

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INQUÉRITO POLICIAL NO PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL Nº 156/2009, QUE TRATA DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL*

Nalayne Mendonça Pinto**

Rodrigo Lima e Silva***

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo tecer algumas considerações sobre propostas que estão presentes no Projeto de Lei do Senado Federal nº 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal (CPP). Este trabalho é resultado de um projeto de pesquisa que se desenvolve na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) nos cursos de Direito e Ciências Sociais com financiamento do CNPq com propósito de analisar os principais aspectos da reforma no que tange ao inquérito policial e às medidas cautelares. Neste texto, serão abordadas questões relativas ao princípio da ampla defesa e do contraditório no inquérito policial bem como a introdução da figura do juiz de garantias na persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE: Código de Processo Penal. Inquérito policial. Projeto de lei. Ampla defesa. Persecução criminal. Juiz de garantias.

Introdução

O presente artigo tem como tema principal o debate contemporâneo na área de Política Criminal presente no Congresso Nacional brasileiro, a partir do levantamento e da análise do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal. O texto apresenta resultados preliminares da pesquisa que se desenvolve atualmente na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, intitulada *A Formulação da Política Criminal no Brasil: Acompanhamento do Projeto de Lei de Reforma do Código de Processo Penal*, que conta com financiamento do CNPq (Edital MCT/CNPq/MEC/CAPES nº 2/2010 - Ciências Humanas, Sociais e Sociais Aplicadas).

A partir dos anos 1980, a visibilidade da criminalidade e da violência urbana nas principais capitais brasileiras tem produzido cada vez mais discursos que refletem uma demanda por controle social mais rígido; reforma das instituições de segurança pública; reforma no Código Penal e de Processo Penal; aumento das penas; limitação na progressão dos regimes; nova classificação para delitos considerados muito graves; redução da maioria penal; entre outras questões. Alguns projetos de lei e leis promulgadas têm

* Enviado em 18/2, aprovado e aceito em 18/3/2013.

** Doutora e mestre em Sociologia - Universidade Federal do Rio de Janeiro; professora adjunta de Sociologia do Departamento de Ciências Sociais - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Pesquisadora vinculada ao NAPP - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro e ao INEAC-INCT - Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Ciências Sociais, Pós-Graduação. Seropédica, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: nalayne@bol.com.br.

*** Mestre em Direito Público - Universidade Estácio de Sá; professor assistente de Direito Público do Departamento de Ciências Jurídicas - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito, Graduação. Seropédica, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: rodivo@ig.com.br.

sua origem relacionada a fatos ocorridos nos últimos anos, seja crimes que chocaram a opinião pública ou a percepção de novas formas de criminalidade, antes desconhecidas pelos órgãos públicos e que têm sistematicamente produzido um sentimento de insegurança na população.

O Direito Penal nos últimos anos tornou-se fonte de expectativas para a solução dos problemas políticos e sociais, ante o fracasso de outras esferas de controle social ou ante a própria ausência de políticas destinadas a garantir prestações públicas essenciais à população. Nesse sentido, para atender o “clamor público” por segurança, justiça, punição e controle social, deputados e senadores têm se dedicado nos últimos anos a propor novos projetos que deem conta das questões brasileiras na área da criminalidade e da violência.

Portanto, busca-se discutir algumas propostas apresentadas pelo PLS nº 156/09, que tem por finalidade uma profunda alteração do Código de Processo Penal brasileiro. Mais especificamente, o objetivo deste trabalho será analisar o debate em torno de algumas alterações propostas para o procedimento do inquérito policial em relação à adoção ou não do princípio do contraditório e da ampla defesa, produzindo uma nova feição ao referido procedimento sem que houvesse esquecimento à introdução da polêmica figura do juiz de garantias.

A vertente metodológica utilizada para este projeto de pesquisa tem sido teórica e sociológica, numa perspectiva de acentuar aspectos conceituais e ideológicos do tema assim como perceber o objeto como dependente das questões sociais e culturais que o envolvem. Dessa forma, utiliza-se o método compreensivo, que permite um procedimento analítico de decomposição do problema em seus diversos aspectos a fim de interpretar as variáveis que o compõem. Estruturante das ciências sociais, o método compreensivo permite, no caso desta pesquisa, a compreensão dos discursos e justificativas para as alterações legislativas propostas. As técnicas de pesquisa utilizadas para obtenção dos dados foram: análise documental do projeto de lei, das atas do Senado Federal e de todos os documentos produzidos pela Comissão de Senado que analisou o PLS; levantamento bibliográfico sobre o tema “inquérito policial”; e realização de entrevistas semiestruturadas com membros da comissão que prepararam o projeto para o Senado Federal, além de juízes e desembargadores que atuam na área criminal.

1 Considerações sobre a origem do Projeto de Lei do Senado Federal nº 156/2009

Em julho de 2008, o Senado Federal, por iniciativa do senador Renato Casagrande, organizou uma comissão de juristas, escolhida, a partir da indicação de nomes, por lideranças partidárias e respeitando diferentes representações de classe, para elaboração do texto básico do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Participaram dessa comissão: Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Hamilton Carvalhido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral. Foi escolhido como coordenador da comissão o Ministro Hamilton Carvalhido;

e, como relator-geral, Eugênio Pacelli de Oliveira. Em 22/4/2009, o anteprojeto foi apresentado ao Senado pelo então presidente da casa, José Sarney, e transformado no PLS nº 156. Em maio do mesmo ano, foi eleita uma comissão interna do Senado para examinar o PLS e proferir parecer, sendo o presidente da comissão o senador Demóstenes Torres; e o relator, Renato Casagrande.

Todas as atas das reuniões da Comissão Interna do Senado foram publicadas no Diário Oficial do Senado Federal, e boa parte das 18 reuniões da comissão foi realizada com a presença de especialistas e convidados de entidades de classe para proferirem considerações e sugestões ao projeto de lei. Importa destacar que havia um compromisso da Presidência do Senado Federal com a Comissão de Juristas para realização de audiências públicas após a elaboração do anteprojeto. No entanto, a mudança da presidência do Senado em 2009 alterou essa proposta; e, após a finalização dos trabalhos pela comissão de juristas, o projeto foi apresentado ao Senado sem a realização de nenhuma audiência pública. A fim de atender aos diferentes segmentos desejosos de se manifestarem sobre o projeto, a Comissão Interna do Senado convidou especialistas e entidades de classe para serem ouvidas durante as reuniões da comissão, realizadas tanto em Brasília como em outros estados da federação.

Na exposição de motivo do PLS apresentada pela Comissão, justifica-se a necessidade de um novo Código de Processo Penal, pois “A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-Lei nº 3.689/1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. E essencial”. Segundo os autores, “a configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abraçadas no atual texto constitucional”. Defendem ainda “que uma perspectiva garantista no processo penal, malgrado as eventuais estratégias no seu discurso de aplicação, não se presta a inviabilizar a celeridade dos procedimentos e nem a esperada eficácia do Direito Penal” (BRASIL, 2009).

