costuma ocorrer em países europeus.

A estruturação do novo paradigma pressupõe a superação de funções investigativas por parte do magistrado e valorização do órgão acusador, titular da ação penal, a jurisdicionalização da restrição dos direitos fundamentais e a separação das funções de juiz das garantias, que atua durante a persecução preliminar e o juiz do processo criminal, em nome do princípio da imparcialidade, mais precisamente a imparcialidade objetiva, conforme diversos julgados de cortes internacionais de direitos humanos.

Em nome dessa estruturação de um novo paradigma, o Congresso Nacional, com base em ampla posição doutrinária, reconheceu o anacronismo do atual Código de Processo Penal e o fracasso das reformas pontuais que ocorreram nos

últimos anos e organizou uma Comissão de Juristas que apresentou Anteprojeto, ora Projeto de Lei 156, de 2009.

O Projeto de Lei 156, de 2009, propõe a consolidação de um modelo acusatório, com melhor definição dos atores processuais e seus respectivos papéis e a sua principal aposta diz respeito à instituição de um juiz das garantias, sem papel investigatório e controlador da legalidade da persecução preliminar, em nome da concretização dos direitos fundamentais e da maior eficiência, ciente dos grandes desafios da criminalidade organizada do século XXI.

Merecedora de elogios a preocupação do Projeto em iniciar o diploma proposto com os princípios fundamentais do direito processual penal, bem como as linhas mestras que conduzem todos os títulos e capítulos, lamentando-se a timidez ou talvez omissão dolosa na previsão do poder de investigação do Ministério Público, assim como estabelece a Constituição Federal, de 1988, em homenagem ao princípio acusatório tão alardeado ao longo dos trabalhos e na própria Exposição de Motivos.

Também andou mal a redação final do Projeto 156, no intuito de homenagear o princípio acusatório, ao admitir o controle por parte do Judiciário no tocante ao arquivamento, nos mesmos moldes do atual diploma adjetivo, ao invés de prever um controle interno, com todo o trâmite em sede Ministerial, mais precisamente na Administração Superior.

Além de algumas críticas pontuais como ocorre no caso da competência sobre prerrogativa de função, juizados especiais criminais, aponta-se equívoco do Projeto ao atribuir ao juiz das garantias a tarefa de receber ou não a denúncia, como forma de fortalecimento do modelo acusatório e fortalecimento do novo instituto.

Após idas e vindas, a solução final no tocante às comarcas com apenas um juiz foi razoável na medida em que conferiu à lei de organização judiciária a criação de cargo específico ou outras formas de substituição, que pode ser

bastante facilitada com as novas formas de tecnologia e a digitalização dos processos e inquéritos.

Em consonância com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos devidamente incorporados pelo país, conclui-se, nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal, que, mesmo com o silêncio normativo do diploma processual, se exige a apresentação do preso em flagrante ao magistrado que atua na fase preliminar, sem demora; que tal projeto pioneiro representa importante passo em nome de uma maior eficiência da investigação, diminuição das violações de direitos humanos, falsas alegações de maus tratos e maior credibilidade para a Justiça Penal, em especial no Tribunal do Júri, em que há direto contato com a população e exposição de toda a persecução penal.

## BIBLIOGRAFIA

ABADE, Denise Neves. *A consagração do sistema acusatório com o afastamento do juiz do inquérito policial*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 55, p. 12, jun. 1997.

ABRÃO, Guilherme Rodrigues e MAYA, André Machado. *O (futuro) novo código de processo penal: um código dos réus?* Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 218, janeiro 2011.

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. e 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Parecer a pedido do IBCCRIM sobre o Poder de Investigação do Ministério Público*. São Paulo: 2013.

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. e 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista do Direito do Estado. Rio de Janeiro, n.4 outubro/dezembro de 2006.

\_\_\_\_\_. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 91, volume 798, abril de 2002.

\_\_\_\_\_. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, volume 1, 2003.

\_\_\_\_\_. *A evolução dos direitos fundamentais*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, v. 6, 2005.