De fato, a reformulação do Código de Processo Penal (CPP) é defendida por muitos juristas e operadores do Direito, com base em diferentes justificativas. Embora em um primeiro momento a resposta pela urgente alteração do CPP seja aparentemente fácil, tendo em vista o contexto histórico autoritário e ditatorial em que se deu o seu surgimento, ressalta-se que, diante da ineficácia do Estado em concluir satisfatoriamente as investigações criminais e da constante sensação de impunidade que assola o país, o Direito Penal deixa de ser a *ultima ratio* e passa a ser considerada a primeira opção para solucionar as mazelas sociais, produzindo uma enorme inflação carcerária nas últimas duas décadas.

O Código de Processo Penal como um todo encontra-se defasado e em desacordo com o estado democrático de direito, com sustentação dada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que redimensionou as funções atribuídas aos poderes públicos - o que, sem dúvida, atingiu a tradicional definição das zonas de tolerância de um poder em relação às decisões dos demais.

Nesse contexto, o Poder Judiciário é levado a assumir a atribuição de concretizar as pretensões mencionadas na própria Constituição, que abriga uma série de direitos

sociais, coletivos, difusos e transindividuais cuja realização pode alterar significativamente uma realidade social desigual, em que considerável parcela da sociedade não tem oportunidade de alcance aos bens materiais e direitos fundamentais mais elementares. Por esse e outros motivos, há no projeto de lei a defesa da introdução da figura do juiz de garantias na fase do inquérito policial, no intuito de garantir a observância de princípios constitucionais essenciais à manutenção do estado democrático de direito.

Por conseguinte, este artigo abordará os seguintes aspectos: num primeiro momento são tecidas algumas considerações sobre a construção ideológica que origina a necessidade do processo penal no chamado estado democrático de direito. Em seguida, são abordadas a natureza jurídica do inquérito policial em relação ao princípio da ampla defesa e do contraditório, para posteriormente serem os mesmos princípios observados a partir das alterações propostas no projeto de lei do Senado Federal. Por fim, apresenta-se a introdução do juiz de garantias na fase de persecução penal e a polêmica em torno da sua participação.

2 O processo penal e a evolução conceitual do estado de direito no Brasil

Neste momento, pretende-se analisar conceitos fundamentais referentes às transformações do estado democrático de direito, com o intuito de traçar alguns delineamentos preliminares acerca da relação entre princípios constitucionais e o papel do estado democrático de direito como garantia dos direitos fundamentais, sem ter a pretensão de esgotar o tema, tendo em vista sua complexidade e elementos que exigiriam maior espaço.

De forma sintética, o ideário que deu fundamento à construção de uma teoria do Estado remonta a tempos longínquos¹. Todavia, a origem do conceito de estado de direito² surgiu já na Idade Moderna, no âmbito do Estado Moderno, criado em oposição ao Estado Absolutista, seja em sua versão de força, autoritária (*Machstaat*, "Estado de força") seja em sua versão mais ilustrada (*Polizeistaat*, "Estado de polícia", como é denominado pela teoria alemã).

De fato, existe diferença teórica entre o conceito de estado de direito, oriundo de uma expressão europeia-continental "estado de direito" (*Rechstaat*, *État de droit*, *Stato di diritto*, *Estado de derecho*) e o chamado *rule of law*, típico da cultura anglo-saxônica. Todavia, universalmente difundidas, as duas fórmulas remetem a tradições políticas e jurídicas distintas. A primeira radica na cultura liberal alemã da segunda metade do século XIX e, em seguida, difundiu-se no continente, influenciando o direito público da Itália unitária e da 3ª República francesa; ao passo que a segunda tem posição destacada na história política e constitucional da Grã-Bretanha, desde a conquista normanda até a Era Moderna, tendo como marca na Constituição norte-americana e de muitos outros países que sofreram a influência das instituições britânicas (ZOLO; COSTA, 2006, p. 4).

Norberto Bobbio afirma que a evolução do conceito de estado de direito poderia ser descrita como:

Processo de desmonopolização do poder ideológico de um lado, e de desmonopolização do poder econômico do outro. Ao Estado resta, e restará até quando for um Estado, o monopólio da força através do qual deve ser assegurada a livre circulação de ideias (e portanto o fim de toda ortodoxia) e a livre circulação dos bens (e portanto o fim de toda forma de proteccionismo). (BOBBIO, 2007, p. 125)

A evolução, segundo Bobbio, não é linear, pois a noção de “estado de direito” retorna ao Ocidente em estreita ligação com a doutrina dos direitos subjetivos (ou direitos fundamentais). Essa noção emerge como teoria político-jurídica que põe em primeiro plano a tutela dos direitos do homem, definidos por uma longa série de constituições nacionais e convenções internacionais no decorrer dos séculos XIX e XX. Em particular, reconhece o direito à vida e à segurança pessoal, à liberdade, à propriedade privada, à autonomia de negociação e aos direitos políticos.

O conceito de estado de direito, como aponta Lenio Streck (2003, p. 86-87), surge na segunda metade do século XIX, “com o objetivo de enquadrar e limitar o poder do Estado pelo Direito” e a noção da “prescrição da supremacia da lei sobre a administração”. Seria consequência da ascensão da burguesia como classe, acompanhada do incremento de uma teoria dos direitos humanos e da quebra da unidade ideológica com a Igreja: assim, Estado e o Direito passaram a ser institutos complementares.

Dessa forma, de início, o estado de direito identifica-se com a consolidação liberal dos ideais burgueses do final do século XVIII, institucionalizados e levados a efeito no modelo do Estado liberal, caracterizado para dar conta da realização de tais pretensões, como estado de direito, isto é, pautado e vinculado à figura da lei, que constitui os limites e o fundamento necessário de todas as ações do monarca³. Nesse modelo de Estado, também estão os indivíduos sujeitos à ordem jurídica, mas também são impostos limites e mecanismos de controle ao exercício do poder do Estado, seja por meio de direitos individuais garantidos constitucionalmente seja por meio de instituições jurídicas encarregadas de defender e proteger tais direitos frente o Estado⁴.

Entretanto, em relação aos países da América Latina, o processo percorreu outro caminho. Em decorrência de seu histórico, que envolve “processo de colonização, séculos de governos autoritários, industrialização tardia e dependência periférica”, não foi possível assegurar a efetividade de um Estado de Bem-Estar Social, pois o “intervencionismo nesses países se vestia de autoritarismo e ditaduras, sendo o contrário de um ‘Estado Providência’”, o que aumentou o processo de empobrecimento das populações e as diferenças sociais e assim, “a tese intervencionista sempre esteve ligada ao patrimonialismo das elites herdeiras do colonialismo” (STRECK, 2003, p. 81).

No Brasil, a conclusão a que se chega é que a evolução do Estado de Direito se deu não pelo rompimento de uma situação fática anteriormente predefinida, mas pelo desenvolvimento e domínio do poder pelas classes mais favorecidas da população, que manipularam(e manipulam) o arranjo constitucional e infraconstitucional a seu favor.

Portanto, cada vez mais no Brasil surge a necessidade de um Estado Democrático de Direito impregnado de uma lógica garantista, em que o Direito emerge como parâmetro de racionalidade e instrumento crítico de ação do jurista, comprometido

com a realização de uma substancial democracia na qual não haja espaço para poder sem regulação tampouco para atos de poder incontroláveis.

É extremamente pertinente a afirmação de Geraldo Prado, quando ressalta que:

Com efeito, a relação entre a Constituição e o Processo Penal, antes de ser ditada pelo fato de pertencerem ambos os ramos jurídicos ao campo do Direito Público, e sem desconsiderar a primazia constitucional na superposição das normas jurídicas influenciando decisivamente na demarcação do âmbito de legitimidade, validade e eficácia das leis, decorre da constatação de que, na essência, Constituição e Processo Penal lidam com algumas importantes questões comuns: proteção dos direitos fundamentais e a separação dos poderes. (PRADO, 2006, p. 41)

Por outro lado, convém observar que a dinâmica social é muito mais acelerada do que a produção legislativa e o próprio tempo de maturação do processo jurídico. A sociedade anseia por resposta rápida em relação à ocorrência de eventos que chocam a opinião pública, fazendo uso do Direito Penal, invertendo a lógica de este ser a *ultima ratio*. Com a pressão social, o processo penal deveria ser visto não só como o instrumento para o efetivo exercício do direito de punir estatal, mas como um instrumento de defesa do indivíduo ante a possibilidade de abuso de poder pelo próprio Estado. Daí a necessidade de mudanças de paradigmas, conceitos, institutos e princípios que se relacionam com o processo penal. Essa mudança deve ocorrer, em regra, em virtude de lei.

E um dos institutos considerados “defasados”, diante das transformações históricas, é o inquérito policial, que conserva a inquisitorialidade em seu âmbito.

Dessa forma, uma breve historização das transformações do Estado de Direito é importante, para compreender como o Brasil portou-se diante dessas mudanças de paradigmas e porque surgiram as exigências de mudanças no CPP.

Tal assunto é extremamente relevante e extenso. Portanto, é necessário fazer uma delimitação. O importante é compreender que, no Brasil, as alterações legislativas ocorreram de maneira diversa do que em outros países, agravando-se pelo fato de o Brasil ser, como dito anteriormente, um país que passou “por processo de colonização, séculos de governos autoritários, industrialização tardia e dependência periférica” (STRECK, 2003, p. 82). Logicamente essas características históricas influenciaram o ordenamento jurídico brasileiro – notadamente o processo penal e institutos correlatos como o inquérito policial, que mesmo diante da inserção brasileira no Estado Democrático de Direito, continuou imutável desde a época de regulação, em 1941.

3 Natureza jurídica do inquérito policial e o princípio da ampla defesa e do contraditório

O inquérito policial é um procedimento administrativo, com a finalidade de apurar as infrações penais e de sua autoria, conforme dita o art. 4º do atual Código de Processo Penal⁵.

Tal procedimento é conduzido de forma discricionária pela autoridade policial e tem na inquisitorialidade seu principal elemento, tendo em vista que não só o início,

mas a condução e a conclusão final, por meio de relatório, ficam a cargo da mesma autoridade, qual seja, policial. Como afirma Lopes Jr. (2007), a inquisitorialidade na persecução penal está na atuação de ofício de quem, ao final, concluirá as investigações, embora, não obrigatoriamente, o Estado faça uso do inquérito policial com o intuito de auxiliar o efetivo exercício do *jus puniendi* e também depositar ao titular da ação penal o ingresso em juízo.

Antes de permitir o oferecimento da denúncia ou queixa sem o inquérito policial, o CPP afirma, no art. 12, que “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa sempre que servir de base a uma ou outra”, para posteriormente, no art. 39, § 5º, excepcioná-lo, admitindo o oferecimento da denúncia ou da queixa sem o mesmo, desde que existam peças de informação.

Como diz Hidejalma Muccio (2011, p. 235), as peças de informação podem consistir em: “Representação; ofícios acompanhados de documentos encaminhados ao Ministério Público, ofício de juízes ou tribunais encaminhados ao Ministério Público, nos termos do art. 40 do CPP; cópias de relatórios, acompanhados de documentos, remetidas por CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito); cópias de procedimentos administrativos (inquérito ou processo), etc”.

Independentemente da apresentação preliminar sobre o inquérito policial, é forçoso reconhecer que o desenvolvimento válido e regular do inquérito policial também tem uma importância voltada para o fornecimento de subsídios para uma futura propositura de ação penal e embora com uma roupagem inquisitorial, percebe-se que há no PLS nº 156/09 uma mudança de paradigma, com o intuito de dar-lhe uma roupagem acusatorial.

Quando um Código de Processo Penal, oriundo de uma época de ditadura, de características fascistas, sobrevive a uma constituição construída sobre as bases de um Estado Democrático, há a exigência de “contorcionismos jurídicos”, que induzem a condução de importante mecanismo de investigação de forma temerária, fazendo com que o código seja desacreditado na sua principal função. Esses e outros motivos (que já eram objeto de discussão em doutrina e jurisprudência) provocaram acalorados debates entre membros do Poder Legislativo, dando origem ao surgimento do PLS nº 156/09.

De acordo com um membro da Comissão de Juristas⁶ que elaborou o PLS nº 156/09, há a necessidade de um novo CPP, pois:

Apesar de todas as mudanças que foram feitas pontualmente no Código de Processo Penal, ainda é inquisitorial. Só muito recentemente que o réu passou a ser interrogado depois de ouvidas as testemunhas. Então, os problemas dessas reformas pontuais é que elas acabam estragando o sistema. Por isso, a necessidade de um anteprojeto, porque ele faz um sistema a partir de uma postura acusatória no Processo Penal. É um processo de partes: a acusação, que promove suas provas, e a defesa, que produz as suas. (Entrevistado B)

Importa ressaltar que, com inspirações em institutos e inovações jurídicas de países que serviram de matriz teórica para o Brasil na criação do CPP atual, o projeto pretende tornar o processo penal e o inquérito policial mais dinâmico, mas não menos polêmico, inserindo elementos novos como o juiz de garantias.

Sobre a natureza jurídica do inquérito policial atualmente, ela tem forte influência na não adoção do princípio da ampla defesa e do contraditório na fase investigativa, por ser reconhecidamente um procedimento administrativo.

Romeu Felipe Bacellar Filho discorre sobre ambos, primeiramente sobre o contraditório:

Traduz-se na efetiva participação do acusado na instrução do processo, ativa e crítica, de modo que ele produza suas próprias razões e provas e que possa contestar argumentos e formação probatória que lhe sejam desfavoráveis. O contraditório reflete um diálogo, uma alternância bilateral da manifestação das partes conforme a fase do processo e a decisão final. A eficiência do contraditório depende que seja sopesada a dialética processual. (BACELLAR FILHO, 2008, p. 91).

E sobre a ampla defesa:

É inerente ao exercício da ampla defesa que o indiciado tenha conhecimento do que está sendo acusado, ou qual infração foi por ele supostamente cometida, além de todos os detalhes necessários para a elaboração da defesa. No curso do processo a garantia se concretiza pelo direito à informação, como o acesso aos autos e a extração de cópias e, ao final, pelo conhecimento da fundamentação e motivação da decisão; e pelo direito à reação, como a apresentação de documentos, pela defesa e produção de provas prévias à decisão, esta sujeito à interposição de recursos. Em síntese, o direito à ampla defesa impõe à autoridade o dever de observância das normas processuais e de todos os princípios incidentes sobre o processo (BACELLAR FILHO, 2008, p. 91).