\_\_\_\_\_. *Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?* in *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

\_\_\_\_\_. *O Judiciário e as políticas públicas in Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *A reforma da justiça criminal em Portugal e na Europa*. Coimbra: Almedina, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008 (trad. port. de Luís Virgílio Afonso da Silva)

\_\_\_\_\_. *Sobre a estrutura dos princípios jurídicos*. Revista Internacional de Direito Tributário. Belo Horizonte, v. 3, janeiro/junho de 2005.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

\_\_\_\_\_. *Processo Penal: Ação e Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

\_\_\_\_\_. *Ainda o direito de defesa no inquérito policial*. Revista dos Tribunais, ano 87, vol. 753, 1998.

\_\_\_\_\_. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Saraiva, 1937.

ALMEIDA, José Raul Gavião de. *O Interrogatório à distância*. Tese de Doutorado defendida na Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Titular Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo, 2000.

\_\_\_\_\_. *Anotações acerca do direito à privacidade in Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

\_\_\_\_\_. *Do objeto do processo*. Revista Jurídica, São Paulo, v. 7, p. 144-145, 2000.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1954.

\_\_\_\_\_. *O processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

ALMEIDA, Paulo Vinícius de. *Estado e polícia no Espírito Santo: a criação do inquérito policial – 1865-1875*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória: 2007.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

AMBOS, Kai. *Direito Penal do Inimigo*. Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, tomo 124, 2006. (tradução de Pablo Rodrigo Alflen)

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das Garantias*. Curitiba: Juruá, 2011.

\_\_\_\_\_. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_. *O Juiz das Garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 40, fevereiro de 2011.

\_\_\_\_\_. *O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo*. Disponível em: <http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/attachments/article/12/O%20Sistema%20Acusatorio%20no%20Projeto%20de%20Novo%20CPP.pdf> Acesso em: 15 de novembro de 2013.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Tortura e maus tratos no Brasil: desumanização e impunidade no sistema de justiça criminal*. Brasil: Amnesty International Publications, 2001.

ARAÚJO, Fábio Roque e ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O projeto do novo código de processo penal*. Bahia: Juspodium, 2012.

ARRUDA, Eloísa de Sousa. *O papel do ministério público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos* in *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de

Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br). Acesso em: 05 de setembro de 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz das garantias* in *Processo penal, constituição e crítica - estudos em homenagem ao prof. dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. *A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese de Livre Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2011.

\_\_\_\_\_. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Correlação entre acusação e sentença*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *A regra da identidade física do juiz na reforma do código de processo penal*. Boletim IBCCRIM, n. 200, 2009.

\_\_\_\_\_. *Processo penal: série universitária*. São Paulo: Campus Jurídico, 2013.

\_\_\_\_\_. *Prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia*. Parecer. São Paulo: 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *O processo penal norte-americano e sua influência* in *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n.4.

BARROS FILHO, Mário Leite de. *Da inconstitucionalidade do juiz de garantias*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2049, 9 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12302>>. Acesso em: 15 novembro de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. I, II, III, IV, V, VI. São Paulo: Saraiva, 1989.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (tradução de Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa)

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *O Governo Kubitchek: desenvolvimento econômico e estabilidade política (1956-1961)*, 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1979.

BERTOLINO, Pedro J. *Código de procedimento penal de la província de Buenos Aires: comentado, concordado y anotado com jurisprudência*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e de processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. (tradução de Manuel da Costa Andrade)

BITTERN COURT, Edgard de Moura. *O Juiz*. 3ª ed. Campinas: Millennium, 2002.

BICUDO, Hélio Pereira. *Meu depoimento sobre o Esquadrão da Morte*. São Paulo: Pontifícia Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, 1978.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora da UNB, 1997 (tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos).

\_\_\_\_\_. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: EDIPRO, 2008. (tradução de Fernando Pavan Batista).

\_\_\_\_\_. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999 (tradução de Márcio Pugliesi).

\_\_\_\_\_. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Campus, 2004. (tradução de Carlos Nelson Coutinho).

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *As Constituições brasileiras: notícia, história e análise crítica*. Brasília: OAB Editora, 2008.

BORGES, Clara Maria Roman. *A permeabilidade inquisitorial de um projeto de código de processo penal acusatório* in *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BORGES, Edinaldo de Holanda. *O sistema processual acusatório e o juizado de instrução*. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília, ano II, nº 6, janeiro-março de 2003.