Dentre os que afirmam não existir as garantias constitucionais supramencionadas, encontra-se Tourinho Filho (2003), o qual afirma ser o inquérito policial um procedimento escrito, sigiloso, não contraditório, em que o indiciado é objeto de investigação, e não sujeito de direitos.

Mirabete (1996) tem o mesmo posicionamento, ao indicar que o inquérito não é processo, e sim procedimento administrativo e que a investigação policial não se confunde com a instrução criminal. Por essas razões, não se aplicam ao inquérito policial os princípios processuais, nem mesmo o do contraditório. Por fim, o mesmo autor ainda afirma que a Constituição Federal refere-se ao processo judicial quando assegura aos acusados o contraditório e a ampla defesa, mencionado que, na fase procedimental administrativa, não existe a figura de acusado e sim de indiciado. Frederico Marques (1997, p. 89) é outro autor que adota o mesmo direcionamento, ao discorrer que “a investigação policial, ou inquérito, tem mesmo de plasmar-se por um procedimento não contraditório, porque ali ainda não existe acusado, mas apenas indiciado”.

Apresentando uma visão contemporânea e de acordo com o atual estágio de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, Aury Lopes Jr. realiza uma releitura do princípio da ampla defesa e do contraditório insculpido na Constituição Federal e sua aplicabilidade ao inquérito policial, quando afirma:

O ponto crucial nesta questão é o artigo 5º, LV, da CB, que não pode ser objeto de leitura restritiva. A postura do legislador foi claramente *garantista* e a confusão

terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial, até porque o próprio legislador ordinário cometeu o mesmo erro ao tratar como “Do Processo Comum”, “Do Processo Sumário”, etc., quando na verdade queria dizer “procedimento”. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar *acusados*, e não *indiciados*, é um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar. (LOPES JR., 2007, p. 314, grifo do autor)

Prosseguindo no desenvolvimento de sua linha de raciocínio, o autor, tendo por base os ensinamentos de Tucci, sustenta que o legislador constitucional, ao mencionar a palavra “processo” no art. 5º, LV, da CF88, o faz de forma ampla, para no conceito inserir a palavra “procedimento”.

[...] de modo também indubitado, reafirmou os regramentos do *contraditório* e da *ampla defesa*, com todos os meios e recursos a ela inerentes, estendendo sua incidência, expressamente, aos procedimentos administrativos... ora, assim sendo, se o próprio legislador nacional entende ser possível a utilização do vocábulo *processo* para designar *procedimento*, nele se encarta, à evidência, a noção de qualquer procedimento-administrativo e, conseqüentemente, a de procedimento administrativo persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal, que é o inquérito policial. (TUCCI apud LOPES JR., 2007, p. 314, grifo do autor)

Dessa forma, Lopes Jr. (2007) sustenta a possibilidade da aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, e mais: cita que o indiciado pode exercer no interrogatório policial a autodefesa positiva ou negativa, que nada mais é, respectivamente, a sua versão dos fatos ou o uso de seu direito de silêncio.

O mesmo autor indica a existência de contraditório e ampla defesa na fase do inquérito, quando este permite uma espécie de possibilidade de defesa técnica, pois o código permite o acompanhamento do ato do interrogatório por um profissional do Direito. Menciona também o artigo 14 do Código de Processo Penal: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.

Logo, se o indiciado pode requerer diligências é porque tem interesse na realização delas, no intuito de provar sua inocência. Tal situação mencionada no artigo conduz ao entendimento de que há uma demonstração, ainda que tímida, da ampla defesa e do contraditório na fase inquisitorial.

Assim, é possível visualizar a existência do direito de defesa no inquérito policial. Sobre o contraditório, o autor diz “que quando falamos em contraditório na fase pré-processual estamos fazendo alusão ao seu primeiro momento, da informação” (LOPES JR., 2007, p. 302).

Sustenta o autor que o direito à informação é de extrema importância para aplicabilidade dos princípios estudados, pois é dessa informação que brotará o exercício da defesa, e essa defesa é que garantirá o contraditório: “A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório” (LOPES JR., 2007, p. 302).

Além disso, é importante notar que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Em razão de tal princípio, o indivíduo inserido no inquérito policial não pode mais ser visto como simples objeto de investigação, e sim como sujeitos de direitos. Por isso, há também o estímulo por parte do PLS nº 156/09 em incluir o princípio da ampla defesa e do contraditório na fase do inquérito policial, como se tentará demonstrar a seguir.

4 Possíveis manifestações do princípio da ampla defesa e do contraditório no inquérito diante das propostas apresentadas pelo PLS nº 156/2009

Assumindo o posicionamento defendido por Aury Lopes Jr. (2007), é possível apontar artigos previstos no projeto de reforma do CPP, que induzem a conclusão de que há uma manifestação do princípio da ampla defesa e do contraditório na fase do inquérito policial.

Por conta disso, nesse ponto, é importante abordar alguns dispositivos que caminham nessa direção.

O art. 3º do Projeto de Lei nº 156/09 tem a seguinte redação: “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”. Nesse artigo, há um indicativo de que existe a possibilidade de ampla defesa e do contraditório na fase do inquérito policial. A afirmação de “efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais” apresenta uma face do princípio do contraditório no inquérito policial, visto que, ao mencionar “todas as fases procedimentais”, leva a crer que isso engloba o inquérito policial, que, mesmo não sendo considerado processo, indubitavelmente é uma fase procedimental de um processo penal futuro.

Outro artigo que nasce polêmico na reforma do CPP é o art. 11:

Art. 11. É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento.

Parágrafo único. O acesso a que faz referência o *caput* deste artigo compreende consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material. (BRASIL, 2009)

Em relação a tal dispositivo legal, Silveira (2011) salienta que há a necessidade de diferenciar as dimensões do sigilo em sede de inquérito policial; e, nesse ponto, o sigilo pode admitir duas dimensões: a) dimensão interna: opõe-se ao próprio investigado, como forma de assegurar o êxito nas investigações; b) dimensão externa: opõe-se a toda a sociedade, como mecanismo de garantia da dignidade da pessoa investigada, albergada pelo princípio da presunção de inocência.

Em relação ao inquérito policial, é importante ficar consignado que a produção de provas tem dois momentos distintos: um de investigação e outro de documentação das provas obtidas nos autos: “O primeiro destes momentos opera sob a proteção do sigilo interno,

na medida em que não convém à investigação que o delegado informe ao investigado sobre cada passo que tomará na tentativa de elucidação do fato” (SILVEIRA, 2011, p. 51).

Partindo de tal diferença entre as dimensões do sigilo no processo penal, conclui-se que há uma verdadeira dificuldade em conciliar este artigo com o enunciado da Súmula Vinculante nº 14 do STF⁷, pois esta se refere aos elementos de prova já documentados nos autos, enquanto o art. 11 do projeto fala em material já produzido na investigação criminal. Essa diferença é relevante, pois o momento de produção de provas é diferente do momento de documentação de provas. Desse modo, por exemplo, ouvida a testemunha e reduzido a termo o seu depoimento, pode-se considerar produzida a prova, mas o momento da documentação somente será aperfeiçoado quando o delegado juntar o termo aos autos (SILVEIRA, 2011).

Para Silveira (2011), o projeto é melhor que a súmula, pois, ao falar em prova produzida ou material já produzido, refere-se a um momento antes da documentação da prova. Por exemplo, ouvida a testemunha (declarante) no inquérito e tendo seu depoimento reduzido a termo, o indiciado teria direito a prova produzida, independentemente de já ter sido documentada.

No que diz respeito ao projeto de reforma do CPP, o art. 10 do substitutivo⁸ estabelece que a investigação assegurará o sigilo necessário à elucidação do fato, bem como preservação da intimidade e vida privada da vítima, das testemunhas e do investigado. O parágrafo único desse artigo inclusive determina que a autoridade diligenciará para que tais pessoas não sejam submetidas a exposição pelos meios de comunicação, de forma a assegurar o sigilo externo.

Em relação ao investigado, Dieter afirma que:

A devassa da vida privada seguida da exposição pública do investigado na mídia de massa é restringida pelo art. 10, que finalmente vem garantir aquilo que já deveria ser prática nas delegacias de todo o país, por força da principiologia constitucional. Este artigo pode reduzir a demanda punitiva da opinião pública porque restaura a dignidade dos suspeitos e acusados contra o revanchismo mais medíocre expresso na voz dos arautos moralistas que lucram com a miséria alheia. Além disso, tenta evitar a exploração canalha da dor alheia pela imprensa, como é comum acontecer após casos de grande impacto social, especialmente sob a forma de entrevistas com pessoas vitimadas pela violência que são confrontadas com seu sofrimento por jornalistas sem ética. (DIETER, 2011, p. 56)

O art. 12 do projeto de lei também merece destaque, ao afirmar que: “É direito do investigado ser ouvido pela autoridade competente antes que a investigação criminal seja concluída. Parágrafo único. A autoridade tomará as medidas necessárias para que seja facultado ao investigado o exercício do direito previsto no *caput* deste artigo, salvo impossibilidade devidamente justificada” (BRASIL, 2009).

É de fácil percepção o fato de que há uma preocupação em tratar o procedimento investigatório livre das amarras inquisitoriais e da impossibilidade de acesso aos autos do inquérito. Também há, no caso do art. 12, uma face da ampla defesa quando se assegura ao investigado o direito de ser ouvido antes de concluída a investigação.

Tal hipótese representa, sem dúvida, uma manifestação do princípio da ampla defesa, tendo em vista que o indiciado, ao ser ouvido, poderá influenciar e provocar a adoção de uma nova diligência investigatória por parte do delegado de polícia, com o fito de solucionar o caso.

Além do fato de ter o indiciado a oportunidade de se manifestar quando do desfecho da investigação, o art. 13 do novo CPP assegura-lhe também a possibilidade de identificar fontes de prova em favor de sua defesa: “Art. 13. É facultado 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” (BRASIL, 2009).

Nesse caso, é necessário observar que tal artigo parece indicar que o próprio investigado poderá realizar a entrevista. Parece um tanto estranho tal situação, pois torna o final do artigo (“podendo inclusive entrevistar pessoas”) sem nexos, já que, mesmo admitindo tal hipótese como uma manifestação da ampla defesa e do contraditório, como permitir que o próprio investigado e/ou outras pessoas que não são responsáveis pela condução da investigação façam a entrevista das pessoas e não a autoridade policial?

Talvez a melhor resposta seja dada pela Comissão de Acompanhamento Legislativo do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça que sugere uma nova redação ao artigo 13: “É facultado à vítima, ou seu representante legal, e ao investigado identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive indicar pessoas a serem entrevistadas, nos termos do art. 26 deste Código” (CNPJ, 2011).

Outro artigo que merece análise é aquele que trata da polêmica figura do juiz de garantias. Trata-se de um novo ator que participará ativamente durante o inquérito policial, analisando requerimentos realizados pelo delegado de polícia e pelo Ministério Público e por vezes determinando a realização de diligências com o objetivo de concluir o inquérito policial – o que, segundo os críticos, desestabilizará o sistema acusatório. Assim define o Projeto de Lei nº 156:

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

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

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

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

XIV - arquivar o inquérito policial;

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada. (BRASIL, 2009)

Os incisos IX, X e XIV do art. 14 extrapolam as funções do juiz de garantias, que acabam se imiscuindo em outras funções que pertenceriam a outras entidades no processo penal.

No inciso VIII, há uma transformação do delegado de polícia em parte, pois cabe a ele apresentar razões ao juiz de garantias para que este, ouvido o Ministério Público, possa prorrogar por uma única vez a duração do inquérito por até 15 dias (CNPJ, 2011).

Esse inciso está em desacordo com a Constituição Federal, que conforme o artigo 129, incisos I e VIII, esclarece que o Ministério Público é o titular da ação penal e destinatário da prova produzida na fase inquisitorial - a quem cabe exercer a *opinio delicti*, ajuizando a ação penal ou promovendo seu arquivamento, ou, ainda, requisitando, se necessário, a realização de diligências complementares para a elucidação do fato.

Logo, não há necessidade de aproximar o juiz dessas atividades, pois não lhe cabe conduzir o inquérito policial ou controlar a sua duração, principalmente quando há órgão legitimado para este fim e com funções distintas das do julgador.

No inciso X, o juiz de garantias exerce um controle ao delegado de polícia, quando passa a ter a atribuição de acompanhar o andamento das investigações. A aproximação do juiz de garantias da atividade policial atingirá sua imparcialidade e, conseqüentemente, desestabilizará o sistema acusatório.

Responsável por apresentar na Câmara dos Deputados outro projeto de lei de iniciativa do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), que reformula do CPP, dando novas sugestões a vários artigos, o deputado federal Miro Teixeira pondera a respeito da atuação do juiz de garantias em relação ao projeto do Senado quando diz: "Porém, no projeto do Senado, há uma inovação que considero bastante imprópria, a que defere iniciativa instrutória ao Juiz, como escrito na justificativa: "Como valorar imparcialmente os elementos probatórios produzidos por iniciativa dele próprio?" (entrevista concedida aos autores em 11/9/2012).

No que se refere ao inciso XIV do mesmo artigo, Paulo Rangel, em entrevista concedida para esta pesquisa (em 31/8/2012) entende que, para manter a imparcialidade do juiz no sistema atual, é necessário afastá-lo por completo da fase do inquérito policial, e que deve o arquivamento ficar a cargo do próprio Ministério Público, com o controle sendo realizado pelo procurador-geral de justiça e também pelo Conselho de Procuradores.

O parágrafo único do artigo XIV gera divergências, ao afirmar sobre a possibilidade de prorrogação do inquérito pelo prazo de 15 dias se o indiciado estiver preso, atendendo a outros requisitos.

Partindo da ideia de que provavelmente tal prorrogação ocorrerá em relação a crimes complexos em sentido amplo (como, por exemplo, praticados por organizações criminosas, de difícil solução, crimes que demandam pesquisas apuradas), a prorrogação de nada adiantará, pois, em 15 dias, não haverá o término satisfatório da investigação, o que acarretará o relaxamento da prisão. Tal hipótese inviabiliza a persecução penal nestes crimes.

Por todo exposto, verifica-se que houve uma preocupação dos formuladores do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009 que houvesse uma maior fiscalização da atividade persecutória policial no intuito de permitir uma participação maior do indiciado na formação e na conclusão do procedimento policial.