BORGES, José Ademir Campos. *Juiz de garantias: luxo ou necessidade?* Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18227/juiz-de-garantias-luxo-ou-necessidade>

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Aspectos gerais da reforma processual*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 188, julho 2008

BUSATO, Paulo César. *De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre sujeitos no processo em um sistema acusatório* in *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BUZUID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito de Vitória. Vitória: 2006.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho, FISCHER, Douglas e PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015.

- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, Vistos Por um Advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6<sup>ª</sup> ed; Coimbra: Almedina, 1996.
- CAPEZ, Fernando. *A prisão civil do depositário infiel na visão do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>, acessado em 20 março de 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. (tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira)
- \_\_\_\_\_. *Juízes irresponsáveis*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. (tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira)
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Conan, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Trad. Enrique Figueroa Alfonzo. Mexico: Episa, 1997.
- CARUNCHO, Alexey Choi. *A lei 11.719/08 e a reeleitura necessária do artigo 366 do código de processo penal*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 193, dezembro 2008.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Perspectivas principiológicas de um projeto de código de processo penal acusatório in O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Processo Penal do Brasil e Portugal: estudo comparado – as reformas portuguesa e brasileira*. Coimbra: Almedina, 2009.
- CARVALHO, Paula Marques. *Manual prático de processo penal*. Coimbra: Almedina, 2015.
- CASARA, Rubens R. R. *Juiz das garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão in O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3<sup>ª</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal à luz da Constituição*. São Paulo: Edipro, 1999.

\_\_\_\_\_. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. *A reforma do processo penal brasileiro*. Sistemas judiciales. Buenos Aires, v.1, n.1.

\_\_\_\_\_. *O Juiz de garantias na reforma do Código de Processo Penal in Processo penal, constituição e crítica - estudos em homenagem ao prof. dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. *As reformas pontuais do Código de Processo Penal*. Revista *Âmbito jurídico*. 2011. Disponível em: [www.ambitojuridico.com.br/pdf/index.php?id=5074](http://www.ambitojuridico.com.br/pdf/index.php?id=5074). Acesso em: 07 de junho de 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. (em cooperação com Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco)

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. (em cooperação com Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco)

COELHO, Inocêncio Martires. *O acusado e o seu defensor - A garantia da ampla defesa e os recursos a ela inerentes*. Revista de informação legislativa, v. 31, n.122 p. 103-110, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

COSTA, Judith Martins. *O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 139, p. 5-22, 1998.

\_\_\_\_\_. *Culturalismo e experiência no novo Código Civil*, in *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodium, 2006.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. Coimbra: Almedina Coimbra, 2005.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Da Ação penal Condenatória*. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *Processo Penal e cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

\_\_\_\_\_. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Reforma do Poder Judiciário: interpretada em seus aspectos processuais civis*. São Paulo: Manole, 2005.

COSTA, Thiago. *Audiência de custódia - avanço ou risco ao sistema acusatório?* Disponível em <http://thiagofscosta.jusbrasil.com.br/artigos/161368436/audiencia-de-custodia-avanco-ou-risco-ao-sistema-acusatorio> Acesso em: 02 de abril de 2015.

COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do Código de Processo Penal e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 188, julho 2008.

\_\_\_\_\_. *Novo código de processo penal pede nova mentalidade*. Paraná: 2009.

\_\_\_\_\_. *Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado* in *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal, volume I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal, volume II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DALIA, Andrea Antonio e FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di diritto processuale penale*. Milani: CEDAM, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DAMASCENO, Antônio Carlos. *A investigação criminal e suas garantias constitucionais*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2004.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. Inatividade no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

\_\_\_\_\_. *Relazione in Parlamento Europeo, Lo Stato Della Giustizia in Europa, 1º Convegno, Il Caso Italia*. Padova: Cedam, 1984.

DIDIER JÚNIOR, Fredie e ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 4ª ed. Bahia: Jus Podium, 2009.

DIETER, Maurício Stegemann. *O sistema de investigação criminal brasileiro e o novo código de processo penal que se anuncia in O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed. rev. e atual, v. 1. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. rev. e atual, v. 2. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed. rev. e atual, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2004

\_\_\_\_\_. *A nova era do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOTTI, René Ariel. *Anteprojeto do júri*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 6.