5 A introdução da figura do juiz de garantias no PLS nº 156

O projeto de lei introduz uma nova figura bastante discutida nos círculos jurídicos que já debateram o PLS: o juiz de garantias, que teria como papel o controle da legalidade da investigação criminal e a salvaguarda dos direitos individuais segundo o artigo 14 anuncia.

As muitas violações de direitos fundamentais que ocorrem há décadas em nosso país na fase do inquérito policial produziram uma série de debates sobre o maior controle da atividade policial durante a investigação bem como sobre a garantia da integridade física e da ampla defesa do investigado. Segundo Roberto Kant de Lima:

[...] A tradicional oposição de modelos de controle social apoiados na repressão ou na disciplina, tem de levar em consideração as nuances dos sistemas jurídicos de repressão e dos sistemas policiais de prevenção, ora fundados em princípios acusatórios, ora em princípios inquisitórios. A ambiguidade de nosso sistema processual, autodenominado de misto, empresta à tradição processual penal brasileira caráter especialmente liminar no modelo de resolução de conflitos pelo Estado. (KANT DE LIMA, 1989, p. 65)

Para Kant de Lima (1989), essa ambiguidade do nosso sistema processual empresta à instituição policial caráter potencialmente contaminador e desorganizador da ordem estabelecida, sujeitando-a a acusações sistemáticas, o que impede a instituição de elaborar critérios explícitos que propiciem o controle interno efetivo da corporação policial e favoreçam um eficaz controle público de seu desempenho.

Sendo um dos seus efeitos mais perversos a incriminação prévia e seletiva de determinados “tipos sociais”, já na fase do inquérito policial, ressalta Michel Misse (2008, p. 18) que “no sistema inquisitorial a incriminação se sobrepõe a acusação e ganha autonomia plena, impedindo que as partes envolvidas negociem legalmente”. A essa incriminação, Misse (2010) chama de “sujeição criminal”. Para o autor, há uma sujeição criminal quando há reprodução social de determinados “tipo sociais” representados como criminais ou potencialmente criminais, e são esses “sujeitos” que têm seus direitos sistematicamente violados no inquérito policial de matriz inquisitorial.

Paulo Rangel (2012) ressalta que “durante toda a fase do processo, desde a instauração do inquérito até o processo propriamente dito, com a acusação feita, ele é inquisitorial”, pois, embora a Constituição estabeleça um sistema acusatório, “o comportamento dos operadores jurídicos, em especial do magistrado é um comportamento inquisitorial, porque ele foi formado numa matriz inquisitorial”. Nessa perspectiva, seria importante, segundo Rangel (2012), não apenas reforçar o sistema acusatório, mas, antes, mudar a mentalidade dos operadores jurídicos.

Nesse sentido, a exposição de motivos do PLS, elaborada pela comissão de juristas acima nominados, afirma que a introdução do juiz de garantias tem como propósito ampliar a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório. “O juiz das garantias na persecução penal será responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais”. A presença desse novo ator favorecerá “a proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional”, essa função exigirá “cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento dos direitos individuais” (BRASIL, 2009, p. 18 - Exposição de Motivos).

Além disso, o deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão permitirá “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” (BRASIL, 2009, p. 18). A saber, são funções principais do juiz de garantias, segundo o PLS:

Art. 14 [...] Receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; receber o auto da prisão em flagrante; zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal; decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; 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; outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia; determinar a realização de exame médico de sanidade mental; arquivar o inquérito policial. (BRASIL, 2009)

Importa ressaltar que tramitam hoje na Câmara dos Deputados dois projetos de lei de Reforma do Código de Processo Penal. A proposta aqui analisada foi elaborada pela comissão de juristas convocada pelo Senado Federal e está na Câmara dos Deputados tramitando com a referência de Projeto de Lei (PL) nº 8.045/2010 e manteve a autoria do senador José Sarney. No entanto, há uma outra proposta, o PL nº 7.987/2010, elaborado por juristas convidados pelo Instituto de Advogados do Brasil (IAB), que discutiram com base no PLS nº 156. Esse segundo PL, proposto na Câmara pelo deputado Miro Teixeira, foi apensado ao primeiro: os projetos devem ser analisados em conjunto por uma comissão especial.

Uma das principais divergências entre os dois projetos, senão a principal, versa sobre a criação do juiz de garantias: a proposta sugerida pelo IAB limita-se a impedir o juiz responsável por decisões no curso da investigação de julgar o mérito (art. 15 do PL nº 7.987/2010), sem que, para isso, seja criada uma figura com poder especial sobre o processo investigatório, como prevê o texto do Senado.

Na justificativa do PL nº 7.987/10, escrita pela Comissão Permanente de Direito Penal do IAB, há o repúdio enfático à “pretensão de se criar um juiz das garantias para ‘controle da legalidade da investigação criminal e salvaguarda dos direitos individuais’, com competência especial para total controle do inquérito policial” (BRASIL, 2010, p. 152). O texto ressalta:

Embora fundado no justo e louvável propósito de separar o “juiz que investiga” do juiz que efetivamente julga a causa, o legislador acaba por afirmar a existência do “juiz que investiga”, conferindo-lhe um reconhecimento estranho à magistratura. Afinal, *judex ne procedat ex officio*. A própria denominação “juiz das garantias” constitui um pleonasma assustador, de vez que nenhum juiz pode ser juiz sem compromisso com tais garantias.

Na prática, juízes, em razão da liderança funcional na condução de inquéritos, acabam por exercer atividades policiais e, com o tempo, tornam-se vítimas do fenômeno da “policização”, invertendo, muitas das vezes, seus originários e nobres objetivos.

É até compreensível que se tenha querido tutelar as liberdades individuais, apesar de já garantidas em cláusulas pétreas na CF, mas *fortalecer as funções de investigação* à custa da judicatura é um desvio de função com o qual não se pode concordar. (BRASIL, 2010, p. 153)

Uma das principais críticas feitas por diferentes setores do campo jurídico e de estudiosos do Direito é a carência de juízes na grande maioria de comarcas do país - a maioria das comarcas tem juízo único -, além da operacionalidade da criação dessa figura nas comarcas mais longínquas. Quanto à questão da carência de juízes, um dos entrevistados afirmou que é importante assegurar a criação do juiz de garantias, e a ampliação de vagas caberá aos gestores estaduais e federais - isso não seria tarefa do legislador, mas dos executivos federal e estadual. E assim afirma:

São duas coisas distintas. Primeiro é a necessidade de um juiz de garantias, é indiscutível a necessidade dele. A segunda é a estrutura do Estado que ainda é muito aquém desta realidade do juiz de garantias. Isso é um problema administrativo dos tribunais. Eles têm que criar juízes. Mas, eu, como cidadão, tenho direito a ter um juiz imparcial, que é o que eu quero com o juiz de garantias.