DUARTE, Christian Bernal. *Reforma del proceso penal en Paraguay y el juez penal de garantías y sus funciones in O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo: Perspectiva, 2004. (tradução de Gilson C. Cardoso de Souza.)

EDITORIAL. *A esperada reforma processual penal..* Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 188, agosto 2008.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2007.

\_\_\_\_\_. *História geral da civilização brasileira, O Brasil republicano, volume 10: sociedade e política 1930-1964*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Reação Defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Procedimento no Processo Penal: noções, perspectivas simplificadoras e os rumos do direito brasileiro. Tese apresentada para Concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal*. São Paulo: 2004.

\_\_\_\_\_. *O recebimento da denúncia novo procedimento*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 190, setembro de 2008.

\_\_\_\_\_. *Efetividade, processo penal e dignidade da pessoa humana in Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance, Almeida, José Raul Gavião de e MORAES, Maurício Zanoide. *Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRARI, Eduardo Reale. *Código de Processo Penal: comentários aos projetos de reforma legislativa*. São Paulo.

FISCHER, Félix e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizado de instrução, vantagens e inconvenientes. Exame de alternativas ajustadas à realidade brasileira in Seminário*

*aspectos penais em 500 anos*. Série cadernos do Centro de Estudos Judiciários, volume 18.

FUENTES, Claudio. *Diez años de la reforma procesal penal en Chile*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011.

GUERRA FILHO, Willian Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

FIORI, Ariane Trevisan. *O desafio do novo* in *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência das prisões*. São Paulo: Vozes, 2011. (tradução de Raquel Ramalhete)

FRAGOSO, Heleno. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial – doutrina e jurisprudência*, vol. I, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2013.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1995.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen e JUNIOR LOPES, Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOLDSCHMIDT, Werner. *La imparcialidad como principio básico del proceso: la parcialidad y la parcialidade*. Revista de Derecho Procesal, 1950.

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, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *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/>

GOMES, Mariângela Gama Magalhães. *Bases para uma teoria geral da parte especial do direito penal*. Tese de Livre Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2012.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (em cooperação com Ada Pellegrini Grinover e Antonio Scarance Fernandes)

\_\_\_\_\_. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. *Presunção de inocência: princípio e garantias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (em cooperação com Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes)

\_\_\_\_\_. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 ( em cooperação com Geraldo Prado, Gustavo Henrique Badaró, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Og Fernandes).

\_\_\_\_\_. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Provas – lei 11.690, de 09.06.2008 in Reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Poderes de investigação das comissões parlamentares de inquérito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GORGULHO, Alessandra Villaça. *Permeabilidade inquisitorial de um projeto de código de processo penal acusatório in O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. *Indignidade da pessoa humana, direito penal do inimigo e aspectos correlatos in Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GOZAÍNI, Osvaldo. *La imparcialidad de los jueces y el debido proceso*. Disponível em <http://www.forodeabogados.org.ar/edicion16/tema10.html>. Acesso em 14 janeiro de 2014.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008,

GRECO, Luís. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, n. 7, dezembro, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 6ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Interceptação telefônica: considerações sobre a lei 9296 de 24 de junho de 1996*. Saraiva: São Paulo, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2009.

\_\_\_\_\_. *O processo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

\_\_\_\_\_. *A marcha do processo*. São Paulo: Forense Universitária, 2000.

\_\_\_\_\_. *O processo constitucional em marcha*, São Paulo, Max Limonad, 1985.

\_\_\_\_\_. *Juizado de Instrução: vantagens e inconvenientes*. Cadernos do CEJ, v. 1, 2001.

\_\_\_\_\_. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 7, n. 27, jul-set., 1999.

\_\_\_\_\_. *Influência do código de processo penal modelo para a ibero-américa na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 1, 1993.

\_\_\_\_\_. *A instrução processual penal na América Latina. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. Cidade do México: Universidad Autónoma de México, 2004.

\_\_\_\_\_. *A instrução processual penal em Ibero-América*. Revista de Derecho Procesual, 2009.

\_\_\_\_\_. *A reforma do código de processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 31, 2000.

\_\_\_\_\_. *O processo: III série: estudos e pareceres de processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

\_\_\_\_\_. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GUARNIERI, Carlo. (1993). *Magistratura e política in Italia. Pesi senza contrappesi*. Bologna: Il Mulino.

GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2012.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*, 4ª ed. Milão: Giuffrè, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

\_\_\_\_\_. *Direito processual penal: estudos e pareceres*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *A crise do direito processual penal brasileiro: comentários aos projetos de reforma do código de processo penal in Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002

KAFKA, Frans. *O processo*. São Paulo: Brasiliense, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KEHDI, André Pires de Andrade e VIEIRA, Renato Stanziola. *Projeto de Lei 156 e interpretação retrospectiva*. Artigo publicado no jornal “Valor Econômico”, Caderno Legislação e Tributos de 25 de novembro de 2009.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARENZ, Karl. *Derecho justo, fundamentos de ética jurídica*. Madri: Civitas, 1985.

- LATTANZI, Giorgio e LUPO, Ernesto. *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, S.p. A.1998.
- LEITE, Larissa. *Medidas patrimoniais de urgência no processo penal*. Rio de Janeiro. Renovar, 2011.
- LIEBMAN, Enrico Túlio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva e Cia., 1947.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil, volume 1*. São Paulo: Malheiros, 2005. (tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco)
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2011.
- LYRA, Roberto. *Theoria e pratica da Promotoria Pública*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Jacintho, 1937.
- LOPES, José Antônio Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2009.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações....)*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, edição especial sobre o Código de Processo Penal, agosto 2010.
- \_\_\_\_\_. *Bom para quê(m)?* Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 188, julho 2008.
- LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. Torino: G. Giappicheli, 2010.

- LUÑO, Antonio E. Perez. Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 2007.
- LUZ, Gustavo de Oliveira da. Juiz das garantias: ainda na busca do sistema constitucional acusatório. Disponível na internet: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2332>.
- MALAN, Diogo e PRADO, Geraldo. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da constituição da república de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009
- MARCATO, Antonio Carlos. [A imparcialidade do juiz e a validade do processo](#). Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3021>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2014.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2ª ed. atual. Campinas: Millennium, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito processual penal*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Elementos de direito processual penal*, vol. I, II e III. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano*. Torino: Unione Tioigrafico Editrice Torinese, 1931.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. Santiago Sentiselendo y Marino Ayerra Redin. Barcelona: Ediciones Juridicas Europa-America, 1951.
- MARRAFON, Marco Aurélio. *O juiz das garantias e a compreensão do processo à luz da Constituição: perspectivas desde a virada hermenêutica no direito brasileiro in O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MARTY, Mireille Delmas. *Processos penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. *Processo penal e direitos do homem*. São Paulo: Manole, 2004.

\_\_\_\_\_. *Os grandes Sistemas de Política Criminal*. São Paulo: Manole, 2004.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Juiz das liberdades: desconstrução de um mito do processo penal*. Coimbra: Almedina, 2011.

MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2009.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. *Outra vez sobre o juiz de garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 215, outubro 2010.

\_\_\_\_\_. *O “perigoso” juiz de garantias... . Disponível em: <http://devidoprocessopenal.com.br/2010/08/10/o-perigoso-juiz-de-garantias/>, acessado em 10 de outubro de 2011.*

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 6ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Breves Notas à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 in Comentários à Reforma Criminal de 2009*. São Paulo: RT, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed., ver., ampl., e atual. São Pauo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed., 18ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas in Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MELLO, Dirceu de. *Violência no mundo de hoje* in *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

\_\_\_\_\_. *Pena Indeterminada*. Tese de Livre Docência apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1977.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A proteção da dignidade da pessoa humana no contexto do processo judicial* in *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges. *Nova reforma do código de processo penal*. São Paulo: Método, 2008.

MENDRONI, Batlouni Marcelo. *Curso de Investigação Criminal*. São Paulo: Atlas, 2013.

MIRANDA, Jorge e BONAVIDES, Paulo e AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MODESTO, Luiz Sergio. *Projeto de pesquisa: estrutura e superestrutura*.

MONTEIRO, Renan Cajazeiras. *O princípio da identidade física do juiz e o processo penal*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 98, janeiro 2001.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2004. (tradução de Jean Melville)

MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Quem tem medo do “juiz das garantias”?* Boletim IBCCRIM. São Paulo, edição especial sobre o Código de Processo Penal, agosto 2010.