Antes do projeto eu já defendia esse sistema, e sempre que falei de juiz de garantias sempre fui criticado porque parecia algo assim muito utópico. Quando veio o projeto, eu fiquei feliz, porque o projeto trata daquilo que já era pra ter sido tratado há muito tempo. (Entrevistado D)

Segundo um dos membros da comissão de juristas entrevistado, dentro da comissão houve um intenso debate sobre a realidade de carência de juízes no país. Inclusive, havia a proposta de incluir um artigo que determinasse que a “que a regra de impedimento do juiz que participasse da fase de investigação de cada processo não se aplicaria à juízes das comarcas onde houvesse um juiz”. Segundo ele, Entrevistado C, essa ressalva “daria, pelo menos, um recado para que a igualdade para ser atingida, que não tivesse somente o juiz de garantias das capitais, mas que os Tribunais fizessem isso também nas comarcas”. Contudo, sua retirada na versão final foi prejudicial e abriu brechas para as críticas.

O próprio Conselho Nacional de Justiça editou uma nota técnica de nº 10, já demonstrando preocupação com a implementação do juiz de garantias, notadamente em relação a dois pontos: otimizar a atuação jurisdicional criminal e manter o distanciamento do juiz incumbido de julgar o processo. Tais preocupações referem-se à operacionalização da atuação do juiz de garantias, e assim consideram:

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 regimento acarretará ônus ao já minguado orçamento da maioria dos judiciários estaduais quanto ao aumento do quadro de juizes 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. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010)

Para além das críticas e da dificuldade de implementação, em defesa da figura do juiz de garantias e pela segurança jurídica que sua criação poderá trazer para a persecução penal e para as garantias individuais, um jurista e membro da comissão afirmou:

Ora, com o que ocorre hoje, o juiz que atende a esses pedidos de diligências policiais vai acabar sendo o mesmo que vai presidir a instrução criminal, e assim ele chega contaminado. Mesmo que ele não queira, ele chega contaminado. Então, o que é o juiz de garantias? Ele será o juiz que atuará exclusivamente na fase do inquérito, deferindo ou não deferindo medidas cautelares, prisão preventiva, prisão temporária, restrições - enfim, de tal maneira que instaurada a ação penal, cessa a atuação dele e o juiz que for presidir a ação penal, recebe o inquérito já polido. (Entrevistado B)

Segundo outro membro entrevistado da Comissão de Juristas do PLS nº 156/09, a figura do juiz de garantias cumprirá duas funções: a primeira, muito mais simbólica, e servirá para a população perceber que há juizes distintos, um operando na fase de investigação e outro na fase processual, assegurando maior credibilidade ao processo penal. Assim, os cidadãos saberiam “qual seria juiz que estaria cumprindo uma missão de filtrar as iniciativas investigatórias sob as determinações constitucionais que garantem as inviolabilidades pessoais”. A segunda função seria a possibilidade real de distinguir a atuação do juiz que atua no processo daquele juiz que atua na fase persecutória e será provocado a autorizar a coleta de provas e acompanhar a investigação policial (Entrevistado C).

Conclusão

Em razão do exposto, conclui-se que houve uma preocupação do legislador em elaborar um código de processo penal mais adequado à realidade constitucional, preocupando-se não só com a vítima do crime, mas também com o indiciado.

O histórico inquisitorial do processo penal brasileiro é difícil de ser apagado. E mesmo um novo Código de Processo Penal com forte ênfase acusatorial necessitará de uma mudança na cultura jurídica brasileira, que opera com uma lógica cultural e ideológica seletiva e punitiva, condicionada a um discurso penalista e confessional de matriz inquisitiva direcionada muito mais às camadas empobrecidas da sociedade brasileira, justamente essas que têm seus direitos fundamentais violados.

Assim, o surgimento de novas figuras, como o juiz de garantias e de instrução, deverá ter a atribuição de tornar o processo penal igualitário e mais obediente ao sistema acusatório e à própria Constituição Federal, com o objetivo de amenizar os efeitos de um processo penal inquisitorial.

Após a apresentação do tema, verificou-se que houve um incremento a princípios constitucionais que servem de garantias individuais - como, por exemplo, o princípio da ampla defesa e do contraditório que passarão a ter nítidas manifestações no inquérito policial, quando da vigência do novo CPP, oriundo do PLS nº 156/09.

Isso se deve ao fato de ter havido uma transformação importante no Direito, em que a dignidade da pessoa humana ganha relevância por ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, como diz o art. 1º, III, da Constituição. Essa relevância provoca a adequação de todo um sistema jurídico à obediência de princípios fundamentais que tenham por objetivo assegurar tal fundamento constitucional. Nesse contexto, inserem-se a ampla defesa e o contraditório na fase do inquérito, promovendo a adaptação do processo penal a uma nova realidade constitucional.

Assim, é possível dizer que houve a preocupação do PLS nº 156/09 com a obediência ao princípio da ampla defesa e do contraditório na fase do inquérito policial, alterando paradigmas anteriores, fundados em outras ideias ou outros valores, diversos daqueles que serviram de fundamentos para o projeto do novo CPP. Além disso, a confusão terminológica, como dito alhures, não pode impedir o reconhecimento da adoção de tais princípios no projeto de lei.

Vale destacar que o projeto de lei do Senado insere várias atribuições a um novo ator, o juiz de garantias, atribuindo-lhe funções que poderiam ser realizadas pelo Ministério Público e/ou pela autoridade policial. Tal fato indica o incremento das atribuições conferidas ao Poder Judiciário quando da transformação do Estado de Direito, em que o Poder Judiciário passa a regular e a dar eficácia a atividades que seriam atribuições dos poderes Executivo e Legislativo.

Partindo desse paradigma, o novo CPP, ao criar a figura do juiz de garantias, fez com que o mesmo se envolvesse com determinadas atividades que ferem a sua imparcialidade, como, por exemplo, ao permitir que o juiz de garantias em determinados momentos adote providências de ofício, que deveriam ser analisadas a partir de um requerimento feito pelo órgão de acusação, o que certamente desestabiliza o sistema acusatório, posto que a imparcialidade do juiz é mantida pelo distanciamento das partes e de atividades de ofício que podem implicar abusos no exercício do direito de punir por parte do poder estatal. Por outro lado, é importante acrescentar que o juiz de garantias

poderá conferir uma maior legitimidade à atuação da autoridade policial e do Ministério Público em razão de ter o poder de fiscalizar a atividade persecutória e assegurar direitos e garantias fundamentais ao investigado.

Logo, embora a iniciativa de reforma do CPP tenha as melhores intenções, verifica-se que por si só já apresenta uma série de temas polêmicos, que, caso o novo CPP venha a lume, demorarão anos até serem sedimentados por doutrina e jurisprudência, bem como pelos profissionais que atuam na prática forense.

Finalmente, ressaltamos que o processo penal assume com o projeto de reforma uma função garantista, pois houve uma preocupação da Comissão de Juristas convocada pelo Senado Federal em torná-lo instrumento de defesa e garantia das liberdades individuais perante os arbítrios provocados pela poder punitivo estatal, principalmente em relação às práticas inquisitoriais que orientam o inquérito policial. Daí, enfatiza-se o fato de que o PLS nº 156/09 se preocupa em fazer com que o processo penal assuma uma instrumentalidade garantista, sendo mais do que um instrumento a favor do Estado no exercício do direito de punir, mas um instrumento de garantia do indivíduo no inquérito policial frente aos arbítrios do poder estatal.

Uma mudança dessa monta demandará anos de adequação e deverá começar por anos de pesquisas e estudos empíricos, que terão a intenção de encerrar o monólogo científico atribuído ao processo penal, exigindo sua interação com outros ramos do saber.