MOTTA, Carlos Guilherme e Lopez, Adriana. *História do Brasil: uma interpretação*. São Paulo: Senac, 2008.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa a Ação Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NALINI, José Renato. *Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Rebelião da toga*. Campinas: Milenium, 2008.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *O Aberrante Juiz de Garantias no Novo Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: 2010.

NORONHA, Edgard de Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

OLIVEIRA, Luciano. *Não fale no Código de Hamurábi*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

OLIVEROS, Raúl Tavorari. *Instituciones del nuevo processo penal: cuestiones y casos*. Santiago: 2007, Editorial Juridica de Chile.

PACHECO, Alcides Marques Porto. *Notas sobre o controle externo na atividade policial: o porquê e por quem, ou, a análise da proposta de sua retirada das mãos do Ministério Público* in *Revista Brasileiras de Ciências Criminais*, ano 19, número 91, julho-agosto, 2011.

PASSOS, Edilenice. *Código de processo penal: notícia histórica sobre as comissões anteriores*. Brasília: 2008.

PENTEADO, Jaques Camargo. *Justiça criminal moderna: críticas e sugestões*, volume VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Prisões extrapenais* in *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

\_\_\_\_\_. *Proteção jurídico-penal e direitos universais: tipo, tipicidade e bem jurídico universal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983.

\_\_\_\_\_. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro* in *O sistema interamericano de proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Reforma do judiciário e direitos humanos* in *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direitos Humanos*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. *A reforma do Código de Processo Penal: análise crítica ao PL nº 156/09 do Senado*. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/18931/a-reforma-do-codigo-de-processo-penal/2>.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Advocacia criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. *Juiz é fiscal dos atos do MP, e não defensor deles*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-dez-29/juiz-criminal-fiscal-atos-acusatorios-nao-defensor-deles>.

PITOMBO, Cleonice Valentim Bastos. *Considerações iniciais sobre a lei 11690/2008*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 188, julho 2008.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1986.

\_\_\_\_\_. *Breves notas sobre o anteprojeto de lei, que objetiva modificar o código de processo penal, no atinente à investigação policial* in *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)*. São Paulo: Método, 2001.

\_\_\_\_\_. *Bibliografia de J. Canuto Mendes de Almeida* in Estudos em homenagem a Joaquim Canuto Mendes de Almeida. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_. *Inquérito policial: exercício do direito de defesa*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 83, outubro de 1999.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Fundamentação constitucional das normas de direito processual penal: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente* in *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. *Sobre procedimento e antinomias*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 190, setembro 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito ao Silêncio*. Jurispoiesis. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 159-169, 1999.

\_\_\_\_\_. *Supressão parcial do inquérito policial: breves notas ao artigo 69 e parágrafo único da Lei 9099/95* in *Juizados especiais criminais: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. Millennium: Campinas, 2003.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUIRÓS, Diego Zysman. *Imparcialidad judicial y enjuicimiento penal. Um estúdio histórico-conceptual de modelos normativos de imparcialidad* in *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE JÚNIOR, Miguel. *O juiz das garantias*. Revista do Advogado, v. 113, p. 101-111, 2011.

RIBEIRO, Paulo Victor Freire. *O juízo de garantias, regramento, consequências*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 105, 2010.

ROCHA, Luiz Carlos. *Investigação Policial: teoria e prática*. Bauru: Edipro, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A fase preparatória do processo penal – tendências na Europa. O caso português*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 39, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. *Curso de Direito Civil, volume I*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSA, Alexandre Morais. *Quando se fala de juiz no novo código de processo penal de que juiz se fala?* in *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SÁ, Priscilla Placha. *A Juiz de garantias: breves considerações sobre o modelo proposto no Projeto de Lei do Senado 156/2009* in *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *As medidas assecuratórias do código de processo penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. Tese de Doutorado defendida na Universidade de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: 2007.

SABELLA, Walter Paulo, DAL POZZO, Antônio Araldo e BURLE FILHO, José Emmanuel. *Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional*. São Paulo, Malheiros, 2013.

SALGADO, Daniel de Resende, DALLAGNOL, Deltan Martinazzo e CHEKER, Monique. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Salvador: Juspodium, 2013.

SANCTIS, Fausto Martin. *Juiz de garantias é obstáculo ao processo*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-dez-09/criacao-juiz-garantias-obstaculo-celeridade-processual>, acessado em março de 2013.

SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª edição revista e atualizada. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2007.

\_\_\_\_\_. *Os direitos fundamentais, a reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal*. Revista da AJURIS. Rio Grande do Sul, ano XXXIII, n.102, junho de 2006.

\_\_\_\_\_. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000.

SCANDELARI, Gustavo Britta. *Os atos jurisdicionais penais e sua vinculação às garantias constitucionais* in *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHNEIDER, Gabriela. *O juiz das garantias na reforma do CPP: uma análise frente ao sistema acusatório* in *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 6, 2011.

SCHREIBER, Simone. *O juiz de garantias no projeto do Código de Processo Penal* in *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 213, p. 02-03, agosto, 2010.

SILVA, Antonio Álvares da. *Juiz de Garantia e inquérito policial*. Publicado no *Jornal Hoje em Dia* em 08/12/2009.

SILVA, Ivan Luís Marques da. *Reforma processual penal de 2008*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Larissa Marila Serrano da. A construção do juiz das garantias no Brasil: a superação da tradição inquisitória. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2012.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *A vinculação do juiz no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

\_\_\_\_\_. *A reforma do direito processual penal português – celeridade e garantias constitucionais* in *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

\_\_\_\_\_. *Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade da pessoa humana* in *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

\_\_\_\_\_. *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *O Código, as cautelares e o juiz das garantias*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 183, julho/setembro de 2009.

\_\_\_\_\_. *O juiz das garantias entre os caminhos da reforma do código de processo penal* in *Processo penal, constituição e crítica - estudos em homenagem ao prof. dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

SMANIO, Gianpaolo Poggio, Jorge Assaf Maluly e Pedro Henrique Demercian. *A investigação criminal a cargo do Ministério Público*. São Paulo: Edições APMP, 2013.

SOUZA, José Barcelos. *Novas leis de processo: inquirição direta de testemunhas. Identidade física do juiz*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 188, julho 2008

SOUZA, Luiz Roberto Salles. *A reafirmação do processo acusatório e contraditório no processo penal brasileiro: as reformas de junho de 2008*. Reforma processual penal . São Paulo: Imprensa Oficial, 2008, v. 2, p. 41-46.

\_\_\_\_\_. *A infiltração de agente como técnica de investigação criminal in Crime organizado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Investigação defensiva. in Estudos de processo penal*. São Paulo: Scortecci, 2011.

STOCO, Rui. *Tribunal do júri e o projeto de reforma de 2001*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 36, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. *A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo in Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, vol. 40, nº. 45, jan./jun. Bauru: 2006.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. Volumes I e II. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao código de processo penal*, vol. I, Tomo 1º e 2º. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Curso de Direito Processual Penal*. 28ª ed. rev. e atual, v. 1, 2, 3 e 4. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Manual de Processo Penal*. 6ª ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. *Inquérito civil: princípio do contraditório*. Revista Forense, ano 95, n.346, abril-junho, 1999.

Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 19, n. 93, novembro-dezembro, 2011.

\_\_\_\_\_. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal – estudo sistemático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

\_\_\_\_\_. *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal - direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

TUCCI, José Rogério Cruz e e TUCCI, Rogério Laria. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal*. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2014.

VILHENA, Oscar. *A gramática dos Direitos Humanos*, in *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, n. 4, julho/setembro de 2002

WANG, Daniel Wei Liang e AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Quem sou eu para discordar de um Ministro do STF? O Ensino do Direito entre argumento de autoridade e livre debate de ideias*. Revista da Faculdade Direito GV, v. 6, janeiro - junho, 2010.

WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. 2ª ed. e 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Göttingen: Fundação Calouste Gulbenkian de Lisboa, 1967.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Os atores e seus papéis*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, edição especial sobre o Código de Processo Penal, agosto 2010.

\_\_\_\_\_. *O regime militar e a justiça de transição no Brasil. Para onde caminhar?* Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 19, n. 93, novembro-dezembro, 2011.

## DICIONÁRIOS:

BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 5ª ed. Estados Unidos da América do Norte: Wes Publishing Company, 1979.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

## ÁUDIO:

MELLO, Dirceu de. Curso de Pós-Graduação *stricto sensu*, Mestrado e Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2006.