Tal fato fará com que o processo penal possa se desenvolver validamente dentro de um Estado Democrático de Direito constitucional, influenciando inclusive a aplicação do Direito Penal ao caso concreto. Essa é uma preocupação do PLS nº 156/09, mas outras deverão surgir, principalmente relacionadas à efetividade e à operacionalização do novo CPP, que será uma tarefa árdua e dará ensejo a outros debates.

SOME CONSIDERATIONS ABOUT THE POLICE INVESTIGATION IN THE SENATE BILL N. 156/2009, WHICH DEALS ON THE REFORM OF THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE

ABSTRACT: This paper aims to present some considerations on proposals that are present in the bill by the Senate n. 156/2009 which deals with the reform of the Criminal Procedure Code. This work is the result of a research project that develops in UFRRJ courses in Law and Social Sciences with funding from CNPq for the purpose of analyzing the main aspects of the reform regarding the police investigation and precautionary measures. This text will address issues relating to the principle of full defense and adversary system in the police investigation and the introduction of the figure of the judge of guarantees in criminal prosecution.

KEYWORDS: Code of Criminal Procedure. Police investigation. Bill. Full defense. Criminal prosecution. Judge of guarantees.

Referências

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 7.987/2010*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.045, de 2010*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 15 nov.2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Nota Técnica nº 10*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/317-notas-tecnicas/11221-nota-tecnica-no-102010a>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA. Análise do projeto de lei 156/2009 do Senado (PL 8.045/2010 na câmara), que institui o novo código de processo penal.Comissão de acompanhamento legislativo e prerrogativas institucionais. 2011. Disponível em: <http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/index.php?Option=com_content&view=article&id=47%3Ajuiz-das-garantias&catid=4&Itemid=3>. Acesso em: 15 nov. 2012.

COPETTI, André. A jurisprudencialização da Constituição no estado democrático de direito. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 2, n. 7, p. 19-44, 2002.

DIETER, Mauricio Stegemann. O sistema de investigação criminal brasileiro e o novo Código de Processo Penal que se anuncia. v. 2. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 47-57.

HAYEK, Friedrich von. *Os fundamentos da liberdade*. Brasília: UnB, 1983.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Poder Judicial e Democracia Política: Lições de um século. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 13-25, 2002.

KANT DE LIMA, Roberto. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 4, n. 10, p. 65-84, 1989.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, v. I. Campinas: Bookseller, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

MISSE, Michel. Crime, sujeito e sujeição criminal aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria "bandido". *Lua Nova*, São Paulo, n. 79, p. 15-38, 2010.

_____. Sobre a construção social do crime no Brasil. Esboço de uma interpretação. In: MISSE, Michel (Org). *Acusados e acusadores: estudo sobre ofensas, acusações e incriminações*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 13-32.

MUCCIO, Hidejalma. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2011.

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

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado Federal nº 156/2009*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 17 jul. 2010.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Notas sobre o inquérito policial no projeto de reforma do Código de Processo Penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 49-69.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante nº 14 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=jurisprudenciasumulavinculante>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A violação sistemática dos direitos humanos como limite à consolidação do Estado de Direito no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

1 Notas

¹ “A instituição do Estado de Direito, inobstante estar ligada conceitualmente ao pensamento germânico dos séculos XVII e XVIII, tem suas raízes em tempo muito anterior a estes. Num lapso temporal de mais ou menos mil anos, observa-se a construção de uma série de ideias que deságuam na concepção única do Estado de Direito. Assim, temos na filosofia grega as ideias de *dike* (processo), *themis* (direito) e *nomos* (lei), na antiguidade, a ideia de uma constituição mista carregava consigo a pretensão de um poder regulado, moderado, em contraposição à tirania ilimitada; ideia de vinculação do soberano às leis fundamentais do reino; as doutrinas de resistência contra tiranos e do contrato social; e, por fim, o pensamento medieval da liberdade no Direito, ou seja, a liberdade a partir de um determinado estatuto que conduziria à ideia de liberdade natural do homem” (COPETTI, 2002, p. 20).

² “A expressão Estado de Direito, foi cunhada na Alemanha: é o Rechtsstaat. Aparece num livro de Welcker, publicado em 1813, no qual se distinguem três tipos de governo: despotismo, teocracia e Rechtsstaat. Foi igualmente na Alemanha que se desenvolveu, nos planos filosófico e teórico, a doutrina do Estado de Direito. Nas pegadas de Kant, Von Mohl e, mais tarde, Stahl lhe deram a feição definitiva” (HAYEK, 1983, p. 239).

³ Ibañez (2002, p. 15-16) afirma que: “No Estado liberal de Direito não há separação, mas antes identificação ou confusão de ambas as esferas: a lei - que é sempre lei ordinária - não representa um limite à ação de uma maioria no governo, que pode dispor dela na forma que conjunturadamente mais lhe convenha” e apresenta os traços caracterizadores de tal Estado “a) integração subordinada ao marco do Executivo; b) governo da justiça a partir de um ministério; c) cooperação política da cúpula judicial; d) organização hierarquizada na carreira e dependência das expectativas de promoção do juiz da sua docilidade e aceitação acrítica dos critérios do vértice

judicial-político; e) intensa interferência da hierarquia do poder político no poder jurisdicional; f) dependência política do Ministério Público; g) seleção dos operadores com base num critério-imediato ou mediaticamente-político; h) acentuada formação positivista dos operadores judiciais, que os fez verem-se a si próprios como puros técnicos em Direito, neutrais e assépticos; i) como consequência necessária, a ausência de independência externa e interna da magistratura e do juiz”.

- ⁴ “Para a fruição dos direitos dos indivíduos é necessário que o Estado seja estruturado de uma forma específica voltada a limitar o seu poder. A regra fundamental desse modelo de Estado é a separação de poderes, sendo garantido aos indivíduos a possibilidade de recorrerem a um poder judiciário todas as vezes que se virem ameaçados em seus direitos. Nesse sentido, a ideia de Estado de Direito se torna um elemento essencial à consolidação, aprofundamento e sobrevivência do regime democrático. A democracia exige essa normalidade, pois fora dela não há como se falar em garantia de direitos. Pressupõe um ambiente estruturado com base numa racionalidade legal, dotado de instituições jurídicas que respondam a uma ética própria do espaço público. Toda vez que esse sistema for colocado em xeque a democracia estará em risco” (VIEIRA, 1995, p. 191).
- ⁵ Art. 4º do CPP: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.
- ⁶ Foram realizadas entrevistas com membros da Comissão convidada pelo Senado Federal para elaborar o projeto do CPP, no entanto para esse artigo todos os entrevistados não serão identificados pelo nome, apenas com letras para diferenciação.
- ⁷ Como diz o enunciado da sumula vinculante nº 14 do STF: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.
- ⁸ “Art. 10. Toda investigação criminal deve assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato e à preservação da intimidade e vida privada da vítima, das testemunhas e do investigado. Parágrafo único: a autoridade diligenciará para que as pessoas referidas no caput deste artigo não sejam submetidas à exposição dos meios de comunicação.”
- ⁹ “Art. 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” (BRASIL, 2009).